

Javier Chinchón Álvarez

El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España

*Una visión de conjunto
desde el Derecho
internacional*



DeustoDigital

Instituto de Derechos
Humanos Pedro Arrupe

Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 67

El tratamiento judicial de
los crímenes de la Guerra Civil
y el franquismo en España

Una visión de conjunto
desde el Derecho internacional

Javier Chinchón Álvarez

Bilbao
Universidad de Deusto
2012

CONSEJO DE REDACCIÓN

Felipe Gómez Isa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Susana Ardanaz, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Trinidad L. Vicente, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Cristina de la Cruz, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

CONSEJO EDITORIAL

Anja Mihr, Investigadora del Human Rights Center de la Universidad de Utrecht, Holanda.
Antoni Blanc Altemir, Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida.
Bartolomé Clavero, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla y miembro del Foro de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas.
Carlos Villán Durán, Presidente de la Asociación Española para la Promoción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
Carmen Márquez, Profesora Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla.
Cristina Churruga, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Eduardo J. Ruiz Vieytes, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Fernando Fantova, consultor en temas relacionados con los servicios sociales, Bilbao.
Francisco López Bárcenas, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México.
Gaby Oré Aguilar, consultora internacional en el campo de los derechos humanos y el género y miembro de Human Rights Ahead, Madrid.
Gloria Ramírez, Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México.
Gorka Urrutia, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jaume Saura, Presidente del Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona.
Joana Abrisketa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jordi Bonet, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona.
José Aylwin, Director del Observatorio de Derechos Ciudadanos, Temuco, Chile.
José Luis Gómez del Prado, miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios, Ginebra, Suiza.
José Manuel Pureza, Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra, Portugal.
Judith Salgado, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
Koen de Feyter, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Amberes, Bélgica.
Mónica Goded, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Manuela Mesa, Directora del Centro de Educación e Investigación para la Paz, CEIPAZ, Madrid.
Noé Cornago, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa.
Pablo de Greiff, International Center on Transnational Justice, New York.
Víctor Toledo Llancaqueo, Centro de Políticas Públicas, Universidad ARCIS, Santiago, Chile.
Vidal Martín, investigador de la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, FRIDE, Madrid.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

A Mónica.
Contigo.

Índice

Palabras previas	11
I. Marco general. Consideraciones fundamentales sobre la Justicia Transicional, el Derecho internacional y la experiencia española	13
1. Justicia Transicional y Derecho internacional.	15
1.1. Primera aproximación a la Justicia Transicional.	15
1.2. Justicia Transicional y violaciones a los derechos humanos/ crímenes de derecho internacional	19
1.3. Justicia Transicional y Derecho internacional.	23
2. Algunas características de la experiencia española	30
II. La actuación de los tribunales de justicia hasta el año 2009. De los juzgados territoriales a la Audiencia Nacional y vuelta a la casilla de salida.	43
1. La situación anterior a las denuncias presentadas ante la Audiencia Nacional.	45
2. El proceso ante la Audiencia Nacional	50
2.1. El Auto de 16 de octubre de 2008.	50
2.2. Del Auto de 16 de octubre al fin de proceso ante la Audiencia Nacional el 2 de diciembre de 2008	62
3. La actuación de los Juzgados territoriales durante el proceso ante la Audiencia Nacional	72
III. La actuación de los tribunales de justicia desde 2009 y hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012. La «diáspora judicial»	75
1. Los procedimientos ante la jurisdicción española. Nuevos argumentos, mismo desenlace	77
2. Breves consideraciones sobre el proceso ante la jurisdicción argentina: la respuesta de la Fiscalía General del Estado	91

IV. Las decisiones del Tribunal Supremo de febrero y marzo de 2012: ¿el fin del camino en España?	97
1. La posición final del Tribunal Supremo	98
1.1. Análisis de la sentencia de 27 de febrero: la figura de los crímenes contra la humanidad, la desaparición forzada de personas y la aplicación de la Ley de Amnistía.	100
1.2. Examen del Auto de 28 de marzo: los derechos de las víctimas.	124
2. Apunte de cierre: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	130
V. Palabra finales	139
Bibliografía citada	143

Palabras previas

«La lucha del hombre contra el poder es la lucha de la memoria contra el olvido.»

Milan Kundera

Era el 24 de abril de 2010 cuando al encender el ordenador ya en casa encontré decenas de mensajes que como denominador común formulaban la siguiente pregunta: ¿qué está pasando en España? La mayoría de los remitentes eran colegas de nuestras Repúblicas hermanas de Iberoamérica, y su consulta de entonces venía originada por la multitudinaria manifestación celebrada aquella tarde bajo el lema: «Contra la impunidad del franquismo. En solidaridad con las víctimas». En aquel momento nació la idea de componer un trabajo que intentase responder al interrogante que entonces me planteaban; pero para ofrecer un relato completo, la labor debió ir posponiéndose ante la sucesión de acontecimientos, sobre todo judiciales, a la que fuimos asistiendo casi sin resuello.

De este modo, lo que surgiera ante aquella pregunta inmediata y urgente se transformó, se ha transformado, en un trabajo que pretende reunir, ordenar, exponer y explicar lo ocurrido ofreciendo una valoración y respuesta más amplias en el tiempo, pero más restringidas en su enfoque. Una respuesta, un relato, en el que sin renunciar a algunos apuntes sobre cuestiones más amplias, se ofrezca una visión de conjunto acerca de lo acaecido en España en relación con el tratamiento judicial de los *crímenes del pasado*; de los crímenes cometidos antes de nuestro último proceso de transición a la democracia; de los crímenes perpetrados durante la Guerra Civil y el franquismo; y especialmente, de los hechos de desaparición forzada de personas. Un estudio que nos llevará a recorrer una intensa e incansable pugna y actividad judiciales en los tribunales territoriales, la Audiencia Nacional, el Tribunal Constitucional y (finalmente) el Tribunal Supremo; así como el Tribunal Europeo de Dere-

chos Humanos e incluso la Corte Penal Internacional. Sin olvidar las cortes de terceros Estados, como Argentina.

Éste es pues el objeto fundamental del libro que el lector tiene ahora en sus manos.

Su final enfoque y objetivo han exigido una previa, larga y ardua investigación hasta conseguir los datos y documentos representativos de una realidad tan compleja como difícil de rastrear; tarea que no habría sido posible sin la desinteresada colaboración, ayuda, consejo y asistencia de todos aquellos a los que durante estos meses he solicitado socorro. Quede aquí constancia expresa de mi agradecimiento a todos ellos.

En lo que vendrá he querido guiarme por dos máximas. La primera, clásica, de Horacio: *Nec scire fas est omnia*. Ciertamente, no es posible saberlo todo, y en una cuestión como ésta, que incluso sólo dentro del Derecho aconseja amplios conocimientos en varias de sus ramas, vaya por delante que yo no lo sé todo. Por ello, advertir que en lo que seguiré, y sobre todo al momento de analizar lo que puede entenderse como una suerte de concentrado de lo mayoritariamente sostenido por el resto de tribunales españoles así como por el Ministerio Fiscal, esto es, la posición final del Tribunal Supremo, nuestra referencia básica no será otra que la trémula luz del Derecho internacional público, en general, y el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional penal, en particular. Disciplina(s) a la(s) que con mucho o poco aprovechamiento, he dedicado ya algunos años de mi vida.

La segunda máxima, más cercana en el tiempo, de Ortega y Gasset: la claridad es la cortesía de la inteligencia. Principio que bien podría formularse también a través de aquella otra frase que decía: quien tortura a las palabras, termina por torturar a sus lectores. En consecuencia, aunque la perspectiva y tono de este libro son esencialmente académicos, su intención última es que pueda convertirse en un instrumento útil no sólo para el gran especialista ni para el ya iniciado en los muchos laberintos de la Justicia Transicional (en España), sino para todo interesado.

El lector que tenga la generosidad de dedicar su tiempo a este trabajo juzgará si lo he conseguido.

I. Marco general.

Consideraciones fundamentales sobre la Justicia Transicional, el Derecho internacional y la experiencia española

La sentencia del Tribunal Supremo (TS) en la Causa Especial 20048/2009¹ recogía lo siguiente en su Fundamento de Derecho Quinto:

«En el ámbito jurídico se ha denominado “derecho transicional” a aquella rama del ordenamiento jurídico cuyo objeto de análisis y estudio es la ordenación pacífica de los cambios de un régimen a otro, tratando de superar las heridas existentes en la sociedad como resultado de las violaciones a derechos humanos, avanzar en los procesos de reconciliación y garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Las experiencias internacionales permiten constatar la pluralidad de mecanismos adoptados para garantizar, o tratar de conseguirlo, la ordenada transición de un régimen a otro, casi siempre antagónico, asegurando el cumplimiento de los fines básicos que parten del respeto a los derechos humanos y preparar una adecuada transición evitando el riesgo de la repetición de un régimen político no democrático del que quiere salvarse (...).

En España, la doctrina que ha estudiado nuestra transición, además de destacar, en términos generales, su carácter modélico y las renuncias que tuvieron que realizarse para procurar la paz y la reconciliación, la han clasificado como un proceso de “impunidad absoluta con indemnización a las víctimas”. La ley de amnistía, Ley 46/77 de 15 de octubre, ley aprobada por el primer Parlamento democrático,

¹ Sentencia del Tribunal Supremo N.º 101/2012, de 27 de febrero de 2012.

acabada la dictadura, lo fue por una amplísima mayoría (...). Desde la ley de amnistía y con apoyo en ella, el ordenamiento español se ha dotado de más de 20 disposiciones con rango de ley, Reales Decretos y Órdenes Ministeriales, a través de los que se han acometido importantes reparaciones económicas y, de otro orden, a las víctimas de la guerra civil del bando republicano (...), tendentes a reparar materialmente los efectos de la guerra civil y del franquismo.»

Lo reproducido aconseja iniciar el presente estudio recordando algunas consideraciones básicas acerca de lo que el TS resume en estos párrafos; pues la postura de fondo que subyace en ellos es una de las claves de la experiencia española. Sobre aquella, valga adelantar que en caso alguno es una aportación reciente y singular del TS, sino que ha sido una constante en las decisiones de gran parte de los tribunales españoles; si bien, en la mayoría de los casos con un despliegue conceptual y argumental más escueto, aunque mucho más contundente. Así, baste rememorar ahora la conclusión de la Sección Primera Penal de la Audiencia Provincial de Córdoba, que a la hora de resolver un recurso contra un Auto de 11 de agosto de 2006² en el que se invocaban «los Acuerdos de Londres de 1945 (Estatuto de Nüremberg), Convenio sobre genocidio de 1958 (sic), Pacto Internacional de derechos civiles y políticos así como el Convenio Europeo de derechos humanos»³, entre otros considerandos reiteró que:

«... frente a las alegaciones que se contienen en el citado escrito, esta Sala considera que a estas alturas del Siglo XXI efectivamente, tal y como pide el recurrente, debe de ser de plena aplicación la Constitución Española, llamada unánimemente en su XXV aniversario como “de la reconciliación”, y ello supone (...) que debe evitarse en todo caso que cualquier iniciativa como la que hoy deduce la recurrente sirva para “*reavivar las viejas heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil*”»⁴.

Apuntemos aquí ya que este procedimiento, por lo demás, acabaría por ser objeto de demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el 8 de junio de 2009. Cuya resolución, hecha pú-

² JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 2 DE CÓRDOBA: Diligencias Previas 3651/2006, Auto de 11 de agosto de 2006.

³ AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE CÓRDOBA: Auto de 16 de octubre de 2006, Diligencias Previas 3651/2006, Fundamento Jurídico Primero.

⁴ AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE CÓRDOBA: Auto de 21 de febrero de 2005; reproducido en el Auto de 16 de octubre de 2006, Diligencias Previas 3651/2006, Fundamento Jurídico Tercero.

blica el 3 de abril de 2012⁵ será una de las últimas cuestiones que comentaremos en este trabajo.

Con todo, como ya avanzamos, advertir que no es el objeto de este trabajo volver a reflexionar sobre las muchas cuestiones generales que plantean los párrafos reproducidos, esto es, acerca de los rótulos que dan título a este primer Capítulo; ni en cualquier caso sería posible hacerlo con la profundidad debida so pena de consumir gran parte del espacio disponible. En consecuencia, lo que en este apartado intentaremos será sólo exponer un mínimo marco de referencia fundamental al hilo de las palabras citadas del TS; todo ello, como premisa para el estudio de la actuación de los tribunales de justicia en el caso español.

1. Justicia Transicional y Derecho internacional

1.1. *Primera aproximación a la Justicia Transicional*

Lo que el TS recoge con el rótulo de «derecho transicional» es lo que generalmente se conoce bajo el neologismo *Justicia Transicional*⁶, es decir, un conjunto de reflexiones, dilemas y actuaciones, pero también un ámbito de estudio y discusión que aunque tan viejo como la misma democracia⁷, ha adquirido plena autonomía y protagonismo en las últimas décadas⁸. Su objetivo fundamental se ha formulado en diversas máximas que comparten una idea básica. Así, en palabras de reputadas especialistas, se trata de «una de las cuestiones políticas y éticas más importantes con que se enfrentan las sociedades durante la

⁵ *Caso Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz v. Spain, Application no. 301410/09*, decisión sobre admisibilidad de 27 de marzo de 2012.

⁶ En la terminología de Naciones Unidas ha pasado a denominarse como «Justicia de Transición». Otros autores, por su parte, prefieren el uso de conceptos de *larga data* como el «*just post belum*» (véase por ejemplo, WALZER, Michael (2004): *Reflexiones sobre la guerra*. Paidós, Barcelona). En nuestro caso, seguiremos utilizando el término, notablemente más extendido, de «Justicia Transicional».

⁷ Al respecto, ELSTER, Jon (2004): *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge University Press, Nueva York, pp. 3-23.

⁸ Sobre algunos de los motivos que explicarían este hecho, puede acudir a ZALAZQUETT, José (1991): «Derechos Humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 14, pp. 91-136, en especial pp. 93-94. Más próximo en el tiempo, y con una visión más valorativa, FORCADA BARONA, Ignacio (2011): *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*. Civitas-Aranzadi, Navarra, en especial pp. 94-119.

transición de un gobierno autoritario o totalitario a otro democrático»⁹; esto es y en lo que aquí ocupa, «los abusos a gran escala y especialmente graves cometidos o tolerados por un régimen pasado»¹⁰. En otros términos, los del ya clásico trabajo de la profesora Teitel, la cuestión no será otra que «how should societies deal with their evil pasts?»¹¹. Pregunta, obvia decirlo, que cuanto menos es «difícil cuando no abrumadora», como reconociera el Informe sobre esta cuestión del entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan¹².

Así expuesto, el objeto de trabajo y análisis de la Justicia Transicional podría pues desplegarse en la búsqueda de respuestas a estas cuatro preguntas fundamentales: 1) Si hay que recordar, procesar y enfrentar los crímenes cometidos en el pasado a partir de la transición, o es mejor *intentar olvidar* y pensar sólo en el futuro. Si se aborda ese pasado: 2) cuándo conviene hacerlo; 3) quién debe hacerlo; y 4) cómo hacerlo.

En el empeño por encontrar soluciones a estos interrogantes se han ofrecido aportaciones desde disciplinas tan diversas como la Filosofía, la Historia, la Sociología, la Antropología, la Psicología, la Economía, el Derecho, las Ciencias Políticas o la Religión. Lo que también ha conllevado que al calor de estos debates hayan sido discutidos y revisados grandes conceptos como el de derechos humanos, democracia, soberanía, paz, perdón, justicia, memoria, olvido, castigo, verdad, reparación o reconciliación¹³. Sosteniéndose, por ejemplo, que no hay mejora de los derechos humanos más significativa que acabar

⁹ BARAHONA DE BRITO, Alexandra, AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma, y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Carmen (2002): «Introducción», en BARAHONA DE BRITO, Alexandra, AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Carmen (eds.): *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*. Ediciones Istmo, Madrid, p. 29.

¹⁰ Para Kai Ambos, éste es además uno de los «problemas estructurales» a afrontar que diferencia a la «justicia ordinaria» de la «justicia de transición». AMBOS, Kai (2008): *El marco jurídico de la justicia de transición*. Editorial Temis, Bogotá, p. 10. En línea similar, AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds.) (2009): *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, pp. 27-28.

¹¹ TEITEL, Ruti G. (2000): *Transitional Justice*. Oxford University Press, Nueva York, p. 3.

¹² CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: «El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General», Documento de las Naciones Unidas: S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párr. 3.

¹³ Sin perjuicio de algunas cuestiones que señalaremos en las próximas páginas, para una visión sintética actualizada al respecto, puede acudir a FORCADA BARONA, Ignacio (2011): *Derecho Internacional y...*, op. cit., pp. 36-78, que incluye además abundantes referencias bibliográficas en este punto.

con un conflicto armado o una dictadura atroz, aunque ello suponga renunciar al castigo de los responsables de los crímenes cometidos en el transcurso de los mismos¹⁴. Enunciado que ha presentado versiones más matizadas, esto es, que las evidencias empíricas sugieren que «el interés de la Justicia» debe ser «suavizado» para atender a las circunstancias y deseos de las partes que tratan de negociar para alcanzar acuerdos políticos¹⁵; y más severas, como aquellas recogidas en el análisis de Willians y Scharf: las personas que consideran el castigo de los criminales de guerra como una cuestión irrenunciable para dar paso a una transición, son aquellas personas que ni están viviendo la guerra en primera persona ni se preocupan por salvar las vidas que están peyeciendo a cada instante¹⁶.

Del otro lado, este tipo de alegaciones han sido respondidas señalando que aunque la democracia es obviamente más deseable que la dictadura y la paz que la violencia, el logro de la paz no puede conseguirse excluyendo la justicia¹⁷. En palabras del entonces Fiscal de la Corte Penal Internacional: «... the idea to sequence peace and justice (...) [p]eace first then Justice. As a consequence there was neither peace nor justice»¹⁸. Dicho en términos más amplios, que si bien los juicios pueden poner en peligro las perspectivas a corto plazo de las democracias, son cruciales para su salud a largo plazo; siendo que el ciclo de represión e impunidad ha continuado durante siglos porque una clase de personas poderosas se mantiene por encima de la ley, hacer que respondan por sus abusos ante un tribunal, estableciendo así la primacía de la ley sobre la fuerza, es la única forma de romper ese ciclo; de este

¹⁴ Ponencia de Michael Frühling en el Seminario Internacional «Experiencias de alternatividad penal en procesos de paz», organizado por la *Escola de Cultura de Pau* de la Universidad Autónoma de Barcelona, 27-28 de febrero de 2004.

¹⁵ HAMPSON, Fen Olster (1997): «Can Peace-building work?», *Cornell International Law Journal*, núm. 10, p. 712.

¹⁶ Véanse las referencias recogidas en este sentido en el trabajo de WILLIAMS, Paul R. y SCHARF, Michal P. (2002): *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*. Rowam & Littlefield Publishers, INC, Boston, pp 29-35, y en especial pp. 31-32.

¹⁷ BASSIOUNI, Mahmoud C. (1999): «The Need for International Accountability», en BASSIOUNI, Mahmoud C. (ed.): *International Criminal Law*, vol. III. Transnational Publishers, Nueva York, p. 6 y ss.

¹⁸ MORENO OCAMPO, Luis (2009): «Conference on International Justice and Darfur», *Yale Law School*, 6 de febrero de 2009, p. 8 (disponible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F04CB063-1C1E-463E-B8FB-5ECE076FB1E0/279792/090206_ProsecutorskeynoteaddressinYale.pdf). Respecto a la Corte Penal Internacional en escenarios de Justicia Transicional, es interesante DJUKIC, Dražan (2007): «Transitional Justice and the ICC –«in the interest of justice»?», *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 867, pp. 691-718.

modo, se concluye, tanto para las víctimas de las dictaduras como para la democracia, los juicios son la respuesta correcta¹⁹.

Así las cosas, todo aquel que acepte el reto de adentrarse en el laberinto de la Justicia Transicional debe armarse de la mayor dosis posible de prudencia y paciencia; pues, en fin, en el mismo no será extraño encontrar enfoques y conclusiones de una amplitud y diversidad que, bien podrán causar aturdimiento, bien profunda confusión, bien conducir al convencimiento de que todo y nada es igualmente posible.

Si el panorama que ofrecen los miles de estudios de orden más teórico es realmente complejo, no debe olvidarse que la Justicia Transicional ha sido una disciplina singularmente inductiva; es decir, su configuración y desarrollo son especialmente deudores de la práctica estatal, de las mismas experiencias transicionales. Y aquí, de nuevo, debemos reconocer que éstas han contribuido muy poco a mostrarnos atisbo alguno de la ansiada luz al final del túnel. De hecho, las respuestas a las cuatro preguntas que señalamos han ido en la práctica desde la inicial *gruba linia* del presidente polaco Mazowiecki («tracemos una línea gruesa sobre el pasado y miremos al futuro»), hasta la decidida apuesta por la sanción de los crímenes del pasado de las autoridades ruandesas o etíopes; pasando por la «lustración» checoslovaca, alemana o húngara, las políticas eminentemente reparatorias de Bielorrusia o el primer Chile de Aylwin; la selectiva persecución penal de la Grecia de Karamanlis o de los primeros años de la Argentina de Alfonsín; el complejo equilibrio entre castigo y perdón de Sudáfrica, o la desnuda impunidad de hecho en Guatemala. Sin olvidar que son comunes los casos en que dentro de un mismo país se han ofrecido a lo largo del tiempo respuestas diversas, y a veces contradictorias, a los cuatro interrogantes clave identificados²⁰.

Agreguemos finalmente que, a su vez, existe cierta convicción de que son tan diversos los factores que concurren en cada experiencia transicional que lo que en una ocurra poco puede aportar a otra; que no hay marco, modelo general, o pauta alguna en este ámbito.

Claro queda, en suma, que nos movemos en un escenario huérfano de respuestas sencillas o absolutas.

¹⁹ ROSENBERG, Tina (2003): «Tierras embrujadas», en VV.AA.: *Ensayos sobre la justicia transicional*. Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York., p. 17.

²⁰ Sobre las medidas adoptadas en múltiples experiencias transicionales, puede encontrarse una interesante visión comparativa en OLSEN, Tricia D., PAINE, Leigh A. y REITER, Andrew G. (2010): *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. United States Institute of Peace, Washington.

1.2. *Justicia Transicional y violaciones a los derechos humanos/crímenes de derecho internacional*²¹

Ahora bien, en lo que aquí nos concita es posible ofrecer una aproximación a este particular a partir de una perspectiva más específica. Así, tomemos como primer referente la amplia consideración fundamental de las Naciones Unidas en este punto:

«La noción de “justicia de transición” (...) abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos»²².

Nótese que en esta enumeración no se prevé la posibilidad de que para afrontar los «abusos a gran escala» del pasado la solución sea no implementar ninguna o prácticamente ninguna de esa serie de iniciativas. Entre otras cosas, porque las mismas Naciones Unidas nos recuerdan algo que no por supuestamente sabido, es siempre tomado debidamente en cuenta: que conceptos como Justicia Transicional y estado de Derecho se encuentran íntimamente vinculados; máxime en un proceso de transición a la democracia²³. En otros términos, que siendo evidente que el estado de Derecho es un elemento esencial de toda democracia, como han subrayado Popkin y Roth-Arriaza el respeto al «debido proceso» y al estado de Derecho son algunas de las piedras angulares que permitirán a un gobierno democrático distinguirse del pasado régimen no democrático²⁴.

²¹ Para una visión más amplia de lo que parcialmente se resume en este apartado y el siguiente, CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2011): «Derecho internacional y «transformaciones del Estado»: Del desuso, uso y abuso del ordenamiento jurídico internacional cuando de ciertas «transformaciones que afectan a la forma de gobierno» se trata», en SOROETA LICERAS, Juan (ed.): *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen XI*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, en especial pp. 79-90.

²² CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: «El Estado de...», *doc. cit.*, párr. 8.

²³ *Ibid.*, párrs. 5 y 6.

²⁴ POPKIN, Margaret y ROHT-ARRIAZA, Naomi (1995): «Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America», *Law and Social Inquiry*, vol. 20, n.º 1, pp. 79-116.

Lo que puede formularse desde una perspectiva más específica, como la de Rosenberg, para quien un país que emerge de la dictadura tiene dos conjuntos de obligaciones (jurídicas): hacia las víctimas y hacia el futuro, para garantizar que la dictadura nunca regrese²⁵; posición ésta que permite dotar de un sentido más completo a palabras de otras especialistas como Jenin: «...la definición de lo que un gobierno *normal* debe hacer es encarar el pasado y promover medidas ligadas al esclarecimiento de la verdad, la justicia y el reconocimiento»²⁶. Si se prefiere, y desde una aproximación más general: «[n]o political and historical commitment in society is more important than the pursuit of Justice»²⁷.

Llama así la atención que como vimos, el TS nos comparta, en una sola frase, que la transición española fue «modélica» al tiempo de convenir que fue un proceso de «impunidad absoluta»; aunque luego volveremos a este punto, también a lo que el TS nos señala como «importantes reparaciones económicas y, de otro orden, a las víctimas de la guerra civil del bando republicano»²⁸.

Así las cosas, aunque se ha alegado que toda sociedad se encuentra siempre inmersa en algún proceso de transición, y que por ello resulta impropio realizar una distinción rotunda entre la Justicia Transicional y la *regular/ordinary justice*²⁹, lo cierto es que lo esbozado determina que estamos ante un escenario singular; si bien, podemos convenir con Méndez en que «the quality of justice we strive to achieve through [Transitional Justice] is no different from the ideal of justice to be pursued in “normal” times»³⁰. Pero sobre este escenario, y más allá de las deficiencias teóricas o conceptuales que pueden

²⁵ ROSENBERG, Tina (2003): «Tierras embrujadas», *op. cit.*, pp. 11-20.

²⁶ JENIN, Elizabeth (2010): «Las memorias y su historia: El pasado reciente en el presente del Cono Sur», en BABIANO, José (ed.): *Represión, derechos humanos, memoria y archivos: Una perspectiva latinoamericana*. Ediciones GPS, Madrid, p. 50.

²⁷ GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín (2009): «Human Rights and the rule of law after Abu Ghraib and the election of Barack Obama: a European vision of the past and future of the U.S. War on Terror», GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín (dir.): *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, p. 424.

²⁸ Cfr., *supra* nota 1.

²⁹ Cfr., discutiendo algunas posiciones de Teitel, GROSS, Aeyal M. (2004): «The Constitution, Reconciliation, and Transitional Justice. Lessons from South Africa and Israel», *Stanford Journal of International Law*, vol. 40, núm. 1, pp. 47-104, en especial pp. 50-52. En un sentido parcialmente similar, POSNER, Eric A. y VERMEULE, Adrian (2004): «Transitional Justice as Ordinary Justice», *Public Law and Legal Theory Working Paper*, núm. 40, pp. 1-50.

³⁰ MÉNDEZ, Juan (2009): «Editorial Note», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, núm. 2, pp. 157-162, en p. 157.

seguir detectándose³¹, del cada día más patente desarrollo de un impulso expansivo³², o de las potenciales desviaciones pasadas o presentes³³, lo que ahora interesa es tratar de identificar una definición de la Justicia Transicional más restringida, pero más operativa.

Una primera elección podría tomar cuerpo en la más reciente caracterización de referentes como la profesora Teitel, que ha señalado que: «[t]ransitional justice can be defined as the conception of justice associated with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes»³⁴. Si bien, a mi entender resulta aun más ajustada en lo que nos ocupa la definición ofrecida por otras expertas como la profesora Roht-Arriaza; para quien este concepto puede entenderse como «a set of practices, mechanisms and concerns that arise following a period of conflict, civil strife or repression, and that are aimed directly at confronting and dealing with *past violations of human rights and humanitarian law*»³⁵. Una aproximación de este cariz, con un objetivo desde luego más modesto, pero también necesaria y oportunamente acotado, ofrece varias ventajas indudables; por mucho que para algunos autores pudiera ser demasiado «estrecha» o «legalista» atendiendo a su visión acerca de la totalidad de problemas concurrentes en una transición³⁶.

En primer y protagónico lugar, si lo que debemos afrontar es el comportamiento estatal debido frente a «*past violations of human rights and humanitarian law*», resultaría hartamente difícil sostener que el conjunto de obligaciones internacionales propias a estos ámbitos resulta, al tiempo y

³¹ En este sentido, DE GREIFF, Pablo (2009): «Una concepción normativa de la justicia transicional», en RANGEL, Alfredo (ed.): *Justicia y paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Intermedio, Bogotá. Con un carácter más general, BELL, Christine (2009): «Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field'», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, núm. 1, pp. 5-27.

³² A este respecto, GÓMEZ ISA, Felipe (2010): «Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso español», *Inter-American and European Journal of Human Rights*, núm. 1-2, pp. 70-85.

³³ En este orden de ideas, es interesante SUBOTIC, Jelena (2009): «The Paradox of International Justice Compliance», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, núm. 3, pp. 362-383.

³⁴ TEITEL, Ruti G. (2003): «Transitional Justice Genealogy», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, p. 69-94, en p. 69.

³⁵ ROHT-ARRIAZA, Naomi (2006): «The New Landscape of Transitional Justice», en ROHT-ARRIAZA, Naomi y MARIEZCURRENA, Javier (eds.): *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*. Cambridge University Press, Nueva York, p. 2. La cursiva es mía.

³⁶ Véase, por ejemplo, MCEVOY, Kieran (2007): «Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice», *Journal of Law and Society*, vol. 34, núm. 4, pp. 411-440.

a la vez, irrelevante en estos escenarios transicionales; y en este orden de ideas, recordemos que también el TS nos hablaba en su caracterización de «violaciones a derechos humanos» y de «los derechos de las víctimas y de la sociedad en general a la verdad, a la justicia y a la reparación»³⁷.

De este modo, y si se requiere desde la general consideración de que «las normas internacionales que tienden a salvaguardar de manera absoluta intereses individuales deben garantizar (...) que esa particular protección no quede a disposición de los Estados»³⁸, como bien se ha recordado recientemente: «[a]sumiendo que la justicia transicional se articula a través de medidas jurídicas, hay que tener en cuenta que, precisamente, éstas son fruto de una decisión política que han de adoptar las autoridades que dirigen el proceso transitorio y que han de afrontar, tal es su responsabilidad, ponderando todos [sus] componentes... [pero] si los abusos que se han de afrontar son, principalmente, relativos a la vulneración de los derechos humanos, sea en tiempos de paz o de conflicto armado, el ordenamiento jurídico internacional plantea exigencias jurídicas relativas a la necesidad de evitar la impunidad de sus presuntos autores y de garantizar los derechos de las víctimas de tales actos que han de sopesarse para calibrar la idoneidad jurídica de las decisiones de justicia transicional»³⁹.

En consecuencia, a la luz de todo lo anterior más que complejo será mantener que lo que se decida o haya de decidir sobre estos hechos específicos en o durante un proceso de transición a la democracia es un asunto, bien en el que todo cabe; bien meramente interno; bien completamente al margen de los posibles compromisos internacionales que hubiera adquirido el Estado en cuestión; bien, en fin, solamente determinado por lo que cada uno pueda entender mejor bajo refractarias invocaciones a la reconciliación nacional. Concepto, dicho quede, que ha sido y es utilizado para sostener una cosa y la contraria; aunque con un alto grado de coincidencia hacia un significado o resultado común: en palabras de Seils, «la experiencia de la acepción muestra que (...) tiende a ser un código de impunidad para políticos y criminales»⁴⁰.

³⁷ Cfr., *supra* nota 1.

³⁸ QUEL LÓPEZ, Javier (2007): «La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Aspectos generales», en FÉRNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (coord.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Dilex, Madrid, p. 98

³⁹ BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosana (2009): *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Universidad de Deusto, Bilbao, p. 13.

⁴⁰ SEILS, Paul (2009): «La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional», en ALMQVIST, Jessica y ESPÓSITO, Carlos (coords.): *Justicia transicional en Iberoamérica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 24. Respecto a la experiencia española, véanse apartados siguientes.

En suma, el Derecho internacional «se ha erigido en una referencia indiscutible para afrontar los problemas asociados con la reivindicación de la memoria histórica, el castigo de los responsables de graves violaciones de normas internacionales o internas producidas en el pasado y la reparación a las víctimas»⁴¹.

1.3. *Justicia Transicional y Derecho internacional*

En otras oportunidades he dedicado algún tiempo y esfuerzo para, con mayor o menor fortuna, analizar en detalle la problemática que ha venido acompañando a la aplicación del Derecho internacional en contextos de Justicia Transicional⁴²; intentando, por recordar las palabras del profesor Sánchez Rodríguez, «[practicar] la difícil alquimia de elaborar un armazón y una estructura jurídica donde inicialmente casi sólo existía ideología, pero —como es natural— sin renunciar a ésta»⁴³. Sin reiterar entonces mis razonamientos ni conclusiones, apuntar brevemente que una de las tantas paradojas propias a la Justicia Transicional es la aparente poca dificultad de orden teórico que plantea la aplicación del Derecho internacional en estos contextos. De hecho, la respuesta formal que el ordenamiento jurídico internacional ofrece en este punto podemos encontrarla, por ejemplo, en una decisión de hace camino de un siglo, en la que ya se valoraba como un principio del ordenamiento jurídico internacional lo que sigue:

«... Dr. John Bassett Moore, now a member of the Permanent Court of International Justice, (...), announces the general principle which has had such universal acquiescence as to become well settled international law: Changes in the government or the internal policy of a state do not as a rule affect its position in international law. A monarchy may be transformed into a republic or a republic into a monarchy; absolute principles may be substituted for constitutional, or the reverse; but, though the government changes, the nation remains, with rights and obligations unimpaired. (. . .) The principle of the continuity of states

⁴¹ GONZÁLEZ VEGA, Javier (2009): «Memoria Histórica vs. Impunidad: las obligaciones impuestas por el Derecho internacional», en VV.AA.: *Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?* Fundación Antonio Carretero, Madrid, p. 67.

⁴² Con carácter general y exhaustivo, puede consultarse CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2007): *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Ediciones Parthenon, Madrid.

⁴³ *Vid.*, el prólogo de Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ a mi trabajo CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2007): *Derecho Internacional y...*, *op. cit.*, p. 27.

has important results. The state is bound by engagements entered into by governments that have ceased to exist; the restored government is generally liable for the acts of the usurper»⁴⁴.

Si dejamos al margen los endémicos interrogantes acerca del concepto, contenido y duración de un proceso de transición, como de hecho hace el mismo ordenamiento jurídico internacional, la clave aquí no será otra pues que el ya clásico «principio de la identidad o continuidad del Estado»; destilado fundamental de los principios de seguridad jurídica internacional, así como de la propia formulación de los definidos como principios estructurales del Derecho internacional⁴⁵. En esencia, a la luz de este principio, el Estado continúa siendo el mismo, a los efectos del ordenamiento jurídico internacional, cualquiera que sea el cambio o cambios ocurridos en su organización interna. De este modo, toda alteración que pueda acaecer en la organización política de un Estado, siempre y cuando no afecte a la condición internacional de éste, será simple y llanamente irrelevante en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones internacionales frente a terceros; a tal extremo, si se quiere, que al menos formalmente ello será así incluso en el caso de los conocidos como «Estados fallidos»⁴⁶. Así, si debiéramos enfrentarnos a la pregunta general de cómo ha de aplicarse, debe funcionar, o qué papel está llamado a jugar el Derecho internacional en un proceso de transición, la respuesta formal es evidente: exactamente el mismo que si este proceso no se hubiera iniciado, no se estuviera desarrollando, o no hubiera culminado con mayor o menor éxito.

No ha lugar pues ninguna potencial alegación que expresa o implícitamente abogue, sin más, por una suerte de excepcionalidad jurídico-internacional sobre la base de la mera existencia o desarrollo de una transición a la democracia. Máxime cuando ésta pretenda

⁴⁴ *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica)*, 18 de octubre de 1923, en *Reports of International Arbitral Awards*, vol. I, Naciones Unidas, 2006, p. 377.

⁴⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: «Resolución 2625 (XXV), 4 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas», Documento de las Naciones Unidas: A/8082, El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta, párrs. 2 y 3.

⁴⁶ Al respecto, véase el completo estudio de LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma (2011): «Los Estados “fallidos” y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional», en VV.AA.: *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2010*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao.

concretarse en la conformación de una especie de *vacío de soberanía* tendente a sacar del tablero de juego al ordenamiento jurídico internacional, y dejar toda decisión sobre el proceso transicional en las exclusivas y excluyentes manos de lo que estimen más o menos adecuado los distintos órganos internos. Y en este punto, valga recordar, resulta necesario tener que subrayar, que lo concluido por supuesto es también aplicable en lo que respecta a principios tan fundamentales como los codificados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁷, o el artículo 32 del Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁴⁸.

En síntesis entonces, son impecables las siguientes palabras de la Corte Interamericana de Derecho Humanos:

«Según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron»⁴⁹.

No cabe la menor duda de que la experiencia nos ha demostrado que desde esta premisa, la realidad ha distado mucho de una aplicación directa y pacífica de las obligaciones internacionales pertinentes en estos contextos, de una complejidad indiscutible. En algún trabajo ya citado, tras examinar la licitud internacional de medidas ampliamente ensayadas como las amnistías, los indultos o los conocidos como enjuiciamientos selectivos, traté de sistematizar, enunciar y estudiar las opciones jurídicas que dentro de la legalidad internacional pudieran plantearse en escenarios transicionales como los que aquí interesan; y para ello distinguí entre lo que entonces denominé como «problemas cuan-

⁴⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, en B.O.E de 13 de junio de 1980.

⁴⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: «Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura, en su 53.º período de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 de julio de 2001.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Velásquez Rodríguez* c. Honduras, 29 julio de 1988, Serie C, Vol. 4, párr. 184.

titativos, cualitativos, temporales y políticos»⁵⁰. Las conclusiones a las que finalmente llegué configurarían un corsé jurídico no totalmente rígido, pero sí singularmente estrecho, en lo que se refiere a la actuación estatal exigible a la hora de enfrentar los crímenes pasados. Con todo, mi percepción es que con carácter previo a todo ejercicio que intente buscar u ofrecer alternativas para que las previsiones del ordenamiento jurídico internacional no se conviertan en algo imposible, inviable, o incluso odioso, ante los muchos retos, exigencias y dificultades de un proceso de transición, la cuestión clave en muchos casos es, o sigue siendo, otra⁵¹. Y ciertamente no nos referimos a interesante y complejos debates acerca, por ejemplo, del contenido normativo específico o la aplicación concreta de las obligaciones internacionales en juego; o a los posibles cauces para, en su caso, suspenderlas; tampoco a discusiones sobre la naturaleza e implicaciones jurídicas de prescripciones como «la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes reconocidos por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública»⁵², por escoger formulaciones de *larga data* a veces también invocadas por nuestro mismo TS⁵³; ni tan siquiera aludimos aquí a las cuestiones relativas al momento concreto de consolidación de las normas del Derecho internacional general en el ámbito de los derechos humanos, o la entrada en vigor de las obligaciones internacionales en liza, ni a su justo acomodo frente a hechos ilícitos continuados o permanentes⁵⁴. La ver-

⁵⁰ Cfr. CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2007): *Derecho Internacional y...*, op. cit., pp. 434-472, 475-513.

⁵¹ Para una visión distinta en este punto, y especialmente interesante por lo diferente de los planteamientos y aproximación a este problema, FORCADA BARONA, Ignacio (2011): *Derecho Internacional y...*, op. cit.

⁵² Como es sabido, ésta es la formulación de la conocida como «clausula Martens», incluida en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907. Cfr. Convención sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, adoptado en La Haya el 29 de julio de 1899, en COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA y LIGA DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA (1953): *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10.ª edición. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra. Por su parte, respecto de las catorce convenciones adoptadas en 1907, interesa especialmente la IV Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, adoptada en la Haya el 18 de octubre de 1907, en COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1996): *Derecho internacional relativo a la conducción de las hostilidades: colección de Convenios de La Haya y de algunos otros tratados*, 2.ª edición. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra.

⁵³ Sentencia del TS N.º 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Fundamento Jurídico 6.

⁵⁴ Como es sabido, a diferencia del lenguaje propio del Derecho interno, en lo relativo al ordenamiento jurídico internacional son de uso común y aceptado ambas calificaciones. Recuérdese, a modo de ejemplo, lo expresamente señalado por el Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente

dadera cuestión temo que no es otra que seguir tratando de explicar, recordar, recalcar, demandar o convencer, úsese el verbo que se prefiera, que las obligaciones internacionales pertinentes ni son meras recomendaciones, ni se esfuman o desaparecen en estos casos. Todo ello fundado, como ya adelantamos, y aquí está la clave a mi entender, las más de las veces no en razones jurídicas o argumentación jurídica cognoscible, sino en las siempre ambivalentes y refractarias invocaciones a la «urgencia de la pacificación social»⁵⁵, «las necesidades (políticas) de la paz o la democracia»⁵⁶, o la «reconciliación nacional»⁵⁷; conceptos que no es extraño que oculten cierta convicción de que las obligaciones internacionales, en el caso de existir, han de ceder irremediabilmente ante otras consideraciones *verdaderamente importantes*⁵⁸.

Mi posición personal en este punto es, desde luego, negarme a aceptar, y de hecho combatir, esta serie de posicionamientos, pues no suponen otra cosa que la negación misma de la existencia del Derecho internacional, de un plumazo. Pero ello sin mantener a su vez una postura formalista o insensible a las muchas dificultades que se concitan en el poliedro transicional; sobre todo, en los primeros desarrollos

vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: «A propuesta de una delegación, y para tener en cuenta la diferencia de terminología empleada en las legislaciones de los países de América Latina, el Grupo de Trabajo aceptó que la expresión “caractère continu” que figura en el apartado b) del párrafo 1 se traduzca en la versión española del instrumento por “carácter continuo o permanente”». Vid. Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2006/57, 2 de febrero de 2006, párr. 113.

⁵⁵ Este concepto aparece en la nada edificante postura inicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de mediados del decenio de 1980; afortunadamente matizada y plenamente ajustada a Derecho (internacional) en sus posteriores afirmaciones y resoluciones. Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Informe Anual, 1985-1986», OEA/Ser.LV/II.68 doc. 8 rev. 1, Capítulo V, párrs. 10-11.

⁵⁶ Quizá algunas de las posturas más severas en este sentido pudieran ser las recogidas en el trabajo de WILLIAMS, Paul R. y SCHARF, Michal P. (2002): *Peace with..., op. cit.*, en especial pp. 31-32.

⁵⁷ Sobre los modos u ocasiones en que fue utilizado este término durante los iniciales desarrollos de la transición española, DEL ÁGUILA, Rafael y MONTORO, Ricardo (1984): *El discurso político de la transición española*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, pp. 130-136. Desde una visión más amplia, que incluye también la época franquista, AGUILAR, Paloma (2008): *Políticas de la memoria y memorias de la política*. Alianza Editorial, Madrid, pp. 222 y ss.

⁵⁸ De entre los numerosos trabajos sobre este particular, siempre me ha parecido especialmente lúcida y valiosa por su momento de redacción, la posición de Dugard en torno a la experiencia de Sudáfrica: DUGARD, John (1997): «Retrospective Justice: International Law and South African Model», en MCADAMS, A. James (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*. University of Notre Dame, Notre Dame, en especial p. 281.

del mismo⁵⁹. Así, vengo defendiendo que el verdadero ejercicio que debería afrontarse habría de dirigirse a concretar en cada situación el conocido como criterio interpretativo del «efecto útil» de las normas internacionales⁶⁰; principio que para la Corte Internacional de Justicia⁶¹ y la Comisión de Derecho Internacional⁶² es una de las guías fundamentales de la interpretación de las normas convencionales. Lo que en caso alguno quiere significar que en virtud del mismo pueda obviarse su «letra y espíritu»⁶³, ni desconocerse otros criterios rectores claramente establecidos como, en lo que aquí ocupa, el principio *pro homine* inherente al Derecho internacional de los derechos humanos⁶⁴. Por tanto, siempre he estimado que la máxima *ut res magis valeat quam pereat* debe ser especialmente atendida en el ámbito de la Justicia Transicional; resultando que si existen varias interpretaciones posibles, de entre todas ellas habrá de escogerse aquella que en el momento considerado permita su aplicación específica, que pueda tener algún efecto⁶⁵. Esto es,

⁵⁹ Sobre mis impresiones, para una aproximación resumida, CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2009): «Formulando las preguntas correctas sobre los problemas de cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes pasados», en ALMQVIST, Jessica y ESPÓSITO, Carlos (coords.): *Justicia transicional...*, op. cit

⁶⁰ Para una primera visión, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (1996): *La interpretación de las Normas Internacionales*. Aranzadi, Pamplona, pp. 222-223, 249-250; REMIRO BROTONS, Antonio (1987): *Derecho Internacional Público: 2. Derecho de los tratados*. Tecnos, Madrid, pp. 313-314.

⁶¹ Véase a modo de ejemplo, *Zonas francas de la Alta Saboya y del país de Gex*, Order, P.C.I.J. Series A, N.º 22, p. 7; *Estrecho de Corfú (Reino Unido v. Albania)*, fondo, I.C.J. Reports 1949, p. 24; *Interpretación de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania*, opinión consultiva, I.C.J. Reports, 1950, p. 229; *Asunto de la disputa territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad (Jamahiriya Árabe Libia/Chad)*, I.C.J. Reports 1994, párr. 51.

⁶² Consúltese *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, segunda parte, p. 240; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. II, primera parte, p. 80, en especial párr. 33; así como, «Comentario al capítulo III de la Primera Parte del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado», aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura, en su 53.º período de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 de julio de 2001, p. 114.

⁶³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: *Interpretación de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania*, opinión consultiva, I.C.J. Reports, 1950, p. 229.

⁶⁴ De entre los muchos estudios sobre este particular, para una primera aproximación, PINTO, Mónica (1997): «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires.

⁶⁵ Cfr. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: *Asunto de la disputa territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad (Jamahiriya Árabe Libia/Chad)*, I.C.J. Reports 1994, párr. 51. En la doctrina, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (1996): *La interpretación...*, op. cit., pp. 249-250.

que evite la consideración de las obligaciones internacionales como deberes absolutos, que en determinados casos puedan llevar a situaciones de imposibilidad igualmente absoluta⁶⁶; pues, siguiendo la clásica afirmación de Verdross, «*international duties must not be taken so far to result in self-destruction*»⁶⁷.

Teniendo en mente todo lo anterior, a los efectos de esta breve exposición valga retener entonces, como idea fundamental, la formulación recogida de la Corte Interamericana, esto es, «que la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo (...) [aunque] la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos [humanos] que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron»⁶⁸. Pauta de referencia y trabajo que además, y entre otros muchos considerandos, permite comprender plenamente la pertinencia y vigencia de atender en estos contextos transicionales a lo que en alguna aportación reciente se han denominado como «principios de la Justicia Transicional»; a saber: «el deber de reprimir y perseguir (como contrapartida del derecho a la justicia de las víctimas), el deber de investigar e informar sobre las violaciones de derechos humanos (frente al derecho a saber de las víctimas —y de la sociedad en su conjunto—), el deber de reparar (como corolario del derecho de las víctimas a la reparación), y el deber de prevenir (frente a la no repetición de las violaciones)»⁶⁹. En suma, y expresado a través del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, que también en procesos de «restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas» es imperativa «la obligación general de 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 ver-

⁶⁶ Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. II, primera parte, p. 80, párr. 33.

⁶⁷ VERDROSS, Alfred (1937): *Völkerrecht*. Springer, Berlin, p. 189; citado en ORENTLICHER, Diane F. (1995): «Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime», en KRITZ, Neil J. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I. United States Institute for Peace Press, Washington, p. 407.

⁶⁸ Cfr., *supra* nota 49.

⁶⁹ BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosana (2009): *Impunidad...*, *op. cit.*, p. 109.

dad —[incluida] en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima— y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición⁷⁰ de dichas violaciones...»⁷¹.

2. Algunas características de la experiencia española

Durante el turno de réplica del debate acerca del Proyecto de la conocida como «Ley de Memoria Histórica»⁷², la entonces Vicepresidenta del Gobierno afirmó algo que a mi entender no sólo fue capital en lo que se estaba discutiendo, sino que es una convicción tan ampliamente extendida como presente en la gran mayoría de las decisiones de los tribunales españoles —ya expresa o implícitamente como veremos—. En concreto:

«Tampoco quiero entrar en la discusión, que nos llevaría muy largo, de no perder de vista (...) lo que se ha venido en llamar la justicia transicional, es decir, un conjunto normativo de carácter internacional que pretende asegurar, por supuesto, el respeto a los derechos humanos, bien en la resolución de los conflictos, bien en los procesos de transición de regímenes que han usado de manera sistemática y arbitraria la violencia a regímenes democráticos, para fortalecer de este modo las bases del nuevo Estado de derecho; a eso se refieren estas normas. Desde ese punto de vista, no hay paralelismo con una situación como la de nuestro país, que ha hecho ejemplarmente y con éxito su transición hace 30 años...»⁷³.

Existen varias conclusiones a extraer de lo anterior, aunque quedemos ahora con una: de estas palabras cabría deducir que el «conjunto normativo de carácter internacional» que se mencionaba era perti-

⁷⁰ Al respecto, es muy recomendable la lectura del reciente trabajo de ORÉ AGUILAR, Gaby y GÓMEZ ISA, Felipe (eds.) (2011): *Rethinking Transitions. Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*. Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland.

⁷¹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad», Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005, pp. 6 y 7.

⁷² BOCG Núm. A-99-1, de 8 de septiembre de 2006. En la actualidad, Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, en B.O.E. núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

⁷³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2006, VIII Legislatura, Número 222, Sesión plenaria núm. 206, celebrada el jueves, 14 de diciembre de 2006, p. 11270.

nente durante nuestro «proceso de transición de un régimen que había usado de manera sistemática y arbitraria la violencia a un régimen democrático», pero no ya en aquel momento, esto es, tras «30 años» de que España hubiera «hecho ejemplarmente y con éxito su transición». Desde luego, tal consideración no encuentra sustento identificable en lo que se refiere al Derecho internacional, según acabamos de esbozar, pero permite formularse una pregunta de importancia no menor: ¿entonces durante nuestro *ejemplar y exitoso* proceso de transición se atendió, en un momento u otro, a aquel «conjunto normativo de carácter internacional»?

Sin perjuicio de lo que diremos en el siguiente Capítulo, ofrezcamos en lo que ahora ocupa un breve repaso al respecto⁷⁴. Examen que además nos servirá de marco general para mejor comprender todo lo que luego vendrá.

Como premisa fundamental, conviene recordar que en España durante largos años se ignoró la convicción de especialistas como Weschler, para quien si en un proceso de transición las cuestiones relativas al castigo de los crímenes del pasado no son abordadas con rapidez, pueden volver en formas más perversas pasados los años⁷⁵. Lo que podemos formular también recordando, en perspectiva general, que ya expertos como O'Donnell y Schmitter nos indicaron que por mala que sea la solución adoptada para afrontar el pasado durante una transición, peor será siempre ignorarlo⁷⁶; o dicho con otras palabras más cercanas, como son las del profesor Reig Tapia: «... como la Historia misma se encarga de demostrar, cuanto más se tarda en aceptar la realidad, más gravosas resultan las consecuencias de semejante empecinamiento»⁷⁷. Y en este punto, reiteremos que en el caso español, cuando habla-

⁷⁴ Para una visión en detalle desde mi punto de vista, CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2007): «*El viaje a ninguna parte*: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 45, pp. 119-233. En líneas generales lo que se recoge en este apartado puede encontrarse en CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2012): «The challenges posed to the recent investigation of crimes committed during the Spanish Civil War and Francoism», en ALMQVIST, Jessica y ESPÓSITO, Carlos (eds.): *The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain*. Routledge International, Oxford-Nueva York, pp. 134-140.

⁷⁵ BORAINÉ, Alex, LEVY, Janet y SHEFFER, Ronell (editores) (1994): *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*. IDASA, Ciudad del Cabo, p. 58.

⁷⁶ O'DONNELL, Guillermo y SCHMITTER, Philippe C. (1998): *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas - 4*. Paidós, Buenos Aires, p. 30.

⁷⁷ REIG TAPIA, Alberto (2006): *AntiMoa. La subversión neofranquista de la Historia de España*. Ediciones B, Barcelona, p. 457.

mos de los *crímenes del pasado* hemos de referirnos a los crímenes cometidos durante la Guerra Civil; los que se perpetraron en lo que gran acierto se ha llamada «la gran represión» de los lustros siguientes⁷⁸; también los que se cometieron en los años posteriores de lo que en el seno del Consejo de Europa se ha calificado como «deeply disturbing Franco's human rights record»⁷⁹; así como lo que, en su caso, ocurrió durante los inicios formales de la transición⁸⁰. Incluyendo entre todos ellos, conviene no olvidarlo, y por referir una gota en el océano, los casos de desaparición forzada de personas expresamente reconocidos por el Grupo de Trabajo de las Naciones sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias⁸¹ (GTDFI).

Así, los desarrollos iniciales de la última transición a la democracia española se caracterizaron por la expresa elección de lo que se ha conocido como «Modelo de olvido del pasado absoluto»⁸², es decir, una apuesta por la confrontación con el pasado, con los crímenes del pasado, basada en la renuncia tanto a toda medida de índole sancionatoria/reparatoria como a toda forma de investigación y averiguación de la verdad. Todo ello, sin discusión jurídica identificable, públicamente al menos⁸³, sobre la viabilidad o licitud internacional de semejante elección. En este diseño inaugural fue pieza formalmente clave la Ley 46/1977 de Amnistía⁸⁴; cuyo artículo 2 e) y f) se asimiló y asimila

⁷⁸ NÚÑEZ DÍAS-BALART, Mirta (coord.) (2009): *La gran represión. Los años de plomo de la posguerra (1939-1948)*. Flor de Viento Ediciones, Barcelona.

⁷⁹ CONSEJO DE EUROPA: «Need for international condemnation of the Franco regime», Doc. 10078, Ref. 2926, 2 de marzo de 2004, adoptado por unanimidad el 4 de octubre de 2005.

⁸⁰ Sobre este último período, puede verse el reciente trabajo de SOLER SÁNCHEZ, Mariano (2010): *La transición sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)*. Península, Barcelona.

⁸¹ Cfr. Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2003/70, 21 de enero de 2003, párrs. 246-247; Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2004/58, 21 de enero de 2004, párrs. 259-267; así como Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/4/41, 25 de enero de 2007, párr. 380; Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, pp. 94, 97.

⁸² Ésta es la terminología empleada por el Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional en su estudio basado en distintas experiencias transicionales. Cfr. ARNOLD, Jörg (1999): «Cambio de sistema político y criminalidad de Estado desde una visión del derecho penal»; «Esbozo del Proyecto: Elaboración jurídico-penal del pasado tras un cambio de sistema político en diversos países», en SANCINETTI, Marcelo A. y FERRANTE, Marcelo: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*. Ed. Hammurabi, Argentina, pp. 27-70.

⁸³ Cfr., *supra* nota 57.

⁸⁴ B.O.E. Número 248, de 17 de octubre de 1977.

muy notablemente a lo contenido en posteriores normas correcta y comúnmente consideradas como «leyes de impunidad». Por poner algunos ejemplos: el Decreto Ley chileno N.º 2191 de 1978⁸⁵, la argentina Ley de Amnistía de delitos cometidos con motivación, finalidad terrorista o subversiva desde el 25/5/73 hasta el 17/6/82⁸⁶, el hondureño Decreto número 30-90 de 1990⁸⁷, la Ley General de Amnistía para la Consolidación de la Paz de El Salvador⁸⁸, o la peruana Ley 26479 de 1995⁸⁹ —grotescamente completada con la Ley 26492 de 30 de junio de 1995⁹⁰—; sin olvidar las tristemente célebres leyes de «caducidad de la pretensión punitiva del Estado» del Uruguay⁹¹, o de «punto final»⁹² y de «obediencia debida»⁹³ de la Argentina de 1986-1987⁹⁴.

De este modo, tras haber España firmado⁹⁵ y ratificado⁹⁶ el ya entonces vinculante Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁷ (PIDCP), con la aprobación de esta Ley y en virtud de los incisos señala-

⁸⁵ Decreto Ley N.º 2191, de 19 de abril de 1978.

⁸⁶ Ley 22924, de 23 de marzo de 1983.

⁸⁷ Decreto número 30-90, emitido el 14/12/1990.

⁸⁸ Según su artículo 1 —que no hizo más que derogar de hecho lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Reconciliación Decreto N.º 486, de 20 de marzo de 1993—.

⁸⁹ Ley 26479, de 14 de junio de 1995.

⁹⁰ En un vano intento de conjurar los más que posibles problemas respecto a la legalidad (constitucional e internacional) de la Ley 26479, el legislador peruano emitió la Ley 26492, en la que sin ningún rubor se dispuso: «Artículo 1.º. Entiéndase que la amnistía otorgada por la Ley N.º 26479, según lo dispuesto en el inciso 3 del Artículo 139.º de la Constitución Política, no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, reconocido por el Artículo 44.º de la Constitución Política y, entre otros Tratados sobre la materia, el numeral 1 del Artículo 1.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos....» *Vid.*, art. 1 de la Ley 26492, de 30 de junio de 1995.

⁹¹ Ley 15848, aprobada el 22 de diciembre de 1986.

⁹² Ley 23492, de 23 de diciembre de 1986.

⁹³ Ley 23521, de 5 de junio de 1987.

⁹⁴ De entre los muchos estudios que ofrecen una visión comparada en la línea de lo expuesto, puede acudir al interesante trabajo del reputado especialista VALENCIA VILLA, Hernando (2010): «Memoria histórica y derechos humanos: Lecciones de Hispanoamérica», en ORTEGA, Julio (ed.): *Nuevos hispanismos interdisciplinarios y transatlánticos*. Iberoamericana-Vervuert, Madrid. Dese una perspectiva más amplia, AGUILAR, Paloma (2009): «The Timing and Scope of Reparation, Truth and Justice Measures: A Comparison of the Spanish, Argentinean and Chilean Cases», en AMBOS, Kai, LARGE, Judith y WIERDA, Marieke (eds.): *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*. Spinger, Berlin Heidelberg.

⁹⁵ El 28 de septiembre de 1976.

⁹⁶ El 27 de abril de 1977.

⁹⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en B.O.E de 30 de abril de 1977. En virtud del artículo 49.2, el Pacto entró en vigor para España el 27 de julio de 1977.

dos, se pretendieron dejar amnistiados, impunes, *todos*⁹⁸ *los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas*.

De este punto en adelante, pero siempre sin afectar a la vigencia de la Ley de Amnistía de 1977, se fue desarrollando un lento y confuso proceso en el que sería aprobado un muy amplio conjunto de medidas pretendidamente reparatorias; en cuyo repaso o comentario no podemos detenernos en esta ocasión⁹⁹. Para muchos, el proceso referido se vio culminado treinta años después, en diciembre de 2007, con la aprobación de la citada «Ley de Memoria Histórica»; que aunque ciertamente pudiera evaluarse como una ley que finalmente¹⁰⁰ «rompió el silencio»¹⁰¹, no satisfizo en modo alguno las demandas de las víctimas¹⁰². Ello así, pese a que en el propio Preámbulo de esta norma se sostenga venir a dar cumplida y definitiva respuesta a las demandas de la sociedad española en este punto, y con ello contribuir a cerrar las heridas todavía abiertas en los españoles y dar plena satisfacción a los ciudadanos que sufrieron, directamente o en la persona de sus familiares, las consecuencias de la Guerra Civil o de la represión franquista¹⁰³.

Amén de lo mucho que cabría decir aquí, lo que conviene tener presente es que tanto el texto legal definitivamente aprobado de esta Ley, como la inmensa mayoría de las medidas que se adoptaron anteriormente, descansaban sobre una lógica común. A este respecto, baste recordar que el mismo Tribunal Constitucional español ya señaló a inicios de la década de 1990 que aunque legalmente algunas de estas medidas vengan denominadas como «indemnizaciones», para el Tribunal eran, en realidad, prestaciones establecidas *gracialmente* por el le-

⁹⁸ Para una perspectiva de interés sobre esta cuestión, puede verse GARCÉS, Joan (2010): «La ley española 46/1977, de Amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad», disponible en <http://casogarzon.blogspot.com.es/p/analisis-juridicos.html>.

⁹⁹ Para un examen detallado, véase *supra* nota 74, además, AGUILAR, Paloma (2008): *Políticas de la... , op. cit.*, en especial pp. 233 y ss.; de manera condensada, resultan de gran interés y utilidad las tablas contenidas en las pp. 506-520.

¹⁰⁰ Sobre la cuestión general de lo que se ha conocido como la «recuperación de la Memoria Histórica» en España, véanse algunas referencias en el capítulo siguiente.

¹⁰¹ MARTÍN PALLÍN, José Antonio (2008): «La ley que rompió el silencio», en MARTÍN PALLÍN, José Antonio y ESCUDERO ALDAY, Rafael (eds.): *Derecho y memoria histórica*. Trotta, Madrid.

¹⁰² Una visión interesante al respecto puede encontrarse en ESCUDERO ALDAY, Rafael (2009): «La sombra del franquismo es alargada: el fracaso de la llamada Ley de Memoria Histórica», en FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, Federico y GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. (coords): *Derecho, memoria histórica y dictaduras*. Comares, Granada.

¹⁰³ Exposición de motivos de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

gislador, de acuerdo a una decisión política que ha de relacionarse, en el caso concreto que analizó entonces, con la legislación sobre amnistía, pese al distinto sentido de una y otra normativa¹⁰⁴.

A mi entender, ésta es una de las notas definitorias del caso español. Así, pese a lo mucho que se ha dicho en múltiples foros, y aunque muchas de las medidas implementadas en los últimos años han de ser cuantitativamente celebradas, su razón de ser fundamental es idéntica a la que subyace en la más reciente «Ley de Memoria Histórica». En este sentido, es paradigmático que en su literal nunca se hable de obligaciones o derechos, sino sólo de «peticiones o demandas legítimas» de algunos ciudadanos¹⁰⁵; en un escenario en el que, en lo que especialmente nos ocupa¹⁰⁶, todo se presenta como si de relaciones entre particulares o sujetos privados se tratase, y en el que el Estado sólo figura como coadyuvante, o en su caso, como sujeto que podrá «establecer subvenciones»¹⁰⁷. De hecho, y por recordar las palabras del mismo TS, ante lo que estamos no es otra cosa que «la mera colaboración con particulares que la Ley 52/2007 (...) estableció respecto a la contribución de los poderes públicos (...) [con] las víctimas de la Guerra Civil y de la dictadura que le siguió»¹⁰⁸. En defini-

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de España en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 2.645, 2.646, 2.647 y 2.648/92 y 12 y 420/93, promovidas, las cuatro primeras, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y la quinta y la sexta por las Salas del mismo orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha y de Madrid, respectivamente, en las que se plantea la posible inconstitucionalidad de la Disposición adicional decimooctava de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, STC 361/1993, Fundamentos Jurídicos, párr. 2.

¹⁰⁵ Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

¹⁰⁶ De entre los muchos trabajos existentes respecto a esta medida legislativa, para una primera aproximación a su contenido general puede recomendarse, PAREJO ALFONSO, Luciano (2008): «Administración pública y memoria histórica», en MARTÍN PALLÍN, José Antonio y ESCUDERO ALDAY, Rafael (eds.): *Derecho y memoria...*, op. cit. Un aspecto particular en el ámbito jurisdiccional, también abordado en esta Ley, es lo relativo a la anulación de ciertas sentencias dictadas durante el franquismo; en cuyo detalle no podemos entrar en esta oportunidad. Sobre el mismo, puede verse ESCUDERO, Rafael (2008): «La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sus sentencias», en MARTÍN PALLÍN, José Antonio y ESCUDERO ALDAY, Rafael (eds.): *Derecho y memoria...*, op. cit.; así como SÁEZ, Ramón (2009): «Anular las sentencias de la represión franquista. Una tarea de higiene pública», *Jueces para la democracia*, núm. 64, pp. 61-78. En relación con esta cuestión, recuérdese también que varias causas han llegado hasta el TEDH; desde casos como el de Xose Humberto Baena Alonso (demanda N.º 39905/04), inadmitido por el TEDH el 22 de septiembre de 2005, hasta en lo más reciente el caso *Puig Antich y otros c. España* (demanda N.º 53193/11), también inadmitido en fecha de 10 de noviembre de 2011.

¹⁰⁷ Cfr., a modo de ejemplo, artículo 11.2 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

¹⁰⁸ Auto del TS de 3 de febrero de 2010, Causa Especial N.º 20048/2009, p. 52.

tiva, como bien se ha concluido, la realidad no es otra que, de un lado, «se trata de medidas incompletas e insuficientes, que no colman por entero los derechos de las víctimas (...) en el ámbito de la reparación, como se entiende en *Derecho internacional*»¹⁰⁹; y del otro, que «... la Ley renuncia a una investigación oficial de las violaciones de derechos humanos (...), mantiene la regla de la impunidad y de la no investigación»¹¹⁰. Por todo ello, resulta tan censurable como injustificable la posición defendida por las autoridades españolas ante, por citar un solo ejemplo, el GTDFI al sostener que:

«... en cuanto a la denuncia de que no ha habido investigaciones de las desapariciones ocurridas durante la Guerra Civil española y el franquismo, el Gobierno citó varias medidas adoptadas desde 2004, incluid[a] (...) la Ley de 2007 por la que se amplían y reconocen derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura»¹¹¹.

Lo anterior es singularmente evidente en el articulado concreto aprobado respecto a las víctimas¹¹² de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo, esto es, los artículos 11 al 14¹¹³. Se seguía

¹⁰⁹ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: «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», 30 de abril de 2008, p. 22 (disponible en <http://www.aedidh.org/sites/default/files/dictamen%20mayo%2008-1.pdf>).

¹¹⁰ GIL GIL, Alicia (2009): *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Atelier, Barcelona, p. 76.

¹¹¹ Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, párr. 486.

¹¹² Como es bien sabido, en atención a la regulación internacional de la figura de la desaparición forzada, son víctimas de este crimen tanto la persona desaparecida como «toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada» (véase, por ejemplo, artículo 24.1 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas). Junto a ello, debe tenerse en cuenta que como en varias ocasiones ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en determinadas circunstancias el familiar-víctima de una desaparición forzada es también víctima de un acto de tortura, trato inhumano, cruel o degradante. Al respecto, y por referir sólo el ejemplo más cercano, consúltese caso *Janowiec and Others v. Russia, Applications nos. 55508/07 and 29520/09*, sentencia de 16 de abril de 2012, párrs. 150-167. Para más datos, véanse los apartados 1.2 y 2 del Capítulo IV de este trabajo.

¹¹³ Extractando lo relevante en este punto: «Artículo 11. Colaboración de las Administraciones públicas con los particulares para la localización e identificación de víctimas. 1. Las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias, **facilitarán** a los des-

y sigue pues actuando dentro de la lógica de, a lo más, la concesión discrecional del Estado; perspectiva que difícilmente se acomoda con el reconocimiento de la existencia de responsabilidad (internacional) del Estado, en relación con una serie de víctimas que han visto violentados un conjunto de derechos que el mismo Estado ha convenido en respetar y garantizar, y cuyo quebranto exige una investigación y reparación acorde con las detalladas pautas existentes en este ámbito¹¹⁴. Nada de esto está presente ni en la letra, ni en el espíritu, ni por supuesto en el diseño de todo el conjunto de medidas tomadas hasta la fecha. Ni tan

endientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore... 2. La Administración General del Estado elaborará planes de trabajo y **establecerá subvenciones** para sufragar gastos derivados de las actividades contempladas en este artículo. Artículo 12. Medidas para la identificación y localización de víctimas. 1. El Gobierno, en colaboración con todas las Administraciones públicas, elaborará un protocolo de actuación científica y multidisciplinar que asegure la colaboración institucional y una adecuada intervención en las exhumaciones. Asimismo, celebrará los **oportunos convenios de colaboración para subvencionar a las entidades sociales que participen en los trabajos**. (...) Artículo 13. Autorizaciones administrativas para actividades de localización e identificación. 1. Las Administraciones públicas competentes **autorizarán** las tareas de prospección encaminadas a la localización de restos de las víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11 (...). Los hallazgos se pondrán inmediatamente en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales competentes.

2. Las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, establecerán el procedimiento y las condiciones en que los descendientes directos de las víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11, o las entidades que actúen en su nombre, **puedan recuperar** los restos enterrados en las fosas correspondientes, para su identificación y eventual traslado a otro lugar. (...) Artículo 14. Acceso a los terrenos afectados por trabajos de localización e identificación. 1. La realización de las actividades de localización y eventual identificación o traslado de los restos de las personas referidas en el apartado 1 del artículo 13 se constituye en fin de utilidad pública e interés social, a los efectos de **permitir**, en su caso y de acuerdo con los artículos 108 a 119 de la Ley de Expropiación Forzosa, la ocupación temporal de los terrenos donde deban realizarse. 2. Para las actividades determinadas en el apartado anterior, las autoridades competentes **autorizarán**, salvo causa justificada de interés público, la ocupación temporal de los terrenos de titularidad pública. 3. En el caso de terrenos de titularidad privada, los descendientes, o las organizaciones legitimadas de acuerdo con el apartado anterior, deberán **solicitar** el consentimiento de los titulares de derechos afectados sobre los terrenos en que se hallen los restos. Si no se obtuviere dicho consentimiento, las Administraciones públicas podrán **autorizar** la ocupación temporal, siempre tras audiencia de los titulares de derechos afectados, con consideración de sus alegaciones, y fijando la **correspondiente indemnización a cargo de los ocupantes**.» La negrita es mía.

¹¹⁴ Al respecto, puede acudirse al completo trabajo de GÓMEZ ISA, Felipe (2006): «El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos», en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.): *El derecho a la memoria*. Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Zarauz.

siquiera frente a hechos como la desaparición forzada de personas, cuyo carácter permanente o continuado¹¹⁵ resulta indiscutible; como bien ha recordado recientemente el TEDH¹¹⁶.

En suma, la misma esencia y configuración del deber de reparar de ninguna forma puede acabar convirtiéndose en un mero acto discrecional del Estado; el concepto de víctima no puede pervertirse presentándola simplemente como receptora de la ayuda o la generosidad estatal; la violación de una obligación internacional no puede, en definitiva, considerarse como un infortunio, una fatalidad o un revés del destino.

Así las cosas, ciertamente especialistas como Capellà i Roig han hablado del «proceso español de justicia transicional: ni verdad, ni justicia sólo reparación y aún a medias»¹¹⁷, mientras que Gil Gil se ha decantado por calificar el caso español como «modelo de olvido «absoluto» con rehabilitación «parcial»¹¹⁸; esto último es a lo que probablemente se refiere el TS, como ya vimos al comienzo, al hablar de «un proceso de «impunidad absoluta con indemnización a las víctimas»¹¹⁹. El trabajo de referencia del Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional opta por el rótulo de «modelo del olvido del pasado «absoluto» para el caso de España¹²⁰; y yo mismo mantenía en 2006/2007 que «la senda seguida por España iría transformando, en cierto modo, su modelo inicial «de olvido del pasado absoluto» por el que se ha conocido como «Modelo de olvido del pasado «absoluto» con rehabilitación»¹²¹. Mis reticencias al respecto se fundamentaban en una crítica y valoración jurídicas que en lo que nos ocupa son compartidas por las dos profesoras mencionadas¹²²; por citar a Gil Gil, que «la

¹¹⁵ Cfr., *supra* nota 54.

¹¹⁶ *Caso Varnava and others v. Turkey (GC), Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, 18 de septiembre de 2009. Para más datos, véase el Capítulo IV de este trabajo.

¹¹⁷ CAPELLÀ I ROIG, Margalida (2009): «Represión política y Derecho internacional: Una perspectiva comparada (1936-2006)», en CAPELLÀ I ROIG, Margalida y GINARD I FERÓN, David (coords.): *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*. Ediciones Documenta Balear, Palma de Mallorca, p. 234 y ss.

¹¹⁸ GIL GIL, Alicia (2009): *La justicia de...*, *op. cit.*, 100. En el mismo sentido, aunque con una visión más sintética, GIL GIL, Alicia (2012): *Spain as an example of total oblivion with partial rehabilitation*, en ALMQVIST, Jessica y ESPÓSITO, Carlos (eds.): *The Role of Courts...*, *op. cit.*

¹¹⁹ Cfr., *supra* nota 1.

¹²⁰ ARNOLD, Jörg (1999): «Cambio de sistema...», *op. cit.*, p. 51.

¹²¹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2007): «*El viaje a ninguna parte...*», *op. cit.*, p. 136 y ss. La cursiva es mía.

¹²² CAPELLÀ I ROIG, Margalida (2009): «Represión política...», *op. cit.*, pp. 234-253.; GIL GIL, Alicia (2009): *La justicia de...*, *op. cit.*, pp. 94-100.

inmensa mayoría de las iniciativas aprobadas no han tenido verdadero carácter reparatorio (...) [y] lo más grave (...) es que se han dado con carácter gracioso y no desde la premisa del reconocimiento de la condición de víctima»¹²³. De este modo, más allá de que se sostenga la idoneidad de un rótulo u otro, de la caracterización del caso español dentro de un modelo u otro, lo que resulta difícilmente compartible es que en la experiencia española se hayan «acometido importantes reparaciones a las víctimas de la guerra civil y del franquismo», como ya vimos afirma el TS¹²⁴; más bien todo lo contrario.

Y a este respecto, y aunque será objeto de análisis en el apartado 1.2 del Capítulo IV de este trabajo, valga adelantar igualmente que mucho más que discutible y reprochable es lo que pretende sostener el mismo TS en su Auto de 28 de marzo de 2012: en el que al tiempo de reconocer que «si hay algo inobjetable desde cualquier punto de vista (...) es que los restos de quienes hubieran sufrido muertes violentas no pueden permanecer en el anonimato ni fuera de los lugares propios de enterramiento. Y tampoco cabe imponer a sus familiares el gravamen representado por tal clase de situaciones, moral y jurídicamente insostenibles»¹²⁵; a renglón seguido no hace otra cosa que indicar a las víctimas como «recursos legales a través de los que (...) pueden canalizarse las acciones dirigidas a la satisfacción de los derechos de que se trata», nada más ni nada menos que, de nuevo, a la «Ley de Memoria Histórica»¹²⁶.

En consecuencia, recordemos en este punto como pieza de cierra la valoración que hacia 2005 hiciera Amnistía Internacional del «caso español»; que no sólo comparto plenamente, sino que como hemos visto, a mi criterio es igualmente aplicable a lo acontecido en los años siguientes¹²⁷: «No ha existido en España una política de Estado para responder

¹²³ GIL GIL, Alicia (2009): *La justicia de...*, op. cit., p. 97.

¹²⁴ Cfr., *supra* nota 1.

¹²⁵ Auto del TS de 28 de marzo de 2012, número de recurso: 20380/2009, Razonamiento Jurídico Cuarto.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ En cuanto a la posición de esta organización respecto a la «Ley de Memoria Histórica», puede consultarse AMNISTÍA INTERNACIONAL: «Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo: No hay derecho. Preocupaciones sobre el Proyecto de Ley de "derechos de las víctimas de la guerra civil y del franquismo", Informe de noviembre de 2006. Un año después de la aprobación de la Ley, Amnistía Internacional expresaba su «decepción y preocupación», así como que las víctimas tenían poco que celebrar <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/un-ano-despues-de-la-ley-de-memoria-historica-las-victimas-de-la-guerra-civil-y-el-franquismo-tien/>. Para una visión de conjunto, puede acudirse a TAMAYO, Giulia (2008): «Los derechos de las víctimas de la Guerra Civil española y el franquismo en el contexto de la experiencia mundial y las obligaciones internacionales sobre verdad, justicia y reparación», *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, núm. 7, pp. 255-271.

al derecho de las víctimas a una reparación en sus dimensiones individual y colectiva y conforme a los componentes exigidos por las normas internacionales. La respuesta del Estado español hacia las víctimas de la guerra civil y del franquismo ha sido bajo categorías que no dan cuenta de la naturaleza y la gravedad de los hechos ilícitos reconocidos como tales por el derecho internacional. Los limitados reconocimientos simbólicos o económicos han sido desarticulados, insuficientes y tardíos»¹²⁸.

Así las cosas, en lo que a este apartado ocupa retengamos dos datos finalmente:

En primer lugar, el escenario esbozado es el marco en que deben encuadrarse las acciones judiciales que en España se dieron a partir de finales de 2006. Es decir, desde los finales borradores del Proyecto de lo que después sería la «Ley de Memoria Histórica», parte de las víctimas de algunos de los crímenes cometidos en la Guerra Civil y la dictadura franquista llegaron a la convicción de que más allá de lo que el ejecutivo o el legislativo tuvieran a bien querer conceder, la única vía que les quedaba para reclamar plenamente sus derechos, acallados o ignorados durante décadas¹²⁹, era acudir a la Audiencia Nacional (AN). En palabras de una de las autoras de las querellas: «precisamente para evitar que con la Ley “de memoria histórica” se cerraran en falso los problemas derivados de la guerra civil y el franquismo, un grupo de asociaciones regionales para la recuperación de la memoria histórica presentó cada una denuncia ante la Audiencia Nacional el mismo día en que se debatía en el Congreso de los diputados el proyecto de la ley»¹³⁰.

¹²⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL: «ESPAÑA. PONER FIN AL SILENCIO Y A LA INJUSTICIA. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista», Informe de 18 de julio de 2005, p. 59.

¹²⁹ Al margen de lo resumido, en relación con este particular es especialmente interesante la lectura de trabajos de algunos colegas extranjeros que, viéndonos «desde fuera», examinaron la cuestión en o hasta aquella fecha: entre otros, GRAHAN, Helen (2004): «The Spanish Civil War, 1936-2003: The Return of the Republican Memory», *Science & Society*, vol. 68, núm. 3, pp. 313-328; BLAKELEY, Georgina (2005): «Digging Up Spain's Past: Consequences of Truth and Reconciliation», *Democratization*, vol. 12, núm. 1, pp. 44-59; DAVIS, Madeleine (2005): «Spain Recovering its Memory? Breaking the Pacto del Olvido», *Human Rights Quarterly*, vol. 27, núm. 3, pp. 858-880; RICHARDS, Michael (2006): «Between memory and history: Social relationships and ways of remembering the Spanish civil war», *International Journal of Iberian Studies*, vol. 19, núm. 1, pp. 85-94; BLAKELEY, Georgina (2008): «Politics as Usual? The Trials and Tribulations of the Law of Historical Memory in Spain», *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, núm. 7, pp. 315-330. Desde una perspectiva más amplia, que además incluye abundante bibliografía de trabajos de esta naturaleza, puede verse RENSCHAW, Layla (2011): *Exhuming Loss. Memory, Materiality, and Mass Graves of the Spanish Civil War*. Left Coast Press, California.

¹³⁰ CAPELLÀ I ROIG, Margalida (2009): «Represión política...», *op. cit.*, p. 245.

Ahora bien, conviene apuntar ya aquí que como detallaremos a continuación, estas acciones de 2006 no fueron en caso alguno las primeras o únicas acciones activadas ante los órganos de justicia; y menos aún, algo que, por seleccionar un ejemplo dentro de lo razonable, se llevó a cabo porque los crímenes del pasado en España «no sin buenos motivos ha[n] llamado la atención del juez Baltasar Garzón»¹³¹. Esto es, que todo fue una especie de iniciativa personal del Magistrado-Juez Garzón. Pues como bien ha destacado el historiador Espinosa Maestre: «... aunque no se diga, [el] reconocimiento generalizado a honrar a las víctimas (...) es fruto en exclusiva del movimiento pro memoria, que desde fines de los 90 y concretamente desde el año 2000 logró mostrar a la sociedad una realidad oculta y prohibida durante el franquismo y también a partir de la transición (las exhumaciones de entonces fueron hechas al margen del sistema cuando no en contra¹³²)»¹³³.

En segundo lugar, destaquemos que durante la práctica totalidad del período resumido, esto es, desde el tiempo transcurrido desde el inicio formal de la transición española y hasta los últimos años, al menos con carácter público y general no existía ninguna discusión sobre obligación jurídica (internacional) alguna en lo que respecta al

¹³¹ PENELLA, Manuel (2010): *La causa contra Franco. Juicio al franquismo por crímenes contra la humanidad*. Planeta, Barcelona, p. 297.

¹³² Sobre el particular, este mismo autor expone en otro de sus trabajos que «frente al deseo del Gobierno de la UCD y de las cúpulas de todos los partidos políticos hubo personas en numerosos lugares del país que decidieron dar sepultura digna a sus familiares víctimas del fascismo. Los gobernadores civiles se vieron ante hechos consumados en los que intervenían centenares de personas, a veces con los alcaldes y concejales al frente. Actos tensos, silenciosos y sumamente emotivos ante los que la derecha tuvo que contentarse con poner todo tipo de impedimentos, lanzar amenazas, realizar denuncias y silenciarlos, evitando por todos los medios que trascendieran. En la mayoría de los casos la prensa ni habló de ellos y los responsables de los partidos miraron para otro lado. Sin embargo fue esa inhibición de los poderes públicos y la seguridad de que el asunto interesaba a la gente la que llevó a la revista *Interviú* a realizar reportajes sobre muchos de estos actos a lo largo de varios años. Ésta es la referencia que tenemos. Desde luego el tratamiento sensacionalista que la mencionada revista dio a estas noticias no fue el más conveniente pero lo que demuestra la avidez con que desaparecían aquellos números es el vacío existente. La gente quería saber y la única información que circulaba sobre las matanzas fascistas que habían tenido lugar 41 años antes era aquella». *Vid.* ESPINOSA MAESTRE, Franciso (2007): «De saturaciones y olvidos. Reflexiones en torno a un pasado que no puede pasar», *Hipania Nova-Revista de Historia Contemporánea*, número 7, pp. 413-440, en pp. 427-428.

¹³³ ESPINOSA MAESTRE, Franciso (2010): «Cuando el presente excluye el pasado», *Todos (...) los nombres*, agosto de 2010, p. 1 (disponible en versión electrónica en www.todoslosnombres.org).

trato debido a los crímenes del pasado en España. En otros términos, y recuperando la pregunta que escogimos al inicio: ¿durante nuestro *ejemplar y exitoso* proceso de transición se atendió, en un momento u otro, a algo de aquel «conjunto normativo de carácter internacional» que señalaba la entonces Vicepresidenta del Gobierno? La respuesta es sin lugar a dudas que no. Y lo más destacable es que no se hizo así porque se entendiera que ese «conjunto normativo» no era aplicable por un motivo u otro. Ese debate no llegaría hasta estos últimos años; durante todo el tiempo anterior simplemente se ignoró, sin más.

II. La actuación de los tribunales de justicia hasta el año 2009. De los juzgados territoriales a la Audiencia Nacional y vuelta a la casilla de salida

Tras lo repasado hasta el momento es evidente que puede suscribirse, palabra a palabra, la siguiente consideración del profesor Sánchez Legido: «Aunque es usual situar en el Decreto *Nacht und Nebel* (*Noche y Niebla*) de 1941, el origen de las prácticas de desapariciones forzadas, numerosos datos históricos sitúan pocos años antes en la península ibérica el inicio de la ejecución de planes sistemáticos y generalizados similares que se extendieron hasta bien entrada la década de los cincuenta del siglo pasado y que dejaron toda la geografía nacional plagada de las ignominiosas fosas del franquismo. Pese a todo, con el pretexto de la reconciliación nacional, la ley de amnistía de 1977 ha venido amparando la fecha la más absoluta impunidad, sin que recientes acontecimientos, tanto a nivel legislativo como judicial permitan vislumbrar cambios sustanciales en ese panorama. No es extraño, en este contexto, que ya ocasión de la detención de Pinochet, el entonces canciller Insulza cuestionara la legitimidad de nuestro país para hacer, respecto de lo que ocurre en el exterior, lo que no hemos sido capaces de hacer aquí (...). La objeción es, sin duda, irrefutable»¹³⁴.

En aquel trabajo el citado profesor caracterizó a la experiencia española como un «proceso de la transición a la democracia [sustentado]

¹³⁴ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (2009): «Diez años de Derecho internacional penal», en SOROETA LICERAS, Juan (ed.): *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen X*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, p. 318.

durante estas últimas tres décadas sobre una amnesia institucional en torno a las gravísimas atrocidades cometidas durante la posguerra civil y la dictadura»¹³⁵; escenario ante el que abogada, no por apoyar que lo mismo fuera entonces de recibo en otros países, sino por remover los obstáculos que favorecían la pervivencia de la impunidad en España¹³⁶.

Frente a este estado de cosas, ciertamente podría convenirse en que la general atención por el «caso español» había revivido, paulatinamente, ya desde fines de la década del siglo pasado; con marchamo oficial probablemente a partir de finales 2002 y más evidentemente desde mediados de 2004; luego con más fuerza entre 2006 y finales de 2007; posteriormente y cada vez con más intensidad, para fines de 2008; y sobre todo a partir de 2010 y hasta febrero de 2012. Respectivamente, fechas que se corresponden con algunas de las acciones de la sociedad civil organizada que fueron logrando un destacado eco en los medios de comunicación social¹³⁷; la Declaración institucional del Congreso de los Diputados de 20 de noviembre del año 2002¹³⁸ y la final creación de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo¹³⁹; la tramitación y aprobación de la ya citada «Ley de Memoria Histórica» y la presentación de las primeras denuncias ante la AN¹⁴⁰; los Autos del Juez Baltasar Garzón¹⁴¹ y del Pleno de la Sala de Penal de la AN¹⁴²; y la presentación de querrelas y el desarrollo del procesamiento contra el Juez Garzón por el delito

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ *Ibid.*, p. 319.

¹³⁷ Para un relato de gran interés, SILVA, Emilio y MACÍAS, Santiago (2003): *Las fosas de Franco. Los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*. Temas de Hoy, Madrid. Para una versión ampliada y actualizada, SILVA, Emilio y MACÍAS, Santiago (2009): *Las fosas de Franco. Los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*. Temas de Hoy, Madrid. En este orden de ideas, es paradigmático el artículo del *New York Times* de 11 de noviembre de 2002: «Spaniards at Last Confront the Ghost of Franco» (disponible en <http://www.nytimes.com/2002/11/11/world/spaniards-at-last-confront-the-ghost-of-franco.html?pagewanted=all&src=pm>). Véanse igualmente los trabajos citados en las notas 129 y 146.

¹³⁸ Puede consultarse su texto en <http://www.congreso.es>.

¹³⁹ Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre de 2004.

¹⁴⁰ Las primeras cinco denuncias presentadas ante la Audiencia Nacional son de 14 de diciembre de 2006.

¹⁴¹ Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional; y Auto de 18 de noviembre de 2008, Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional.

¹⁴² Auto de 2 de diciembre de 2008, Procedimiento ordinario número 53/08 del Juzgado Central de Instrucción N.º 5, Expediente número 34/08, Cuestión de competencia del artículo 23LECR, del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

de prevaricación, que acabaría con la ya referida sentencia del TS de 27 de febrero de 2012. Ahora bien, dentro del período que examinamos en este Capítulo, aunque no cabe duda de que en el ámbito judicial fue el proceso ante la AN lo que concitó la atención más intensa y generalizada, ya hemos advertido que aquella ni fue la primera ni la única iniciativa ante los tribunales de justicia en España.

1. La situación anterior a las denuncias presentadas ante la Audiencia Nacional

Si en el ámbito de las exhumaciones de «los restos humanos de las víctimas de la Guerra Civil y franquismo que permanecían en el olvido»¹⁴³, en palabras de Francisco Etxeberria, pueden identificarse iniciativas ya de 1976 en adelante —siempre con escaso o nulo apoyo institucional—¹⁴⁴, como bien ha recordado el historiador Espinosa Maestre: «[e]l golpe militar de 23 de febrero de 1981 repercutirá en este proceso (...) las exhumaciones acabaron de golpe. Y no se volverá a saber de ellas hasta veinte años después»¹⁴⁵. Diversos trabajos han explicado las circunstancias que dieron lugar al posterior (re)surgimiento de lo que se ha conocido como la «recuperación de la Memoria Histórica en España»¹⁴⁶,

¹⁴³ ETXEBERRIA GABILONDO, Franciso (2012): «Exhumaciones contemporáneas en España: las fosas comunes de la Guerra Civil», *Boletín Galego de Medicina Legal e Forense*, núm. 18, pp. 13-28, en p. 13.

¹⁴⁴ Al respecto, ESPINOSA MAESTRE, Franciso (2012): «La represión franquista. Las circunstancias de la muerte», *Boletín Galego de Medicina Legal e Forense*, núm. 18, pp. 47-54.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 48-49.

¹⁴⁶ Sobre este particular, PINILLA MARTÍN, Enrique (2006): «La recuperación de la memoria histórica en España», en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.): *El derecho...*, op. cit. Por su indudable valor como relato en primera persona, véase también SILVA, Emilio y MACÍAS, Santiago (2003): *Las fosas de...*, op. cit. Con carácter general, puede acudir a los dos monográficos de la Revista *Hispania Nova* coordinados por Sergio Gálvez: GALVÉZ, Sergio (2006) (coord.): *Generaciones y memoria de la represión franquista: un balance de los movimientos por la memoria. Dossier de Hispania Nova Revista de Historia Contemporánea*, núm. 6; GALVÉZ, Sergio (2007) (coord.): *Generaciones y memoria de la represión franquista: un balance de los movimientos por la memoria. Dossier de Hispania Nova Revista de Historia Contemporánea*, núm. 7; así como a ARÓSTEGUI, Julio y GALVEZ, Sergio (eds.) (2010): *Generaciones y memoria de la represión franquista*. Universitat de València, Valencia; y SILVA, Emilio, ESTEBAN, Asunción, CASTÁN, Javier y SALVADOR, Pancho (coords.) (2004): *La memoria de los olvidados. Un debate sobre el silencio de la represión franquista*. Ámbito Ediciones, Valladolid. Igualmente, véase FERRÁNDIZ, Franciso (2009): «Fosas comunes, paisajes del terror», *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, vol. LXIV, núm. 1, pp. 61-94. En cuanto a lo que se ha denominado como

para otros «el retorno de la memoria traumática»¹⁴⁷; los hechos que permitieron superar lo que en el mismo juicio contra el Juez Garzón varias víctimas calificaron como un período de «suspensión de la memoria»¹⁴⁸; que hicieron posible, en fin y volviendo a Etxeberria, que «después de años de dolor y sufrimiento, seguidos de silencio y olvido, (...) [llegara] el momento de reparar (...) el daño sufrido»¹⁴⁹. Pero en lo que nos ocupa, lo señalado a través de las palabras de Espinosa Maestre es igualmente aplicable a las actuaciones ante los tribunales de justicia.

Así, en los años anteriores a las denuncias de fines de 2006 ante la AN, existen diversos casos en que las víctimas pusieron en conocimiento de los jueces territoriales de primera instancia e instrucción la existencia de fosas con restos humanos para que tomaran las medidas oportunas. La respuesta general obtenida entonces puede ejemplificarse a través de resoluciones como la del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Arenas de San Pedro, de 15 de diciembre de 1999: el sobreseimiento libre y archivo de plano¹⁵⁰. La razón capital alegada al respecto fue, bien que, sin más, los hechos denunciados no eran «constitutivos de infracción penal», como ilustra el caso recién citado; bien que, por escoger la fórmula del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 2 de Aranda de Duero, «atendiendo a la naturaleza del hecho denunciado (...) se habría producido la prescripción de los hechos»¹⁵¹; bien que «de lo actuado no

«derecho ciudadano a la memoria histórica», puede verse SAUCA, José María (2008): «El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido» en MARTÍN PALLÍN, José Antonio y ESCUDERO ALDAY, Rafael (eds.): *Derecho y memoria histórica*. Trotta, Madrid. Desde una perspectiva más amplia, es muy recomendable AGUILAR, Paloma (2008): *Políticas de la , op. cit.*, pp. 29-93. Frente a todo este estado de cosas, son muy interesantes los datos que ofrecen el trabajo de AGUILAR, Paloma, BALCELLS, Laia y CEBOLLA, Héctor (2011): «Las actitudes de los españoles ante las medidas de justicia transicional relativas a la Guerra Civil y al franquismo», *Revista Internacional de Sociología*, vol. 69, núm. 1, pp. 59-90.

¹⁴⁷ FERRÁNDIZ, Francisco (2006): «Exhumaciones y políticas de la memoria en la España contemporánea», en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.): *El derecho...*, op. cit.

¹⁴⁸ RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: «El juicio contra el Juez Garzón: La única oportunidad que hasta la fecha han tenido las víctimas de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo para declarar ante un tribunal español», 12 de febrero de 2012, disponible en <http://casogarzon.blogspot.com.es/2012/02/el-juicio-contra-el-juez-garzon-la.html>. Las grabaciones del juicio oral están disponibles en <http://casogarzon.blogspot.com.es/p/videos-con-las-sesiones-del-proceso.html>.

¹⁴⁹ ETXEBERRIA GABILONDO, Francisco (2008): «Exhumando fosas, recuperando dignidades», *Osasunaz*, núm. 9, pp. 137-158, en p. 138.

¹⁵⁰ Cfr. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 1 DE ARENAS DE SAN PEDRO: Auto de 15 de diciembre de 1999, Diligencias Previas Proc. Abreviado 1557/1999.

¹⁵¹ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 2 DE ARANDA DE DUERO: Auto de 26 de septiembre de 2002, Diligencias Previas Proc. Abreviado 816/2002, Razonamiento Jurídico Único.

aparece debidamente justificada la perpetración [de] delito», como se afirmase en el caso del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Daroca¹⁵². Sin olvidar aquí que junto a lo anterior es posible encontrar ya diversas invocaciones a la reconciliación y la necesidad de evitar «reavivar las viejas heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil»¹⁵³.

Existen también algunos ejemplos en que los argumentos que se expusieron son interesantes, por llamativos. Así por ejemplo, a parte de la habitual invocación de la prescripción, en el Auto de 4 de mayo de 2004 del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Arévalo puede leerse lo siguiente:

«Las presentes diligencias previas deben ser necesariamente sobreseídas y archivadas (...) en primer lugar, porque, aun cuando fueran ciertos los hechos relatados en la denuncia, no resulta posible, 67 años después, identificar a los supuestos autores, teniendo presente que los hechos denunciados ocurren en un marco muy concreto, cual es el desarrollo de la Guerra Civil española, y que de dichos autores sólo se conoce que fueron «un grupo de falangistas armados»¹⁵⁴.

Sin dudar de la innegable dificultad que se apunta, no ha de caer mucha duda tampoco de que la misma se tornará insalvable si lo se decide es, simplemente, invocarla para justificar (adicionalmente) el archivo de la causa. Al respecto, y aunque hayamos de dar un salto de más de cuatro años, vale la pena recordar aquí —dejando ahora la valoración del contexto en que se sostuvieron—, las siguientes palabras del Auto de 18 de noviembre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la AN:

«La investigación es muy compleja, de acuerdo; presenta muchas dificultades de prueba, por el tiempo transcurrido, de acuerdo; es difícil que existan autores vivos, posiblemente, pero no imposible en vista de que existen víctimas vivas; será una cuestión diferente la del enjuiciamiento en función de la edad, pero no válida para impedir que se investigue. Eso es lo que (...) [se] está haciendo en otros casos (Dili-

¹⁵² JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 1 DE DAROCA (ZARAGOZA): Auto de 14 de octubre de 2005, Diligencias Previas Proc. Abreviado 342/2005, Razonamiento Jurídico Único.

¹⁵³ AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE CÓRDOBA: Auto de 21 de febrero de 2005; reproducido en el Auto de 16 de octubre de 2006, Diligencias Previas 3651/2006, Fundamento Jurídico Tercero.

¹⁵⁴ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 1 DE ARÉVALO (ÁVILA): Auto de 4 de mayo de 2004, Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 527/2003, Razonamiento Jurídico Primero.

gencias Previas n.º 211/2008 del Juzgado Central de Instrucción n.º 2 que se refiere a crímenes cometidos entre 1943-1944). Entonces, ¿por qué aquí no?»¹⁵⁵.

Otro caso a reseñar en lo que ocupa es el del Auto de 29 de noviembre de 2006 del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Sigüenza. De un lado, porque en él se incorporaran ya menciones a (en ese momento el Proyecto de) la «Ley de Memoria Histórica», que además se caracteriza ni más ni menos como «actualmente en trámite parlamentario, en aplicación de la Doctrina de las Naciones Unidas sobre los Crímenes contra la Humanidad a los cometidos sistemáticamente por la Dictadura Franquista»¹⁵⁶; aunque aún no se remite, evidentemente, a los denunciados a lo previsto en esa Ley, siguiendo la tónica que como veremos será habitual en los años siguientes. Del otro lado, porque en aquella ocasión se esboza un primer debate en torno a la naturaleza de los crímenes denunciados como crímenes de derecho internacional —en aquel proceso, crimen de genocidio—; aunque el asunto fue despachado en un solo párrafo del siguiente modo:

«Pues bien, basta leer los diversos apartados en los que se reúne, de forma sistemática, los diversos hechos acaecidos (...) para poder deducir, sin género de dudas, que lo que allí se describe (...) no reviste, prima facie, los caracteres y descripciones enumeradas en el Art. 2 ya citado [el del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio]»¹⁵⁷.

La razón final de archivo de este proceso fue la prescripción, aunque advirtamos aquí, pues no será algo extraño en muchos otros procesos durante los años siguientes, que se hizo acudiendo impropia-mente al sobreseimiento provisional; quizá por el vértigo que supone afrontar un pronunciamiento (el de sobreseimiento libre) con fuerza de cosa juzgada.

Por su parte, en una línea similar caben mencionar los Auto de 11 de agosto de 2006 del Juzgado de Instrucción N.º 2 de Córdoba, y de 16 de octubre de la Audiencia Provincial de Córdoba; aunque en esta oportunidad, al tiempo de negar el carácter de «crimen de genocidio»

¹⁵⁵ Auto de 18 de noviembre de 2008, Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, p. 132.

¹⁵⁶ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 1 DE SIGÜENZA: Auto de 29 de noviembre de 2006, Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 266/2006, Razonamiento Jurídico Primero.

¹⁵⁷ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Primero Tercero.

de los hechos denunciados, se esgrimió que sólo para los hechos posteriores, bien a la reforma del Código Penal de 1995, bien a la Ley Orgánica 15/2003, de 29 de noviembre de 2003, podía considerarse el carácter imprescriptible de este crimen¹⁵⁸.

En el otro extremo, pudiera decirse, es posible encontrar algunos pocos procedimientos en los que al menos se acordaron algunas diligencias que permitieron, ya la determinación de la fecha y causa de la muerte, ya la recuperación/exhumación de los restos de las víctimas, ya su identificación y entrega a sus familiares¹⁵⁹; si bien, todos ellos concluyeron igualmente con el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. Citemos, como ejemplo de estos casos, el razonamiento del Auto de 7 de abril de 2005 del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Talavera de la Reina:

«Considerando que, si bien el posible delito en su momento cometido ha prescrito, ello no excluye la necesidad de identificar los restos antes de proceder a su enterramiento, así como la clara evidencia de encontrarnos ante un delito violento, la solicitud de identificación por parte de familiares directos de los presuntos fallecidos, y finalmente la absoluta necesidad de proveer, con cargo al Ministerio de Justicia, a la recta administración de justicia en supuestos como el presente, procede acordar la remisión de los restos necesarios al Instituto Nacional de Toxicología a fin de proceder a su identificación, así como la práctica de las actuaciones necesarias para ello...»¹⁶⁰.

¹⁵⁸ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 2 DE CÓRDOBA: Auto de 11 de agosto de 2006, Diligencias Previas 3651/2006. En el mismo sentido AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE CÓRDOBA: Auto de 16 de octubre de 2006, Diligencias Previas 3651/2006, Razonamiento Jurídico Segundo.

¹⁵⁹ Véanse, por ejemplo, JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 2 DE SEGOVIA: Auto de 14 de julio de 2003, Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 556/2003; JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 1 DE TALAVERA DE LA REINA (MADRID): Auto de 7 de abril de 2005, Diligencias Previas 523/2003. Una referencia a un procedimiento de mediados de la década de 1990, JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 2 DE LOS LLANOS DE ARIDANE-ISLA DE LA PALMA (ISLAS CANARIAS), Diligencias Previas 254/1994, puede encontrarse en JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos (2010): «La revisión de la Ley 52/2007», Gobierno de Aragón: Programa Amarga Memoria: II Encuentro: Marco jurídico y participación social. Exhumación de Fosas, 26 de noviembre de 2010, pp. 14-16. Entre todos ellos, es ya célebre el caso del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1 de Villablino en relación con la fosa de Piedrafita de Babia; de hecho, su actuación a mediados de 2002 ha sido objeto de reportajes como el de Ana María Pascual: «Los otros «Garzones» de la Memoria Histórica», en la *Revista Interviu*, 6 de octubre de 2008 (disponible en <http://www.interviu.es/reportajes/articulos/los-otros-garzones-de-la-memoria-historica>).

¹⁶⁰ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 1 DE TALAVERA DE LA REINA (MADRID): Auto de 7 de abril de 2005, Diligencias Previas 523/2003, Fundamento de Derecho Único.

En el ámbito judicial, lo resumido en este primer apartado conforma el general estado de cosas previo a las denuncias presentadas ante la AN. Como ya dijimos, el proceso que se siguió ante la AN eclipsó a cualquier otra iniciativa judicial; pero de ello sería erróneo concluir, como veremos en el apartado 3, que durante los siguientes años no continuaran, sin descanso, las actuaciones de las víctimas ante entre otros, los distintos juzgados territoriales.

2. El proceso ante la Audiencia Nacional

2.1. *El Auto de 16 de octubre de 2008*¹⁶¹

Como ya señalamos, las primeras acciones judiciales ante la AN se enmarcan en un proceso iniciado a raíz de una serie de denuncias (cerca de una veintena, excluyendo las que fueron sólo personaciones¹⁶²) presentadas por distintas asociaciones y particulares a partir de mediados de diciembre de 2006¹⁶³, por, en líneas generales, la comisión de críme-

¹⁶¹ Una visión más amplia de lo que se resume en este apartado puede encontrarse en CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2008): «Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2008-tomo 5, pp. 1388-1397.

¹⁶² Al finalizar el procedimiento, según se da cuenta en el Auto de 26 de diciembre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, constan 54 partes personadas, además del Ministerio Fiscal, entre asociaciones/agrupaciones y 27 particulares. Cfr. Auto de 26 de diciembre de 2008, Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional.

¹⁶³ En origen, y tal y como y como se recoge al inicio del Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, si bien con alguna errata en cuanto a su denominación oficial, los denunciante ante la Audiencia Nacional fueron, en relación con la fecha de denuncia: «14 de diciembre de 2006, denuncia presentada por D. Marcial Muñoz Sánchez, en nombre propio y de la asociación «NUESTRA MEMORIA, Sierra de Gredos y Toledo»; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la «Associació per a la recuperació de la Memòria Històrica de Catalunya»; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la «Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica en Aragón»; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la «Comisión pola Memoria Histórica do 36 en Pontearreas»; 14 de diciembre de 2006, denuncia de la «Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica de Arúcas»; 15 de diciembre de 2006, denuncia de la «Associació per a la recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca»; 15 de diciembre de 2006, denuncia de D.ª Carmen Dorado Ortiz; 4 de junio de 2007, denuncia de D. Teófilo Goldaracena Rodríguez; 18 de julio de 2007, denuncia de la «Asociación Andaluza Memoria Histórica y Justicia»; 14 de septiembre de 2007, denuncia de «Politeia, asociación para la de-

nes contra la humanidad a través de actos de desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil y el franquismo. La motivación fundamental de las mismas ya la hemos apuntado también, esto es, como recordaba recientemente Emilio Silva, «que ya que el Poder Legislativo y el Ejecutivo no lo hacen, ser[ía] la justicia la que garanti[zase] los derechos a los familiares de los desaparecidos»¹⁶⁴.

En este orden de ideas, es importante destacar que esta actuación ante la justicia presentaría una singularidad de fondo de notable influencia y complejidad, que de hecho hasta tiempo reciente ha sido otra de las características específicas del «caso español». Por acudir al literal de la denuncia presentada por la *Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca*, en ella se subraya como demanda básica «... el auxilio de la justicia en la localización del paradero o destino final de las personas enumeradas»¹⁶⁵. Ciertamente, durante la vista oral del posterior proceso ante el TS contra el Juez Garzón varias víctimas afirmaron que lo que buscaban al acudir a la AN era que se indagasen unos hechos delictivos nunca antes investigados penalmente en España, establecer las responsabilidades penales, y obtener reparación¹⁶⁶; pero el hecho es que siempre se mantuvo presente una primera

fensa y progreso de los intereses ciudadanos»; 24 de diciembre de 2007, denuncia de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Valladolid; 19 de mayo de 2008, denuncia de D. Francisco Javier Jiménez Corcho; denuncia de D. Juan Pérez Silva y de D.^a Francisca Maqueda Fernández; 28 de julio de 2008, denuncia de la Asociación «Fòrum per la Memòria del País Valencià»; 31 de julio de 2008, denuncia de la «Confederación General del Trabajo»; 12 de septiembre de 2008, denuncia de la «Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Granada» y de D.^a Nieves García Catalán; 12 de septiembre de 2008, denuncia de D. José Luis Cerdeira Villegas; 12 de septiembre de 2008, denuncia de D. Crispulo Nieto Cicuéndez; 22 de septiembre de 2008, denuncia de la «Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra», «Asociación de Héroes de la República y la Libertad», «Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica en El Bierzo, León, Burgos y Zamora», «Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Soria»; 26 de septiembre, denuncia de la «Asociación Todos los Nombres de Asturias»; 3 de octubre, denuncia de D.^a María Nieves Galindo Arroyo; 6 de octubre, denuncia de «Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló», de «Izquierda Republicana de Castilla y León», de D.^a Julia Maroto Velasco y de D. Julián de la Morena López.»

¹⁶⁴ SILVA, Emilio (2011): «Movimiento memorialista», en ESCUDERO ALDAY, Rafael (coord.): *Diccionario de Memoria Histórica. Conceptos contra el olvido*. Ed. Catarata, Madrid, p. 72.

¹⁶⁵ Denuncia destinada al Juzgado de Instrucción Central de Guardia de la *Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca*, 14 de diciembre de 2006, p. 31.

¹⁶⁶ Para más datos, puede verse RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: «El juicio contra...», *doc. cit.* Las grabaciones del juicio oral están disponibles en <http://casogarzon.blogspot.com.es/p/videos-con-las-sesiones-del-proceso.html>.

cuestión de orden general, a saber: cómo y en qué medida un órgano de la naturaleza del Juzgado/Sala de lo Penal de la AN podría atender aquella demanda de «localización del paradero o destino final de las personas desaparecidas». Particular de amplio calado que se mantendrá presente, directa o indirectamente, en todo el devenir jurisdiccional posterior; compitiendo, en realidad, con otro aspecto que alcanzó los mayores niveles en la polémica mediática: el probable fallecimiento de los máximos responsables (penales) de los crímenes en cuestión.

En cierto modo avanzando lo que después vendría, el Ministerio Fiscal informó ya en enero de 2008 en el sentido de que «no procede admitir a trámite las denuncias al no ser competente el Juzgado Central de Instrucción, debiendo procederse a su archivo»¹⁶⁷. Pero fueron finalmente casi dos años los que hubo que esperar para que las denuncias señaladas encontrasen respuesta en lo que algunos autores han calificado como un «Auto para la Historia»¹⁶⁸: el Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la AN. Durante el proceso ante el TS contra el entonces titular de ese Juzgado se explicaron las diversas dificultades que vendrían a justificar este largo período de «espera»-tiempo¹⁶⁹; aunque en aquellos días el mismo llevó a la presentación de alguna queja ante el Consejo General del Poder Judicial.

El titular de este órgano, el Magistado-Juez Baltasar Garzón, probablemente consciente de la enorme trascendencia, y quizás oposición, que a todos los niveles estaría llamada a tener su decisión —lo que apúntese al menos, difícilmente se concilia con cierta falta de precisión en algunos aspectos—, comenzaría su Auto indicando expresamente: por una parte, que la acción de la justicia se producía con el máximo respeto para todas las víctimas que padecieron actos violentos execrables, masacres y gravísimas violaciones de sus derechos durante la Guerra Civil y la posguerra, con independencia de su adscripción política, ideológica, religiosa o de cualquier otra clase, y, sin que se establezca razón de diferenciación alguna entre ellos por tales circunstancias¹⁷⁰; y por otra, que con este procedimiento no se trataba de hacer una revi-

¹⁶⁷ Informe de 29 de enero de 2008, p. 6. Original en poder del autor.

¹⁶⁸ DIGÓN MARTÍN, Raúl y DUEÑAS ITURBE, Oriol (2012): «La responsabilidad ante las víctimas del Franquismo y el papel del poder judicial», *I Congreso de Víctimas del Franquismo*, Rivas-Vaciamadrid, 20-22 de abril, apto. 5 (disponible en <http://www.congresovictimasfranquismo.org>).

¹⁶⁹ Las grabaciones del juicio oral están disponibles en <http://casogarzon.blogspot.com.es/p/videos-con-las-sesiones-del-proceso.html>.

¹⁷⁰ Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Primero, párr. 2.

sión en sede judicial de la Guerra Civil española, ya que ello supondría la formación de una especie de «Causa General»¹⁷¹.

En similar línea interpretativa habría de valorarse la mención que se hacía en el Razonamiento Jurídico Decimoprimer o a las «Diligencias Indeterminadas 70/1998»; es decir, a la desestimación, primero en 1998¹⁷² y confirmada después en el año 2000¹⁷³, de la cuanto menos singular querrela¹⁷⁴ presentada por parte de la «Asociación de Familiares y Amigos de Víctimas del Genocidio de Paracuellos del Jarama» contra Santiago Carrillo, el Partido Comunista, el Partido Socialista Obrero Español, la Comunidad de Madrid y el Estado español por los delitos de genocidio, torturas y terrorismo que se sostenía que habían sido cometidos en la horrida masacre de Paracuellos del Jarama. Y así que a tenor de los términos en los que se expresaba el Auto en este punto, parecía querer subrayar que no existía agravio comparativo posible entre la resolución sobre ese caso y la que se daría sobre los hechos que ahora se estaban examinando¹⁷⁵. Afirmación, o cautela, cuya eficacia valga reconocer que fue muy poca, por no decir ninguna; pues en los siguientes meses fue una acusación muy extendida el supuesto cambio de criterio del Juez Garzón respecto a lo que decidió frente a aquella querrela—todo ello, por lo demás, atribuyendo al Juez los argumentos que en realidad, eran los del Ministerio Fiscal—.

El Auto destacaba, de igual modo, que a diferencia de lo ocurrido con otros crímenes cometidos durante la Guerra Civil, los hechos objeto de denuncia nunca habían sido investigados penalmente por la justicia española, con el agravante de que podrían revestir la calificación jurídica de crímenes contra la humanidad¹⁷⁶.

A partir de estas pautas, el Auto concretaría la labor del órgano jurisdiccional en lo acaecido en un muy extenso espectro temporal; concordante con la amplitud de los hechos denunciados ante la Audiencia. Así, distinguía específicamente tres períodos, a saber: 1.ª) La de represión masiva a través de los Bandos de Guerra y que comprende desde

¹⁷¹ *Ibid.*, párr. 3.

¹⁷² Auto de 16 de diciembre de 1998 del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, Procedimiento: D. Indeterminadas 70/98-X.

¹⁷³ Auto de 5 de marzo de 2000 del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional, Procedimiento: D. Indeterminadas 70/98-X.

¹⁷⁴ El texto de la querrela puede consultarse en <http://www.escolar.net/wp-content/Querrela%2030-11-98.pdf>.

¹⁷⁵ Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Decimoprimer o.

¹⁷⁶ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Primer o, párr. 1. En sentido similar, véase el Razonamiento Jurídico Decimocuarto.

el 17 de julio de 1936 a febrero de 1937. 2.^a) La de los Consejos de Guerra sumarísimos de urgencia entre marzo de 1937 y los primeros meses de 1945. Y 3.^a) la acción represiva entre 1945 y 1952 marcada por la eliminación de guerrilleros y personas que les apoyaban¹⁷⁷. Todo ello, sin perjuicio de ampliar estos límites temporales si aparecieran otros casos posteriores, siempre y cuando, aclaraba, se hallasen integrados en el plan sistemático de desaparición, objeto de investigación fundamental de la causa¹⁷⁸. Desde estos parámetros, el Auto valoraba y describía pormenorizadamente los hechos denunciados; lo que resulta evidente, fue y es algo de sobresaliente trascendencia y desde luego no ajeno a parte del reconocimiento debido buscado por muchos de los denunciantes, como el mismo Auto se encargó de destacar¹⁷⁹. En este sentido, son singularmente reveladoras las siguientes líneas:

«... de los hechos que acontecieron posteriormente al 18 de julio de 1936, se constata que el alzamiento o insurrección armada que se materializó en esa fecha, fue una decisión perfectamente planeada y dirigida a acabar con la forma de Gobierno de España, en ese momento, atacando y ordenando la detención e incluso la eliminación física de personas que ostentaban responsabilidades en los altos Organismos de la Nación y ello, como medio o al menos como paso indispensable para desarrollar y ejecutar las decisiones previamente adoptadas sobre la detención, tortura, desaparición forzada y eliminación física de miles de personas por motivos políticos e ideológicos, propiciando, asimismo, el desplazamiento y exilio de miles de personas, dentro y fuera del territorio nacional, situación que continuó, en mayor o menor medida, durante los años siguientes, una vez concluyó la Guerra Civil...»¹⁸⁰.

Así, y aún en una primera aproximación eminentemente provisional, se cifraría el número de víctimas de desaparición forzada en estos períodos en 114.266 personas¹⁸¹.

Ahora bien, el párrafo reproducido deja entrever ya lo que serían los dos pilares esenciales del razonamiento que se desplegó en el Auto. Tal y como se expone, en primer lugar, lo relativo a la atribución competencial de la AN; en segundo, lo que se refiere a la posibilidad de investigar, y en su caso, sancionar los crímenes cometidos. De este modo, el

¹⁷⁷ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Primero, párr. 6.

¹⁷⁸ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Sexto.

¹⁷⁹ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Decimocuarto.

¹⁸⁰ *Ibid.*, Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Tercero.

¹⁸¹ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Sexto.

vínculo competencial aparece en estas líneas dirigido ya a lo dispuesto en el artículo 65.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como después se desarrollaría en el Razonamiento Jurídico Decimosegundo; y la aplicación potencial de instituciones como la imprescriptibilidad, ciertas consecuencias del carácter permanente de los crímenes en cuestión, o la imposibilidad de amnistiar, se construiría a partir de su caracterización/contextualización como crímenes de derecho internacional, en este caso, crímenes contra la humanidad; naturaleza que el Auto valora como «clara» ya desde el Razonamiento Jurídico Segundo. Para ello, no obstante, el mismo Auto se verá avocado a servirse de los singulares márgenes de la en mi opinión, tan poco afortunada como confusa decisión del TS en el caso *Scilingo*¹⁸².

En cualquier caso, en el Auto, el Juez nos compartía la existencia de siete cuestiones clave que a su juicio podían ser problemáticas para poder entender de los hechos denunciados; aspectos que él mismo calificaba a

¹⁸² Sentencia del TS de 1 de octubre de 2007, *doc. cit.* En lo que aquí interesa, sobre esta sentencia puede acudirse a OLLÉ SESE, Manuel (2008): *Justicia universal para crímenes internacionales*. La Ley, Madrid, pp. 64-67, 161-183, cuya posición y conclusiones comparto en este extremo. Para una perspectiva parcialmente divergente, véase GIL GIL, Alicia (2009): «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», en CUERDA RIEZU, Antonio Rafael y JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco (coords.): *Nuevos Desafíos del Derecho penal internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid. En cuanto al procedimiento anterior ante la AN y por recordar una expresión que siempre me pareció muy significativa, «[la] Sentencia (...) se ha *mojado* en el debate sobre la naturaleza del principio de legalidad en el Derecho penal internacional, debate que *grosso modo* se puede decir que enfrenta a los penalistas con los internacionalistas, y, por cierto, siendo una sentencia penal redactada por un magistrado de lo penal, es curioso que se haya *mojado* a favor de los internacionalistas» (*vid.* BUENO ARÚS, Francisco (2007): «Jurisprudencia aplicada a la práctica. Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo (Reflexiones sobre la sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo)», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 34, pp. 78-96, en p. 84). De este modo, mi posición es desde luego más próxima a la de autores como CASTRESA, Carlos (2005): «De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo», *Jueces para la Democracia*, núm. 54, pp. 3-11; GALÁN MARTÍN, José Luis (2006): «El Caso Scilingo: breve crónica judicial», *Revista La Ley Penal*, n.º 25, año III, pp. 21-31; CAPELLA I ROIG, Margalida (2005): «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, pp. 1-13; que a la valoración contraria en lo que aquí ocupa, de BUENO ARÚS, Francisco: «Jurisprudencia aplicada...», *op. cit.*; LAMARCA, Carmen (2007): «Jurisprudencia aplicada a la práctica. Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 34, pp. 69-77; GIL GIL, Alicia (2005): «La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, pp. 1-18. Para más datos, véase el apartado 1 del Capítulo IV de este trabajo.

través del llamativo vocablo de «escollos»; término, apuntemos, que sería intensamente atacado durante su procesamiento ante el TS. En concreto:

«El de la irretroactividad de la ley penal que recoge el delito citado con posterioridad a la comisión de los hechos y su conflicto con las normas consuetudinarias de derecho penal humanitario que han sido ratificadas por España y que forman parte del denominado “ius cogens” y que ya han sido citadas. La cuestión de la permanencia o no permanencia delictiva de los hechos, esencialmente de detenciones ilegales (desaparición forzada de personas) en las cuales aún no se ha dado razón cierta del paradero de las víctimas y su incidencia sobre la prescripción. El de la posible aplicación de la amnistía a los hechos denunciados. La competencia de este Juzgado y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en función del concurso de delitos que puede darse. Identificación de las personas posibles responsables de los mismos delitos a los que se refieren las denuncias presentadas. La protección de las víctimas de estos hechos»¹⁸³.

No podemos en esta oportunidad entrar en detalle en cada uno de ellos¹⁸⁴, pero sí conviene reseñar lo que pueden entenderse como dos cuestiones fundamentales en lo que aquí interesa; también porque, como veremos, ellas serán objeto principal de las censuras posteriores del TS: la naturaleza de los crímenes denunciados y sus consecuencias, y lo que en el Auto se recogería bajo el rótulo de «la protección de las víctimas de estos hechos.»

Respecto al primer asunto, como ya hemos advertido el Auto no dedicaría grandes esfuerzos a la búsqueda de una figura penal en la que subsumir los hechos denunciados, y ya casi desde el comienzo determina su calificación como crímenes contra la humanidad; esto es, si atendemos al Código Penal, estaríamos ante las conductas previstas en su artículo 607bis. 2.6). Con todo, es a lo largo de los Razonamiento Jurídico Segundo y Tercero, y parcialmente también del Cuarto al Sexto, cuando el Auto pasaba a describir y valorar tanto los elementos materiales como el *mens rea* de los comportamientos denunciados, concluyendo que:

«... debe quedar claro, en esta fase inicial del procedimiento, y a los efectos de concretar cuál fue la acción desplegada (“alzamiento nacional” o insurrección armada el 18 de julio de 1936) que, con ésta, los rebeldes pretendieron alzarse contra el Gobierno legítimo y exterminar a los opositores, en forma sistemática. Quienes se alzaron o rebelaron contra el Gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la

¹⁸³ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Séptimo.

¹⁸⁴ Para mi valoración al respecto, véase *supra* nota 161.

Constitución entonces vigente y contra los Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas, torturas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos, y provocaron el exilio forzoso de miles de personas. A fecha de hoy se desconoce el paradero de miles de estos detenidos y, esa acción es precisamente la que determina que ahora se esté planteando la exigencia de responsabilidades en esta instancia»¹⁸⁵.

A lo que añadiría posteriormente que la desaparición forzada fue utilizada sistemáticamente con la intención de imposibilitar o dificultar la identificación de las víctimas y así impedir cualquier acción de la justicia hasta el día de la fecha¹⁸⁶.

Sentado lo anterior, desde un punto de vista teórico lo que puede ser verdaderamente complejo es determinar si en el momento de la comisión de los crímenes contra la humanidad en cuestión, tales actos eran igualmente criminales al menos según el Derecho internacional, en el sentido de generar la responsabilidad individual de sus autores; cuestión ésta, como es sabido, no exenta de polémica dentro de los especialistas¹⁸⁷. No obstante, en este punto el Auto, aunque de hecho hizo suya la posición que aboga por el carácter criminal de esos actos sobre la base de la normativa internacional identificable ya desde finales del siglo XIX-principios del XX¹⁸⁸, centraría su atención en la interpretación dada del principio de legalidad penal-principio de irretroactividad en la ya referida Sentencia del TS en el caso *Scilingo*; teniendo en mente que como es conocido, la incorporación del tipo penal de los crímenes contra la humanidad en España se dio a través de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre. Así, sería sobre la discutible y «novedosa» interpretación que introdujo el TS, que el Juez Garzón construiría su argumentación en este punto; no sin, dicho sea de paso, dejar caer cierta disconformidad con parte de la sentencia del TS¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Tercero.

¹⁸⁶ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Sexto.

¹⁸⁷ Véase, a modo de ejemplo, las tesis defendidas por las profesoras Margalida Capellá i Roig y Alicia Gil Gil. Cfr. CAPELLÁ I ROIG, Margalida (2005): *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, así como, CAPELLÁ I ROIG, Margalida (2006): «Las "desapariciones forzadas" en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo», en SOROETA LICERAS, Juan (ed.): *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. VI; frente a GIL GIL, A.: *La justicia de...*, *op. cit.*, pp. 114 y ss.

¹⁸⁸ Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, en especial Razonamiento Jurídico Segundo.

¹⁸⁹ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Noveno.

El razonamiento del Auto se desplegaba en los siguientes términos:

«... el Tribunal Supremo reconoció en esta sentencia —y lo reconoció, precisamente, a los efectos de reafirmar la competencia de los tribunales españoles, en virtud del principio de jurisdicción universal— que el contexto de ataque generalizado y sistemático contra una parte de la población civil en el que se cometen determinados crímenes comunes, como los asesinatos, torturas, detenciones ilegales y otras, es válido para encuadrarlos en el ámbito de los crímenes contra la humanidad, aunque éstos no estuvieran tipificados como tales en el momento de la comisión de los hechos. Esto es, cabalmente, lo que ha sucedido en los hechos objeto de este proceso penal. Aunque los crímenes contra la humanidad no estaban vigentes como tales en el momento del comienzo de la ejecución de los mismos, ya entonces formaban parte del contexto en el que se cometieron los delitos en particular, que, aunque estaban tipificados como tales hechos delictivos, no fueron cometidos como delitos aislados, sino como una parte de un plan de ataque generalizado y sistemático contra una parte de la población civil»¹⁹⁰.

Dicho de otro modo, aunque se quiera defender que hasta la completa tipificación en el Derecho interno de los crímenes contra la humanidad éstos no podían perseguirse, y que cumplido este requisito, sólo puede hacerse de esa fecha en adelante, los hechos examinados en el Auto sí fueron cometidos en el *contexto* propio de los crímenes contra la humanidad; siendo que si en *Scilingo* esto le valió al TS para, entre otras cosas, anclar la jurisdicción de los tribunales españoles, en esta ocasión, sostenía el Auto, permite igualmente la incorporación de (otras) características propias de los crímenes de Derecho internacional. Aunque en relación con la prescripción/imprecriptibilidad valga apuntar que sus argumentos se centrarían en el carácter permanente de los crímenes considerados¹⁹¹.

En cuanto a la segunda cuestión escogida, aquella contenida bajo el rótulo de «la protección de las víctimas de estos hechos», los Razonamientos Jurídicos Decimotercero a Decimoquinto del Auto abordaron distintas cuestiones reseñables. A este respecto, el inicio del Razonamiento Jurídico Decimotercero es singularmente iluminador:

«De las tres finalidades fundamentales del proceso penal, averiguar si se ha cometido un delito, si éste ha sido ejecutado por una o varias personas y si las víctimas han visto resarcido su derecho, en el caso de autos, resulta evidente que existen presuntamente varios y graves delitos, que no se excluye la existencia aún de posibles res-

¹⁹⁰ *Idem.*

¹⁹¹ *Ibid.*, Razonamientos Jurídicos Noveno, Undécimo y Duodécimo.

ponsables, aunque no en grado de alta responsabilidad, y que existen víctimas a las cuales debe resarcírseles en su derecho y hacer todo lo posible porque averigüen el lugar de inhumación de sus familiares, con el fin de constatar los delitos producidos y la cesación de los efectos del delito, hasta cuyo momento, éste se sigue cometiendo (...) la posible inexistencia de responsables directos o indirectos de estos crímenes, no impide la necesidad de contar con datos esenciales para la concreción de la calificación indiciaria de los hechos, así como la necesidad de otorgar protección a las víctimas, máxime cuando al día de hoy permanecen desaparecidas...»¹⁹².

Aunque la lectura de los siguientes párrafos del Auto no parecen ofrecer una postura definitiva sobre las muchas cuestiones de fondo que plantean estas líneas, en lo que ahora interesa resaltar este Razonamiento Jurídico Decimocuarto ingresa completamente en el ámbito del Derecho internacional, y con cierto detalle recoge básicamente algunos puntos clave de los conocidos como 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 reparaciones¹⁹³. Sobre la base de lo en ellos previsto, concluía el Auto:

«Por tanto, optar por la no apertura del procedimiento sería una instrumentalización negativa de la justicia. En efecto, iniciar la investigación de un delito que se sigue cometiendo al día de hoy y que nunca ha sido, hasta ahora, denunciado en sede judicial, no es más que cumplimiento estricto de la ley por encima del éxito o fracaso de la iniciativa y una forma de rehabilitación institucional, ante el silencio desplegado hasta la fecha, que no sólo ha otorgado *de facto* la extinción de la responsabilidad penal sino la impunidad. Establecer la existencia y comisión del delito puede tener unas consecuencias civiles y patrimoniales importantes, además de permitir el ejercicio del derecho a la memoria, como derecho de ámbito y contenido internacional»¹⁹⁴.

Reteniendo entonces estas dos cuestiones y posicionamientos, cerremos este breve examen señalando, en fin, que a partir de una sofisticada, compleja y si se quiere arriesgada construcción jurídica, aunque

¹⁹² *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Decimotercero.

¹⁹³ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: «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», Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 de abril de 2005.

¹⁹⁴ Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Decimocuarto.

sin duda sostenida en la decisión anterior del TS en el caso *Scilingo*, en este Auto se terminaría por afirmar la competencia de la AN para investigar los crímenes, cometidos durante la Guerra Civil y el franquismo, de detención ilegal sin dar razón del paradero, o desaparición forzosa, en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con delitos contra la Constitución y los Altos Organismos de la Nación —como vínculo competencial vía el ya referido artículo artículo 65.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial—. Conclusión que, entre otras consideraciones, conllevaría la no aceptación de los pretendidos efectos de la Ley de Amnistía de 1977¹⁹⁵.

Sobre esta base, y aunque la parte dispositiva del Auto no se inicia hasta su página 66, ya en los Razonamientos Jurídicos Decimosexto a Decimoctavo se tomaron importantes decisiones concretas, que después se ratificarían en la parte final de la decisión¹⁹⁶. Así, tras reiterar las dificultades fácticas que la investigación de los hechos denunciados planteaban, se acordó la creación de un «Grupo de Expertos» y otro de Policía Judicial con el fin de desarrollar las labores de búsqueda y localización para ofrecer a las víctimas una respuesta acorde con las peticiones señaladas¹⁹⁷. En lo que se refiere al grupo de la Policía Judicial, señalar que su misión sería la localización y sistematización de víctimas, la obligación de averiguación de las circunstancias de su desaparición y muerte y específicamente de las personas que intervinieron en la misma, y, asimismo deberían continuar, bajo la directriz de la autoridad judicial competente, la investigación hasta que se acreditase suficientemente la comisión de los hechos denunciados. Por su parte, respecto al mucho más trascendente «Grupo de Expertos», indicaba el Auto que para su formación se solicitaría a las partes que de común acuerdo, designasen el nombre de cinco personas, a las que se unirían otras dos nombradas por el propio Juzgado. Su misión sería estudiar, analizar, valorar y dictaminar sobre el número, lugar, situación e identificación de las víctimas en un solo informe que incluyese el número total de víctimas en el período estudiado (17 de julio de 1936 hasta el 31 de diciembre de 1951); diferenciándolos en tres grupos: 1) Personas detenidas y desaparecidas hasta el día de la fecha, con propuesta de localización y métodos de recuperación e identificación de sus restos. 2) Personas detenidas y desaparecidas cuyos cuerpos se recuperaron pero aún están sin identificar, con la misma propuesta del punto ante-

¹⁹⁵ Sobre esta cuestión, *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Undécimo.

¹⁹⁶ *Ibid.*, Párrafos Dispositivos cuarto y quinto.

¹⁹⁷ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Decimosexto.

rior sobre su identificación. 3) Personas detenidas desaparecidas y que han sido identificadas¹⁹⁸.

Pese al expreso carácter de órgano pericial, resulta evidente que todo aquel habituado al ámbito de la Justicia Transicional podrá encontrar aquí ciertos ecos y/o consecuencias prácticas del denominado como derecho a la verdad, cuya concreción más conocida son las llamadas «Comisiones de la Verdad»¹⁹⁹. Jurídicamente no cabe duda de que no estábamos ante un órgano de esta naturaleza, pero de hecho, todo parecía llevarnos hacia ese ámbito fundamental; lo que podría permitir, ha de destacarse, cubrir uno de tantos vacíos del «caso español». En todo caso, es obvio que lo indicado habría de depender finalmente de la composición definitiva del Grupo que se acordase, y del modo en que sus miembros enfocasen y desarrollasen su mandato.

Junto a lo anterior, en el Auto se abordaba el examen de varias peticiones de exhumaciones deducidas de la causa²⁰⁰, y a este respecto, y en lo que ahora interesa, establecía una serie de criterios básicos, tanto para las presentes como para futuras exhumaciones, con vistas a autorizar su inicio, desarrollo o continuación²⁰¹.

Finalmente, en el Auto se acordaría cursar oficio a los correspondientes Registros Civiles para que aportasen certificado de defunción de los sujetos que, *a priori*, había identificado como máximos responsables de los crímenes en cuestión; todo ello con vistas a declarar la extinción

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ Sobre ellas, a mi juicio el trabajo ya clásico de referencia es el HAYNER, Priscilla B. (2001): *Unspeakable Truths. Confronting Terror and Atrocity*. Routledge, Nueva York.

²⁰⁰ En concreto, y aunque no da razón de porqué se refiere sólo a éstas y no a otras: «1. El 5 de mayo de 2008, de la Asociación «Nuestra Memoria, Sierra de Gredos y Toledo», participando la que se va a llevar a cabo en el término municipal de Parrillas (Toledo). 2. El 28 de agosto, por la misma asociación y ocho más, comunicando las que se van a practicar o se han practicado en los términos municipales de Adrada de Haza, San Juan del Monte, ambos en la provincia de Burgos; La Robla, Ponferrada, Balboa, Dehesas, Camponaraya, Magaz de Abajo, Tejedo del Sil y Carucedo, todos ellos en la provincia de León. 3. El 8 de septiembre, por D.^ª Carmen Dorado Ortiz, comunicando exhumación en el término municipal de Córdoba. 4. El 12 de septiembre, por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Granada y D.^ª Nieves García Catalán, comunicando la exhumación de los restos humanos de Dióscoro Galindo y Francisco Baladí Melgar, entre los términos municipales de Víznar y Alfacar (Granada). 5. El 22 de septiembre, por D.^ª Juana Bort Padilla, para que ordene la apertura de las fosas comunes existentes en las localidades de La Palma del Condado, Bonares y Niebla, en la provincia de Huelva, entre otras diligencias. 6. El 6 de octubre, por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica y otras, comunicando exhumaciones en Valdenoceda (Burgos), Fuerte San Cristóbal (Navarra) y La Serna (Madrid).»

²⁰¹ Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Decimoséptimo.

de responsabilidad penal por fallecimiento²⁰². Para a continuación, reclamar al Ministerio del Interior los datos que identificasen a los máximos dirigentes de la Falange Española, entre el 17 de julio de 1936 y 31 de diciembre de 1951, para una vez identificados, acordar lo necesario sobre la imputación y extinción, en caso de fallecimiento, de la responsabilidad penal²⁰³; si bien, el Auto expresamente señalaba a todos estos sujetos sin perjuicio de que existieran otros posibles responsables no identificados aún, que junto con la estructura dirigente hubieran participado en la ideación y desarrollo del plan sistemático de exterminio, y de que pudieran existir personas vivas responsables de hechos concretos que debieran ser objeto de investigación separada en cada caso y según las datos de los que se fuera disponiendo²⁰⁴. Con todo, esta primera decisión dejaría sobre la mesa algo que tendrá gran importancia en el desarrollo jurisdiccional posterior: qué ocurrirá una vez quede demostrado, en su caso, el fallecimiento de todos los sujetos identificados en este momento.

2.2. *Del Auto de 16 de octubre al fin de proceso ante la Audiencia Nacional el 2 diciembre de 2008*²⁰⁵

Si para llegar a lo decidido en el Auto de 16 de octubre tuvimos que esperar cerca de dos años desde la presentación de las primeras denuncias, a partir de esa fecha los hechos se precipitarían de manera

²⁰² En concreto, nombra a: Francisco Franco Bahamonde, Miguel Cabanellas Ferrer, Andrés Saliquet Zumeta, Miguel Ponte Manso de Zúñiga, Emilio Mola Vidal, Fidel Dávila Arrondo, Federico Montaner Canet, Fernando Moreno Calderón, Francisco Moreno Fernández, Germán Gil y Yuste, Luis Orgaz Yoldi, Gonzalo Queipo de Llano y Sierra, Francisco Gómez-Jordana y Souza, Francisco Feroso Blanco, Luis Valdés Cabanilla, Nicolás Franco Bahamonde, Francisco de Asís Serrat i Bonastre, José Cortés López, Ramón Serrano Súñer, Severiano Martínez Anido, Tomás Domínguez Arévalo, Raimundo Fernández Cuesta y Merelo, Valentín Galarza Morante, Esteban Bilbao y Eguía, Jose Luis Arrese y Magra, Juan Yagüe Blanco, Salvador Moreno Fernández, Agustín Muñoz Grandes, José Enrique Varela Iglesias, Juan Vigón Suerodíaz, Blas Pérez González, Carlos Asensio Cabanillas, Eduardo Aunós Pérez, Eduardo González Gallarza, y Francisco Regalado Rodríguez. Cfr. Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Párrafo Dispositivo segundo.

²⁰³ *Ibid.*, Párrafo Dispositivo tercero.

²⁰⁴ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Sexto.

²⁰⁵ Una visión más amplia de lo que se resume en este apartado puede encontrarse en CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2009): «La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2009-tomo 1, pp 1415-1424.

extraordinaria. Ciertamente, poco más de seis semanas es apenas un suspiro en la vida de los procedimientos judiciales en España; máxime, cabría considerar, si el proceso en cuestión estaba llamado a enfrentar la inicial investigación de unos hechos con un sobresaliente «grado de dificultad»²⁰⁶. Unos hechos que por usar las palabras de los Magistrados de Prada Solaesa, Bayarrui García y Sáez Valcárcel, habrían de conformar una causa de una singular «importancia histórica»²⁰⁷, en tanto que entre otras muchas cosas, posiblemente eran los hechos con relevancia penal más grave —por su intensidad y extensión— que se han presentando ante la jurisdicción española²⁰⁸. Sin embargo, en prácticamente mes y medio desde la notificación de aquel trascendental Auto, fuimos testigos de una frenética y tan inaudita como poco edificante sucesión de acciones y reacciones jurisdiccionales que culminaron en el Auto del Pleno de la Sala de Penal de 2 de diciembre; y cuyo pistoletazo de salida podemos situar ya en el mismo 17 de octubre, día en el que el Juez Garzón trasformó las Diligencias Previas 399/2006 en el Sumario 53/2008²⁰⁹; hecho llamado a repercutir en los posibles recursos a presentar, en su caso.

Tras este primer evento, asistimos casi sin aliento a la interposición de un extenso y extraordinariamente severo²¹⁰ recurso de apelación de la Fiscalía, el 20 de octubre²¹¹. En él se rebatirían todos y cada uno de los planteamientos del Juez Garzón, invocando una serie de razones que, como veremos en el Capítulo siguiente, encontrarían gran eco en múltiples procedimientos judiciales posteriores; y se solicitaba que en atención

²⁰⁶ Auto de 16 de octubre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Primero.

²⁰⁷ Voto particular discrepante de los Magistrados de Prada Solaesa, Bayarrui García y Sáez Valcárcel, al Auto de 2 de diciembre de 2008, Procedimiento ordinario número 53/08 del Juzgado Central de Instrucción N.º 5, Expediente número 34/08, Cuestión de competencia del artículo 23LECR, del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, párr. I.1.

²⁰⁸ *Idem.*

²⁰⁹ Cfr. Auto de 17 de octubre de 2008, Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado 0000399 /2006 E, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional.

²¹⁰ En cuanto a la actitud del Ministerio Fiscal en todo el devenir procesal de la causa, pueden verse AMNISTÍA INTERNACIONAL: «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», noviembre de 2008, en especial pp. 9-10; PLATAFORMA POR LAS VÍCTIMAS DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS DEL FRANQUISMO: «Nota de Prensa», 18 de octubre de 2008, así como: «Comunicado Público tras la Jornada de Trabajo de Asociaciones de la Memoria en Barcelona», 15 de noviembre de 2008. Originales en poder del autor (parte de los documentos de la entonces Plataforma pueden verse en <http://memoriadesaparecidos.blogspot.com>).

²¹¹ Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2008. Original en poder del autor.

a la naturaleza y trascendencia del asunto, su resolución fuera avocada al Pleno de la Sala de lo Penal de la AN²¹². Esta actuación coincidió con el nombramiento, por parte del Juez Garzón, del ex fiscal Anticorrupción, Carlos Jiménez Villarejo, y el ex Presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona, Antonio Doñate Martín, como miembros del ya referido «Grupo de Expertos» creado en virtud del Auto de 16 de octubre.

El recurso de apelación sería respondido, el 23 de octubre, por un Auto del mismo Juzgado Central de Instrucción N.º 5²¹³ en el que se declaró su no admisión a trámite²¹⁴; decisión que volvió a coincidir con otro hito en el desarrollo del (con todo, fugaz) «Grupo de Expertos», esto es, con la definitiva elección, a cargo de las partes en la causa, de sus restantes cinco miembros: los historiadores Julián Casanova, Queralt Solé, Maribel Brenes y Francisco Espinosa Maestre, y del médico forense Francisco Etxeberria.

No obstante, y quizá tras la lectura del propio Auto de 17 de octubre y la interiorización de sus posibles consecuencias procesales, la Fiscalía, el mismo 21 de octubre, había promovido ya el cuasi-inédito²¹⁵, ambiguo²¹⁶ y extraordinario²¹⁷ incidente previsto en el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²¹⁸; resultando que si resolviera declarando la falta de competencia del instructor, la consecuencia añadida

²¹² *Ibid.*, Primer Otrosí.

²¹³ Auto de 23 de octubre de 2008, Sumario (Proc. Ordinario) 0000053/2008 E, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional.

²¹⁴ *Ibid.*, Párrafo Dispositivo segundo.

²¹⁵ A este respecto, como se recuerda en el voto particular discrepante de los Magistrados de Prada Solaesa, Bayarrui García y Sáez Valcárcel, «al plantear horas después ante la Sala un incidente del art. 23 Lecrim —alguna parte con razón ha hablado de descubrimiento a la activación de ese mecanismo, por su desaparición en la práctica del foro...» *Vid.* Voto particular discrepante de los Magistrados de Prada Solaesa, Bayarrui García y Sáez Valcárcel, al Auto de 2 de diciembre de 2008, *doc. cit.*, párr. III.1.1.

²¹⁶ En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y OTROS (2007): *Derecho Procesal Penal*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 138 y ss. Dentro del propio procedimiento, véase el voto particular concurrente que formuló don Javier Martín Lázaro en el incidente de competencia del art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procedimiento 34/08, formulado en el procedimiento ordinario 53/08 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, 2 de diciembre de 2008, en especial p. 2.

²¹⁷ A este respecto, son interesantes las consideraciones que hace el mismo Pleno de la Sala de lo Penal en su Auto de 2 de diciembre de 2008, *doc. cit.*, págs. 5-7. Para una interpretación mucho más severa, acúdase al voto particular discrepante de los Magistrados de Prada Solaesa, Bayarrui García y Sáez Valcárcel, al Auto de 2 de diciembre de 2008, *doc. cit.*, párr. III.

²¹⁸ Cfr. Escrito del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2008, por el que se promueve el incidente previsto en el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Original en poder del autor.

que parecía pretenderse era, ni más ni menos, que la nulidad de pleno Derecho de todo lo actuado²¹⁹. Todo ello, apúntese al menos, sin que, de un lado, el Ministerio Fiscal indicara expresamente en sus escritos quién sería entonces, y a su juicio, el órgano jurisdiccional competente en lo que nos interesa; y del otro, aunque vinculado al anterior, en un viraje ciertamente destacable, en tanto que gran parte de sus argumentos hasta la fecha no se habían dirigido a rebatir la competencia de la Audiencia como tal, sino más bien a defender la extinción de la posible responsabilidad criminal en liza²²⁰.

Pero aun más, apenas dos días después de que el Comité de Derechos Humanos (Comité DH) nos compartiera sus fundados recelos sobre la licitud internacional de la Ley de Amnistía de 1977, y recomendará algunas medidas concretas en relación con las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista²²¹, el 29 de octubre se dictaría una nueva providencia en la que el Juzgado Central de Instrucción N.º 5 —a cargo del Magistrado-Juez Pedraz en aquellos días por baja médica de Garzón— acordaría atender a algunas de las peticiones de nuevas exhumaciones²²² (junto a nuevas personaciones en la causa); decisión que no encontró oposición aparente por parte del Ministerio Fiscal. De hecho, la Fiscalía no había recurrido ninguna de las providencias acordadas con anterioridad a estas convulsas jornadas de octubre, y quizás en esa línea, en su recurso del día 20 quiso aclarar sobre la base de una tan particular como generosísima interpretación de «Ley de Memoria Histórica», que en la «exhumación y entrega de los restos mortales de asesinados y ajusticiados

²¹⁹ Con todo, en lo que ahora nos ocupa, véase lo que señala en concreto el Pleno de la Sala de lo Penal en el Razonamiento Jurídico Sexto de su Auto de 2 de diciembre de 2008. Para más datos, consúltese el apartado III de este trabajo.

²²⁰ En este sentido, es interesante lo apuntado por el voto particular discrepante de los Magistrados de Prada Solaesa, Bayarrui García y Sáez Valcárcel, al Auto de 2 de diciembre de 2008, *doc. cit.*, párr. III.1.2.

²²¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: «EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES CON ARREGLO AL ARTÍCULO 40 DEL PACTO. Observaciones Finales: España», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/ESP/CO/5, 27 de octubre de 2008, en especial párr. 9. En cuanto a la respuesta de España a estas observaciones, que podemos resumir en su rechazo completo, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: «EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 40 DEL PACTO: ESPAÑA. Adición. Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 13 de enero de 2009; en especial, p. 3.

²²² Las más señaladas en Cáceres, Granada, Valencia (en el cementerio general), y en los cementerios mallorquines de Porreres y Calviá, en el de Aguilar de la Frontera en Córdoba, y en el Valle de los Caídos.

en ese período negro de nuestra reciente historia, las víctimas contarán siempre con la incondicional colaboración del Ministerio Fiscal»²²³.

Sin embargo, apenas un día después de una nueva autorización para exhumar los cadáveres de ocho personas enterradas sin el conocimiento ni el consentimiento de sus familiares en el Valle de los Caídos²²⁴, el Fiscal Jefe presentaría, el 7 de noviembre, un *inesperado* escrito de ampliación en el que solicitaba a la Sala de lo Penal²²⁵ que adoptase las medidas oportunas y ordenase al Juez Instructor que se limitase a practicar diligencias esenciales que no «causasen a terceros perjuicios irreversibles de difícil reparación»²²⁶. Y así, aquel mismo 7 de noviembre, en una verdaderamente sorprendente *reunión de urgencia*, el Pleno de la Sala de lo Penal aprobaría un Auto en el que se acogía la petición del Ministerio Fiscal²²⁷, subrayando específicamente el requerimiento para que se paralizasen las actividades tendentes a la exhumación de cadáveres en tanto no se resolviera la cuestión de incompetencia planteada por el Ministerio Fiscal²²⁸; todo ello, como destacaron los cinco Magistrados que votaron en contra²²⁹, sin audiencia de las partes y sin que fuere a través de un recurso²³⁰. Esta desconcertante resolución del Pleno dio inmediato paso a la presentación, entre otros, en primer lugar de un recurso, el 10 de noviembre, por parte de los representantes legales de Carmen Negrín Fetter, nieta de Juan Negrín, desestimado por el Pleno de la Sala de lo Penal en Auto de 1 de diciembre²³¹; y el 17 de noviembre, de una querrela ante el TS por prevaricación contra los diez Magistrados que votaron a favor del referido Auto de 7 de noviembre²³². Apuntar aquí que el «caso Negrín»

²²³ Recurso de Apelación del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, *doc. cit.*, pág. 7.

²²⁴ En concreto, Valerico Canales, Celestino Puebla, Emilio Caro, Flora Labajos, Pedro Ángel Sanz, Román González y Víctor Blázquez, miembros de la Casa del Pueblo de Pajares de Adaja (Ávila), y Fidel Canales, quien estuvo enterrado en el cementerio de Griñón (Madrid) hasta que el 30 de diciembre de 1968 sus restos fueron llevados al Valle de los Caídos.

²²⁵ Escrito de ampliación de 7 de noviembre de 2008 al escrito de 21 de octubre de 2008. Original en poder del autor.

²²⁶ *Ibid.*, párr. 4.

²²⁷ Auto de 7 de noviembre de 2008, Procedimiento Ordinario 53/08 del Juzgado Central de Instrucción N.º 5, Cuestión de incompetencia expediente número 34/08, del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

²²⁸ *Ibid.*, Párrafo Decisorio segundo.

²²⁹ En concreto, los Magistrados Palacios Criado, Fernández Prado, Barreiro Avellaneda, Martínez Lázaro y Sáez Valcárcel.

²³⁰ Voto particular de los Magistrados Palacios Criado, Fernández Prado, Barreiro Avellaneda, Martínez Lázaro y Sáez Valcárcel, al Auto de 7 de noviembre de 2008, *doc. cit.*, párr. 4.

²³¹ Auto de 1 de diciembre de 2008, Expediente núm. 34/2008, Cuestión de competencia del artículo 23 LECR, del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

²³² Esta querrela se ampliaría el 27 de noviembre.

fue objeto de demanda ante el TEDH el 2 de julio de 2010²³³; al momento de redacción de este trabajo, aún no se ha hecho pública la decisión sobre su admisión/inadmisión²³⁴.

Pero a pesar de todo, la febril actividad que estamos reseñando no se detuvo ni un instante. El 18 de noviembre se haría público un nuevo y singularmente extenso Auto del Juzgado Central de Instrucción N.º 5, en el que se seguiría una de las posibilidades que quedaron abiertas tras el Auto de 16 de octubre. Así, una vez constatada y declarada la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento²³⁵ respecto de los delitos contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno, así como respecto del delito de detención ilegal/desaparición forzada de personas, en el contexto de crímenes contra la humanidad, de aquellas personas que ya señalamos se habían identificado en el Auto de 16 de octubre, se acordó la inhibición²³⁶ de la causa a favor de los Juzgados de Instrucción de las localidades a las que pertenecían los lugares en los que estén ubicadas las fosas identificadas²³⁷; así como, la inhibición de esta causa, con todas sus piezas, a favor de los Juzgados que se identificasen, en el futuro, por las partes, respecto de los hechos que les correspondan territorialmente²³⁸.

Ahora bien, hay que destacar que en realidad el Juez Garzón en este Auto, más que simplemente inhibirse y enviar la causa a los Juzgados territoriales, no hizo sino ratificarse en sus posiciones centrales anteriores, desarrollarlas teóricamente en mayor profundidad y ampliarlas fácticamente, incluyendo menciones a siniestros hechos como el de los «niños perdidos/robados del franquismo»²³⁹. Todo ello, sin privarse ni un instante de responder, con extrema dureza y punto por punto²⁴⁰,

²³³ Esta demanda fue ampliada el 12 de julio de 2011. En una línea parcialmente similar ha de tenerse en cuenta la demanda presentada por la Unión General de Trabajadores el 27 de septiembre de 2011. Ambas pueden consultarse en http://ris.hrahead.org/casos/_casos-ante-el-tedh-gcyf.

²³⁴ Está previsto que los demandantes hagan pública la resolución del TEDH sobre admisión a inicios del mes de septiembre de este año.

²³⁵ Ríos de tinta han corrido sobre la notoriedad y la necesidad de certificaciones de defunción, etc. La naturaleza general de este trabajo hace imposible que nos detengamos en este particular, pero sobre el mismo es interesante atender a lo que se explicó durante el proceso contra el Juez Garzón ante el TS. Véanse las grabaciones del juicio oral en <http://casogarzon.blogspot.com.es/p/videos-con-las-sesiones-del-proceso.html>.

²³⁶ Respecto a las inhibiciones, ha de verse también Auto de 26 de diciembre de 2008, *doc. cit.*

²³⁷ Sobre este criterio, véanse páginas siguientes.

²³⁸ Auto de 18 de noviembre de 2008, *doc. cit.*, Párrafo Dispositivo tercero.

²³⁹ *Ibid.*, pp. 6-10, 50-75.

²⁴⁰ En este sentido, véase *ibid.*, pp. 18, 36-39, 44, 74, 78, 79, 81-83, 85, 91, 92, 95-97, y muy especialmente 118-139

a los argumentos que el Fiscal Jefe fue manteniendo a lo largo de todos los escritos que hemos referido; a mi juicio, y al margen de otras cuestiones, con argumentaciones más afinadas que las que usara en el Auto de 16 de octubre.

Con todo, del contenido de este nuevo Auto, probablemente fueron las referencias a los conocidos como «niños perdidos/robados del franquismo» el elemento añadido que congregó mayor interés social y mediático²⁴¹; lo que apúntese al menos, contrasta notablemente con el silencio absoluto del posterior Auto del Pleno de la Sala Penal sobre este particular²⁴². En este sentido entonces, es oportuno que reproduzcamos aquí la consideración general que sobre estos fúnebres hechos se recogió en el Auto:

«En España (...) podría haberse desarrollado un sistema de desaparición de menores hijos de madres republicanas (muertas, presas, ejecutadas, exiliadas o simplemente desaparecidas) a lo largo de varios años, entre 1937 y 1950, desarrollado bajo la cobertura de una aparente legalidad, al contrario de lo que décadas después ocurriría en Argentina (...), pero, precisamente por ello, con unos efectos más perdurables en el tiempo y más difíciles de detectar y hacer que cesen. Pero no cabe duda, al menos aparentemente, que los métodos de desaparición “legalizada” se institucionalizaron gracias al sistema de impunidad impuesto por quienes lo diseñaron y al miedo desarrollado en las víctimas, conscientes de la práctica inutilidad de su acción. Esta situación, a pesar de lo terrible que puede parecer hoy día y de que a gran mayoría de los ciudadanos les puede resultar casi inverosímil, lo cierto es que presuntamente ocurrió y tuvo un claro carácter sistemático, preconcebido y desarrollado con verdadera voluntad criminal para que las familias de aquellos niños a las que no se les consideraba idóneas para tenerlos porque no encajaban en el nuevo régimen, no pudieran volver a tener contacto con ellos. De esta forma se

²⁴¹ Por las notables singularidades de los procesos relativos a estos hechos, y la naturaleza de este trabajo, en esta oportunidad no podemos detenernos en ellos. Sobre el particular fáctico, véase VINYES, Ricardo, ARMENGOU, Montse y BELI, Ricard (2003): *Los niños perdidos del franquismo*. Debolsillo, Barcelona. En cuanto a la perspectiva jurídica, puede acudirse al trabajo de referencia general en este punto, que de hecho es citado en el mismo Auto del Juez Garzón: RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel (2008): *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad*. Tirant lo Blanch, Valencia. Para una visión crítica, GIL GIL, Alicia (2009): «La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la guerra civil y el franquismo: aspectos penales. Sobre «El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad» de Miguel Ángel Rodríguez Arias, Editorial Tirant, lo Blanch, Valencia, 2008», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.1, pp. 54-63.

²⁴² Véanse páginas siguientes.

propició una desaparición “legalizada” de menores de edad, con pérdida de su identidad, cuyo número indeterminado dura hasta la fecha, correspondiendo al Poder Judicial y a ningún otro, la obligación de investigar el alcance delictivo de unos hechos que, por su carácter permanente y contextualizados como crímenes contra la humanidad, hasta el día de hoy, no están prescritos ni amnistiados y sus víctimas (los hijos y algunos progenitores) podrían estar vivas, y por ende sus efectos seguirían perpetuándose sobre éstas, ante la inacción de las instituciones del Estado»²⁴³.

A todo lo anterior conviene añadir finalmente que respecto al «Grupo de Expertos», que apenas tuvo tiempo de reunirse un par de veces, en este Auto se acordó acabar con su desempeño como tal²⁴⁴.

Así las cosas, tras este tan apresurado como desenfrenado tránsito, se llegó al 2 de diciembre de 2008. Si volvemos la vista hasta el comienzo formal de todo lo acaecido en este, dijéramos, menesteroso mes y medio, podremos recordar las cuestiones que en el Auto de 16 de octubre se identificaron bajo el tan debatido calificativo de «escollos»; cuestiones sobre las que como hemos resumido, se desarrolló un intenso debate entre el Ministerio Fiscal y el Juez Garzón. En consecuencia, no hubiera sido irracional esperar que a pesar del corsé procesal al uso, el Pleno de la Sala de lo Penal finalmente fuera a compartirnos su parecer sobre (al menos algunas de) estas siete cuestiones. En otros términos, que nos fuera a dar alguna respuesta respecto a algunas de las muy relevantes cuestiones jurídicas que se habían puesto sobre la mesa, no exentas de amplia polémica entre los especialistas: así por ejemplo, la fecha crítica a partir de la cual afirmar la existencia de responsabilidad penal individual para determinados crímenes de derecho internacional; la adecuada interpretación del principio de legalidad penal/principio de irretroactividad tras la singular articulación defendida por el TS en el caso *Scilingo*; los límites de la regla de la conexividad del poco preciso artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la naturaleza y consecuencias (especialmente presente el problema del *dies a quo*) del crimen de detención ilegal/desaparición forzada de personas; la ajustada interpretación y licitud (internacional) de la Ley de Amnistía de 1977 en relación a determinados hechos criminales; e incluso, hasta el mismo objeto y fin de un proceso penal; sin olvidar, por supuesto, cuestiones específicas como la calificación jurídica de los hechos propios al golpe de Estado de julio de 1936; y la del órgano jurisdiccional compe-

²⁴³ Auto de 18 de noviembre de 2008, *doc. cit.*, pp. 73-74.

²⁴⁴ *Ibid.*, *doc. cit.*, Párrafo Dispositivo Sexto.

tente sobre en general, hechos cuantitativos y cualitativos como los que aquí ocupan.

Sin embargo, en sus apenas doce páginas, el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre, aunque comenzaría subrayando que su contenido «no afecta al legítimo derecho de las víctimas de la Guerra Civil —todas— y la dictadura () de recuperar los restos de sus seres queridos, dignificarlos y honrar su memoria»²⁴⁵, en realidad centró su atención, exclusivamente, en dos aspectos singulares. En primer lugar, en el modo de entender, aplicar y/o interpretar el refractario artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁴⁶; y una vez concluido que el mismo era plenamente operativo en este caso, en segundo lugar se concentró en la calificación jurídica de lo ocurrido en el «levantamiento militar del 17 y el 18 de julio de 1936». En este punto, y pese a que en el mismo Auto se subraya que no se entraría en el «carácter delictivo de los hechos»²⁴⁷, para la mayoría del Pleno estos habría de ser caracterizados, en todo caso, como delito de rebelión, y no así como delito/s contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno²⁴⁸; esto es, la figura sobre la que ya vimos el Juez Garzón había anclado su competencia. Y así, casi en un abrir y cerrar de ojos, el Pleno de la Sala de lo Penal terminó declarando «la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción número cinco para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008»; y en consecuencia, «deja[ría] sin efecto todas las actos y resoluciones posteriores, incluido el Auto de 18 de noviembre de 2008 (salvo aquellas diligencias que se consideren «necesarias para comprobar el delito, y aquellas otras que considere de reconocida urgencia»²⁴⁹). Sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales»²⁵⁰.

En suma, se declaró la falta de competencia de la AN, pero sin aclarar ninguna de las cuestiones que hemos señalado *supra*; sin indicar nada concreto acerca de la existencia, o no, de una obligación de investigar los hechos a examen a cargo de unos u otros órganos jurisdiccionales. Entre los votos discrepantes, destaca el muy detallado y completo de los Magistrados de Prada Solaesa, Bayarrui García y Sáez Valcárcel; que terminaba con este rotundo párrafo:

²⁴⁵ Auto de 2 de diciembre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico 0.

²⁴⁶ *Ibid.*, Razonamientos Jurídicos 0 y Segundo

²⁴⁷ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico 0.

²⁴⁸ *Ibid.*, Razonamientos Jurídicos Tercero y Cuarto.

²⁴⁹ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Sexto.

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 11-12.

«Creemos que la resolución no ha logrado (...) optimizar los derechos humanos básicos concernidos. Al clausurar el proceso en su primer momento, sin señalar el cauce para la competencia de otro órgano de la jurisdicción no se ha atendido —tras tantos años de silencio e impunidad impuestos— el derecho al acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva de los derechos de los que son portadores las víctimas y sus asociaciones, entre ellos el derecho a una investigación adecuada. Si se hubiera producido una denegación de justicia, ello podría determinar la responsabilidad internacional del Estado español, y el poder jurisdiccional es Estado y está en condiciones de asumir dicha responsabilidad, según ha declarado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que estableció el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»²⁵¹.

Como conclusión entonces hasta el momento, si nos acogemos al literal de la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal, tras más de siete décadas del inicio de la Guerra Civil, más de tres decenios del comienzo formal de la transición política española, y después de aquellos noventa días de frenética actividad, lo único que finalmente supimos de la mano del AN era: que el golpe de Estado de julio de 1936 fue un delito de rebelión; y que la AN no era competente para investigar los crímenes (conexos) de derecho internacional que se pudieran haber cometido a partir de entonces, durante la Guerra Civil y el franquismo. Nada más.

Apuntemos aquí que apenas unos días después, el 6 de diciembre, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional recibiría diversa información respecto al conjunto de crímenes denunciados ante la AN. Las consabidas limitaciones en la competencia temporal que los Estados atribuyeron a esta Corte llevaría a la esperable respuesta de que «there is not a basis at this time to proceed with further analysis»²⁵², como se comunicaría por carta de 8 de noviembre de 2010.

En el seno de la AN, el 26 de diciembre de aquel 2008 un nuevo Auto del Juzgado Central de Instrucción N.º 5²⁵³ acordó la final inhibición de la causa «de acuerdo con lo decidido por la Sala de lo Penal en su Auto de 02.12.08 y visto que, en la parte dispositiva deja a salvo la

²⁵¹ Voto particular discrepante de los Magistrados de Prada Solaesa, Bayarrui García y Sáez Valcárcel, al Auto de 2 de diciembre de 2008, *doc. cit.*, pp. 16-17.

²⁵² Comunicación con Ref. OTP-CR-4426/08, de 8 de noviembre de 2010, de la oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, p. 1. Original en poder del autor.

²⁵³ Véase también el Auto aclaratorio de 13 de enero de 2009. Existen también algunas inhibiciones posteriores, como la de los procesos en Aguilar de la Frontera, Navalmodal de la Mata y Chiclana, que obedecieron a Auto de inhibición de 17 de junio de 2009; o Jerez de la Frontera, que obedeció a Auto inhibición de 27 de diciembre de 2010.

competencia que pudiera corresponder a otros juzgados (...) a favor de los Juzgados de Instrucción que se enumeran en la medida en la que a cada uno les corresponde en función de los hechos acontecidos en su respectiva jurisdicción»²⁵⁴.

De vuelta pues a los Juzgados territoriales, aunque con una *carga añadida*. Dejando como ya dijimos al margen las inhibiciones propias a los casos de «niños perdidos/robados del franquismo», hay que destacar lo siguiente: el final criterio seguido para remitir las causas a los Juzgados territoriales fue como ya señalamos, en función de donde a tenor de la documentación solicitada a las partes, y aportada posteriormente en el proceso, se concluyó que se habían localizado, o existían, fosas. Amén de otras consideraciones, y de las posteriores graves deficiencias por parte de los Juzgados territoriales en cuanto a las notificaciones debidas a las partes²⁵⁵, lo cierto fue que al remitirse así las causas a una serie de Juzgados territoriales sin vínculo directo con una(s) denuncia(s) particular(es) presentada(s), su posterior seguimiento resultó, en muchos casos, extremadamente complejo.

3. La actuación de los Juzgados territoriales durante el proceso ante la Audiencia Nacional

Tal y como hemos visto, el procedimiento ante la AN terminó con la vuelta a la casilla de salida: los Juzgados territoriales. Ahora bien, antes de examinar qué ocurrió entonces en ellos a partir de 2009²⁵⁶, conviene destacar que durante el proceso ante la AN se mantuvieron las actuaciones ante estas instancias territoriales.

En lo sustantivo, la respuesta ofrecida por los tribunales durante aquellos años no varió de lo que hemos resumido en el primer apartado de este Capítulo. Por utilizar las palabras del Juzgado de Instrucción N.º 2 de Talavera de la Reina, de febrero de 9 de febrero de 2007, que: «ninguna obligación legal existe de abrir una investigación penal»²⁵⁷; aunque una vez aprobada la «Ley de Memoria Histórica» la remisión

²⁵⁴ Auto de 26 de diciembre de 2008, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Primero y Dispongo 1.

²⁵⁵ Al respecto, AMNISTÍA INTERNACIONAL: «Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España», mayo de 2012, pp. 13-15.

²⁵⁶ Véase el apartado 1 del Capítulo III.

²⁵⁷ *Vid.* JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 2, TALAVERA DE LA REINA: Auto de 9 de febrero de 2007, Diligencias indeterminadas 22/05, pp. 1-2.

a las víctimas a su contenido se hizo cada vez más común²⁵⁸. No obstante, es también posible encontrar algunos casos en los que la autoridad judicial sí atendió, al menos, lo relativo a la exhumación de los restos de las víctimas²⁵⁹.

Cabe entonces destacar aquí singularmente que en aquellos meses se dieron (entonces y después) una serie de casos en que los Juzgados territoriales lo que hicieron fue tratar de inhibirse a favor de la AN. Esto es, Juzgados como los de Salas de los Infantes, Sevilla, Prat de Llobregat, Madrid o Talavera, que estaban viendo una serie de hechos que estimaron que deberían o podrían ser abordados en o por el proceso abierto en la AN, de tal suerte que se inhibieron a favor de ella. Por citar un ejemplo, el del Juzgado de Instrucción N.º 14 de Sevilla:

«El presente procedimiento se sigue por un presunto delito de desaparición de personal (sic), cuyo conocimiento está atribuido por el art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o, en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal, por lo que procede acordar la inhibición del conocimiento de esta causa a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción por los competentes para la instrucción de estas actuaciones...»²⁶⁰.

Esta serie de inhibiciones, a la vista de todo lo resumido *supra*, evidentemente no fueron aceptadas.

En algunos casos, lo anterior ocurrió conformando un escenario complejo. Así por ejemplo, valga mencionar el procedimiento seguido en el Juzgado de Instrucción N.º 2 de Villarcayo (Diligencias Previas 281/09). En esta causa, el proceso se inició por denuncia de un particular en septiembre de 2008 ante la Guardia Civil de Villarcayo; y si bien el Juzgado de esa localidad abriría entonces las Diligencias Previas 938/08, en las que se acordó el 7 de noviembre de 2008 la inhibición a la AN, también parece que los hechos denunciados (relativos a lo ocurrido en Humarraña-Merindad de Montejo) habían sido incluidos en el listado de «fosas» que sirvió de base para determinar las inhibiciones acorda-

²⁵⁸ Véanse por ejemplo, JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.º 3 DE PALMA DEL CONDADO: Auto de 1 de febrero de 2008, Diligencias Previas 288/2008; JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 2 DE ARANDA DE DUERO: Auto de 27 de agosto de 2008, Diligencias Previas Proc. Abreviado 874/2008.

²⁵⁹ Sería el caso de los Juzgados de Instrucción de Sahagún, en 2007, y N.º 2 de Benavente, en 2008. Al respecto, véase JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos (2010): «La revisión de...», *op. cit.*, p. 14.

²⁶⁰ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 14 DE SEVILLA: Auto de 22 de octubre de 2008, Diligencias Previas 7414/2008, Razonamiento Jurídico Segundo.

das por la AN; de tal modo que en cualquier caso, esos hechos «volvieron» a los Juzgados de Villarcayo, en este caso como Diligencias Previas 281/09 (luego acumuladas ambas Diligencias Previas) tras la inhibición de la AN. Más complicado aun sería lo que podemos denominar como «sub-inhibiciones», que comentaremos en el siguiente capítulo.

Del otro lado, en aquellos meses se conoció la inadmisión del Tribunal Constitucional, el 14 de abril de 2008, del recurso de amparo interpuesto dentro del ya referido proceso con Diligencias Previas 3651/2006, por «no apreciar en el mismo especial trascendencia constitucional»; máxima que se repetirá en el futuro²⁶¹. A lo largo del año siguiente, las víctimas de esta causa acudirían como ya dijimos al comienzo, al TEDH.

Lo resumido es pues el escenario y contexto en el que muchos procedimientos volverán a estos Juzgados territoriales, amén de abrirse y/o continuar otros. Así las cosas, tras todo lo expuesto pueden mejor comprenderse afirmaciones como la siguiente de diversos colectivos y asociaciones de víctimas: «...desde España se abanderaba la persecución de los crímenes contra la Humanidad y, por contra, en los crímenes contra la Dictadura franquista se da un caos total de respuestas, en cualquiera de [las instancias del sistema judicial español]»²⁶². Pero lo cierto es que a partir del año 2009, este *escenario* irá *aclarándose*; y no precisamente a favor de los derechos e intereses de las víctimas.

²⁶¹ Cfr., nota 278, véanse igualmente las notas 106 y 233.

²⁶² «CONTRA EL ATAQUE A LA INDEPENDENCIA DE UN JUEZ, EN FAVOR DEL PROCESO CONTRA EL FRANQUISMO, Y EN FAVOR DE LA INVESTIGACION DE TODOS LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD», 9 de septiembre de 2009, disponible en <http://dimemarchena.blogspot.com/2009/09/manifiesto-contra-el-ataque-al-juez.html>.

III. La actuación de los tribunales de justicia desde 2009 y hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012. La «diáspora judicial»

Ciertamente, las posiciones adoptadas por el Juez Garzón en los Autos que hemos comentado concitaron, amén de apoyos²⁶³, diversas valoraciones críticas en el mundo jurídico²⁶⁴. Interesante y llamativo es, de

²⁶³ De entre los muchos trabajos que podrían referirse aquí, es especialmente interesante mencionar una serie de contribuciones reunidas posteriormente en un solo volumen: ESTIRADO, César (2009): «Perseguibilidad penal de los crímenes del franquismo: aplicación del Derecho penal internacional al caso español. Antecedentes judiciales en España y en el extranjero»; SÁEZ, Ramón (2009): «Justicia Transicional en España: ¿se puede juzgar la historia?»; VICENTE MÁRQUEZ, Lydia (2009): «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»; con posiciones más exploratorias, TAMARIT SUMALLA, Josep (2009): «Justicia transicional y Derecho penal en España»; con carácter más general, RODÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel (2009): «La prolongada ausencia de una “investigación oficial” en el caso de los desaparecidos del franquismo como una violación autónoma del “derecho a la vida familiar” y “trato inhumano” a sus familiares. Nuevas perspectivas de tutela de las “otras víctimas” a la luz del caso *Srebrenica*». Todo ellos en VV.AA.: *Memoria Histórica: ¿se puede...*, *op. cit.*

²⁶⁴ Por referir algunos pocos ejemplos, en grado creciente de intensidad en la crítica, GUARINO, Ángela (2010): «Chasing Ghosts: Pursuing Retroactive Justice for Franco-Era Crimes Against Humanity», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 33, núm. 1, pp. 61-85; TEIJO GARCÍA, Carlos (2011), «Justicia transicional y Derecho internacional: algunas reflexiones sobre la retroactividad del derecho a la justicia a propósito del controvertido caso español», en BRITO, Wladimir y PUEYO LOSA, Jorge (dirs.), y VALE PEREIRA, María da Assunção y PONTE IGLESIAS, María Teresa (coords.), *Conflictos armados, gestión postconflicto y reconstrucción*. Andavira, Santiago de Compostela; GIL GIL, Alicia (2009): *La justicia de...*, *op. cit.*, pp. 157-166; GIL GIL, Alicia (2012): *Spain as*

otro lado, que incluso en el ámbito de los tribunales de justicia se señalase expresamente «la problemática social que ha planteado la existencia de [aquella] causa»²⁶⁵. Pero incluso entre los que discutían, en todo o en parte, las tesis del Juez Garzón, mi impresión es que estaba generalmente extendida la convicción de, por citar las palabras de la profesora Maculán, que «una cosa es no compartir sus argumentaciones y criticarlas por considerarlas fundadas en interpretaciones discutibles de las normas, y otra es acusarle de prevaricación»²⁶⁶. Sin embargo, como es sabido esto último es lo que precisamente sucedió apenas comenzado el año 2009²⁶⁷. Y como ocurrió con el procedimiento ante la AN, aunque con mucha más intensidad, el proceso contra el Juez Garzón por el delito de prevaricación arrumbó cualquier otra actuación judicial en lo que aquí ocupa; que no obstante, fueron muchas y de gran interés.

Relatar con el detalle debido el proceso contra el Juez Garzón es una tarea que no podemos abordar en esta oportunidad, ni en lo estrictamente procesal, ni mucho menos respecto a todo lo implicó y se vio implicado durante el mismo²⁶⁸. No obstante, sí conviene subrayar que varias decisiones anteriores a la final sentencia de febrero de 2012 —que veremos y analizaremos en detalle como ya avanzamos—, tuvieron una incidencia directa en el devenir de los procedimientos que fueron desarrollándose ante las distintas instancias territoriales: en especial, el Auto del Magistrado-Instructor de la Causa, Luciano Varela, de 3 de febrero de 2010²⁶⁹ y la Providencia de 26 de marzo de ese mismo año²⁷⁰. In-

an example..., *op. cit.*, pp. 114 y ss.; DE LA OLIVA, Andrés (2009): «Apertura y cierre de una causa general (La instrucción del Juzgado Central n.º 5 sobre desapariciones forzadas y “alzamiento nacional”)\», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 1, pp. 44-53.

²⁶⁵ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 3 DE GRANADA: Auto de 28 de mayo de 2009, Diligencias Previas n.º 3209/2009, p. 3.

²⁶⁶ MACULÁN, Elena (2010): «Los «juicios por la verdad» argentinos: ¿un laboratorio para la justicia penal internacional?», en REQUENA Y DÍEZ DE REVENGA, Miguel. (coord.): *Luces y sombras de la seguridad internacional en los albores del siglo XXI*, vol. 1. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, p. 280.

²⁶⁷ La primera querrela, del Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos «Manos Limpia» tuvo entrada en el Registro General del TS con fecha 26 de enero de 2009.

²⁶⁸ Un relato muy completo del procedimiento puede encontrarse en MORENO PÉREZ, Alicia: «El procesamiento del Juez Garzón por los crímenes del Franquismo», en MUGA MUÑOZ, José Luis (coord.): *El modelo español de impunidad de los crímenes del franquismo*, (en prensa). Original en poder del autor. Toda la documentación judicial relativa a este proceso, así como una amplísima información más general sobre el mismo, pueden encontrarse en la página de *Rights International Spain*: http://ris.hrahead.org/casos_/caso-garzon-1.

²⁶⁹ Auto del TS de 3 de febrero de 2010, Causa Especial N.º 20048/2009.

²⁷⁰ Providencia del TS, Cuestión de Competencia 6/20380/2009 (acumulada 6/20431/2009), de 26 de marzo de 2010.

cidencia que bien puede decirse que se tornó, de hecho, en aparentemente definitiva tras la referida sentencia de febrero y el posterior Auto de 28 de marzo de 2012.

En consecuencia, aunque abordaremos el contenido de la sentencia del TS de 27 de febrero y del Auto de 28 de marzo en el Capítulo siguiente, en el relato que seguirá será necesario hacer alguna mención a las dos decisiones anteriores del TS que hemos señalado.

1. Los procedimientos ante la jurisdicción española. Nuevos argumentos, mismo desenlace

A partir de comienzos del año 2009 se encontrarán activas en España diversas causas que podríamos clasificar en tres grupos; a saber: 1) los procedimientos que seguían en marcha por denuncias anteriores a esa fecha; 2) las causas que se abrieron (o continuaron) tras haber pasado por la AN y como consecuencia de la inhibición acordada por ésta; y 3) los procesos que se iniciaron a partir de entonces por nuevas denuncias. A este último respecto, valga recordar aquí la ya mencionada información remitida, y respuesta de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional de 8 de noviembre de 2010²⁷¹; no porque como ya apuntamos su contenido requiera de mayores comentarios, sino porque su último párrafo indicaba lo siguiente:

«I hope you will appreciate that with the defined jurisdiction of the Court, many serious allegations will be beyond the reach of this institution to address. I note in this regard that the ICC is designed to complement, not replace national jurisdictions. Thus, *if you wish to pursue this matter further, you may consider raising it with appropriate national or international authorities*»²⁷².

Lo destacado es, en fin, lo que precisamente ocurrió desde entonces.

Ahora bien, dentro de este escenario, conviene apuntar también la existencia de una serie de procedimientos que presentaron una característica singular, que arriba ya mencionamos bajo el rótulo de «sub-inhibiciones». El ejemplo sería lo actuado por el Juzgado de Instrucción N.º 7 en las Diligencias Previa 1069/09: este Juzgado recibió la inhibición de la AN el día 26 de diciembre de 2008 siguiendo el criterio de la «ubicación de las fosas» ya referido; y a la luz de sus Autos de 23 de abril

²⁷¹ Véase apartado 2.2 del Capítulo II de este trabajo.

²⁷² Comunicación con Ref. OTP-CR-4426/08, *doc. cit.*, p. 1. La cursiva es mía.

y 9 de junio de 2009, no parece haber coincidencia entre lo que la AN le remitió y sobre lo que decidió actuar. Así, el Juzgado entendió que el Auto de inhibición de 18 noviembre de 2008 del Juez Garzón era nulo por lo decidido por el Pleno de la Sala de lo Penal en 2 de diciembre de 2008, pero no así el Auto de 16 de octubre. Y a partir de él y de la documentación/denuncias presentada en la AN fue de donde extrajo, a su criterio, los hechos que estimaba serían los que le correspondían. Desde esta base, este Juzgado decidió sobre esos «hechos» aceptar uno (relativo a una fosa en el Cementerio de Derio-Cárcel de Bilbao), pero en relación con otros dos cometidos en el paraje de Costaján (Aranda de Duero) y en el Penal del Dueso (Santoña), acordó la inhibición de las actuaciones a otros Juzgados. De este modo, tendríamos un Juzgado que recibió la inhibición de la AN, la interpretó según estimó, decidió que los «hechos recibidos» eran unos u otros, y sobre alguno de ellos, se inhibió a su vez a favor de otros Juzgados, dando lugar, en fin, a otros procedimientos.

El número de casos que se desarrollaron en España hasta la sentencia del TS de 27 de febrero es pues tan amplio como complejo su seguimiento. Respecto al prácticamente medio centenar de procesos fruto de la inhibición acordada por la AN²⁷³, un reciente informe de Amnistía

²⁷³ Serían los seguidos por los Juzgados: 1) N.º 2 SAN LORENZO DE EL ESCORIAL – Diligencias Previas 427/2009; 2) N.º 3 GRANADA – Diligencias Previas 3209/09; 3) N.º 2 PONTEVEDRA Diligencias Previas 2028/09; 4) N.º 2 PORRIÑO – Diligencias Previas 383/09; 5) N.º 1 LEON; 6) N.º 1 (Único) CARRION DE LOS CONDES (PALENCIA) – Diligencias Previas. 230/09; 7) N.º 1 (Único) ALMAZAN (SORIA) – Diligencias Previas 263/09; 8) N.º 2 BENAVENTE – Diligencias Previas 541/09; 9) N.º 1 ASTORGA (LEÓN) – Diligencias Previas 252/09; 10) N.º 3 BURGOS-Diligencias Previas 1296/2009; 11) N.º 7 BILBAO – Diligencias Previas 1069/09; 12) N.º 2 ZARAGOZA-Diligencias Previas 1644/09; 13) N.º 4 PAMPLONA – Diligencias Previas 1587/09; 14) N.º 4 PONFERRADA (LEÓN) – Diligencias Previas 481/09; 15) N.º 2 LA PALMA DEL CONDADO (HUELVA)-Diligencias Previas 1446/2009; 16) N.º 23 MADRID – Diligencias Previas 1756/09; 17) N.º 2 TALAVERA DE LA REINA (TOLEDO)-Diligencias Previas 656/09; 18) N.º 2 MERIDA; 19) N.º 1 BETANZOS (LA CORUÑA) – Diligencias Previas 714/09; 20) N.º 2 DON BENITO (BADAJOZ) – Diligencias Previas 4 63/2009; 21) N.º 1 CHANTADA (LUGO) – Diligencias Previas 320/09; 22) N.º 2 MONDOÑEDO (LUGO) – Diligencias Previas 206/09; 23) N.º 1 TUI (PONTEVEDRA) – Diligencias Previas 728/2009; 24) N.º 2 CIUDAD RODRIGO (SALAMANCA) – Diligencias Previas 286/2009; 25) N.º 2 CALATAYUD (ZARAGOZA) – Diligencias Previas 270/09; 26) N.º 2 MOGUER (HUELVA) – Diligencias Previas 488/09; 27) N.º 10 PALMA DE MALLORCA – Diligencias Previas 1169/09; 28) N.º 2 ARANDA DE DUERO (BURGOS) – Diligencias Previas 304/09; 29) (Único) VILLABLINO (LEÓN) – Diligencias Previas 380/09; 30) N.º 2 VILLARCAYO (BURGOS) – Diligencias Previas 281/09; 31) N.º 1 TORRELAGUNA (MADRID); 32) N.º 2 LAVIANA (ASTURIAS) – Diligencias Previas 199/09; 33) N.º 2 EJE DE LOS CABALLEROS (ZARAGOZA) – Diligencias Previas 353/09; 34) N.º 4 PATERNA (VALENCIA) – Diligencias Previas 892/09; 35) N.º 12 VALENCIA – Diligencias Previas 2198/09; 36) N.º 8 BARCELONA – Diligencias Previas 1687/09; 37) N.º 2 ORIHUELA

Internacional ha ofrecido un completo examen²⁷⁴ de lo que se ha conocido como la «diáspora judicial», o en palabras de los propios tribunales de justicia, la «diáspora procesal»²⁷⁵ o «dispersión judicial»²⁷⁶. Con lo que en las páginas siguientes lo que haremos es ofrecer el panorama y conclusión generales que se extrae de todos ellos; es decir, no sólo de los procesos fruto de la inhibición, sino de todos los incluidos en las tres categorías señaladas *supra*. Para ello y por motivos de espacio, nos serviremos de algunos ejemplos clave.

Vaya por delante que el resultado final de la inmensa mayoría de todos estos procedimientos fue su archivo inmediato. Por expresarlo en su formulación más completa²⁷⁷: archivo, recurso(s), desestimación, apelación, desestimación de la Audiencia Provincial, recurso al Tribunal Constitucional, inadmisión²⁷⁸. Todo ello, contando siempre con el visto bueno/apoyo del Ministerio Fiscal. En suma, la situación general durante estos años se mantuvo dentro de las palabras que ya reprodujimos del Juzgado de Instrucción N.º 2 de Talavera de la Reina: «ninguna obligación legal existe de abrir una investigación penal»²⁷⁹. Pero en lo que es posible encontrar una clara diferencia es en los argumentos esgrimidos a partir de 2009.

(ALICANTE) – Diligencias Previas 1202/09; 38) N.º 3 MANACOR (MALLORCA) – Diligencias Previas 705/09; 39) N.º 1 ARUCAS (LAS PALMAS) – Diligencias Previas 1511/2008; 40) (Único) HERRERA DEL DUQUE (BADAJOZ); 41) N.º 2 TRUJILLO (CÁCERES) – Diligencias Previas 515/2009; 42) N.º 7 CORDOBA – Diligencias Previas 1980/09; 43) N.º 13 MÁLAGA – Diligencias Previas 4288/09; 44) AGUILAR DE LA FRONTERA – Diligencias Previas 712/09; 45) NAVALMORAL DE LA MATA; 46) N.º 4 CHICLANA DE LA FRONTERA; 47) N.º 5 JÉREZ DE LA FRONTERA – Diligencias Previas 396/2011.

²⁷⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL: «Casos cerrados...», *op. cit.*

²⁷⁵ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 3 DE GRANADA: Auto de 28 de mayo de 2009, Diligencias Previas 3209/2009, p. 9.

²⁷⁶ JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN ÚNICO DE VILLABLINO (LEÓN): Auto de 31 de julio de 2009, Diligencias Previas 380/09, Razonamiento Jurídico Único.

²⁷⁷ Recuérdesse aquí lo ya indicado en cuanto a las posteriores graves deficiencias por parte de los Juzgados territoriales en cuanto a las notificaciones debidas a las partes tras la inhibición acordada por la AN; con las consecuencias que ello supuso para el devenir de estos procesos. Para más datos, *cfr.*, *supra* nota 255.

²⁷⁸ Véanse por ejemplo los procedimientos de los Juzgados N.º 2 de Lena (Diligencias Previas Proc. Abreviado 572/2009), N.º 10 de Palma (Diligencias Previas 1169/2009), N.º 12 de Valencia (Diligencias Previas 2198/2009). Al menos dos de ellos (Lena y Valencia) han dado lugar a sendas demandas ante el TEDH. Frente al TEDH, recuérdese también lo señalado *supra* —nota 5— respecto al caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz v. Spain*, al que luego volveremos, así como, con carácter más general, en las notas 106 y 233.

²⁷⁹ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 2 DE TALAVERA DE LA REINA: Auto de 9 de febrero de 2007, Diligencias indeterminadas 22/05, pp. 1-2.

La premisa fundamental en todos ellos es que, de manera expresa o implícita, con una argumentación más detallada o menos, bien se niega el carácter de crímenes de derecho internacional de los hechos denunciados, bien se sostiene que esos hechos no se encontraban tipificados en nuestro Derecho interno como crímenes contra la humanidad/genocidio/desaparición forzada de personas hasta mucho después de su perpetración (en el caso de este último, ni siquiera ahora). Y así, por citar por ejemplo a la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, se concluiría «no ser posible la aplicación directa del derecho internacional sin la previa transposición de conformidad con el art. 93 C.E. (sic), al no ser posible la eficacia directa de las normas internacionales»²⁸⁰. En suma, como se afirmó en el Auto de 12 de febrero de 2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Aguilar de la Frontera:

«... los delitos objeto de la presente causa (...) son susceptibles de calificación como delitos de homicidio y/o detenciones ilegales, cometidos durante el período de la Guerra Civil y años posteriores a la misma, sin que nos encontremos ante delitos de lesa humanidad, pues dicha figura típica fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico penal en el Código Penal de 1995 (...) y por tanto, en la época en que ocurrieron los hechos que nos ocupan (vigencia de los Códigos Penales de 1932 y 1944), no se encontraban tipificados tales delitos, debiendo tomarse en cuenta que en nuestro sistema jurídico y, por imperativo de nuestra Constitución (artículo 9.3) rige la irretroactividad de la ley penal, salvo la más favorable (...). [D]escartada la tipificación de los hechos como delitos de lesa humanidad (...) nos encontramos con delitos calificados o denominados “comunes” »²⁸¹.

En otros casos, como el de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, lo que se mantuvo directamente es que a la legislación española en la materia, «no cabe estimar incorporada cualquier otra de carácter internacional, pues la existencia de un derecho penal de esta naturaleza no deja actualmente de ser un *desideratum*»²⁸². En una decisión, por lo demás, en la que tras afirmar que «las víctimas de represión política desencadenada por la sublevación militar de 1936 y el régimen posterior

²⁸⁰ AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN TERCERA, DE GIPUZKOA: Auto de 30 de noviembre de 2010, Diligencias Previas 1918/2009, Razonamiento Jurídico Cuarto.

²⁸¹ JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN DE AGUILAR DE LA FRONTERA: Auto de 12 de febrero de 2010, Diligencias Previas 712/2009, Razonamiento Jurídico Único.

²⁸² AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN SEGUNDA, DE PALMA DE MALLORCA: Auto de 25 de febrero de 2010, Diligencias Previa 1169/09, Razonamiento Jurídico Primero.

instaurado, *deben ser, por razones de evidente justicia, reparadas*²⁸³, este tribunal se limitaría a desestimar la apelación presentada y confirmar el archivo.

A partir de lo anterior, la razón más extendida para el archivo fue, como en los casos/años pasados, la prescripción, también la ausencia de autor conocido/vivo de los crímenes denunciados; pero continuando una tendencia ya identificada anteriormente, se generalizaría la afirmación de que el proceso penal no es el cauce adecuado para atender las demandas de las víctimas, mencionándose de forma expresa que deberían acudir al mecanismo previsto en la «Ley de Memoria Histórica». El cual aparecería valorado como sistema en el que las víctimas «tienen sus derechos suficientemente amparados»²⁸⁴, con lo que en su virtud no quedan «huérfanos de protección los que reivindicán la tutela de (sic) y reparación de los agravios sufridos»²⁸⁵. Igualmente, comenzaría a ser común la invocación de la Ley de Amnistía de 1977, ofreciendo conclusiones finales como que, en fin, los crímenes en cuestión «quedarían impunes por aplicación a l[o]s mism[o]s de la Ley de Amnistía de 46/1977 de 15 de octubre»²⁸⁶.

En bastantes casos, pudiera decirse que lo se expuso fue todo lo anterior, en cascada. Valga como ejemplo el Auto de 6 octubre de 2009 de la Audiencia Provincial de Soria:

«Sostiene la parte recurrente en apelación que el auto dictado por el Juzgado de Instrucción²⁸⁷ no es ajustado a derecho toda vez que de lo actuado pudiera deducirse la existencia de delitos de detención ilegal en asunto de Crímenes contra la Humanidad cometidos en el Partido Judicial de Almazán durante los años de la Guerra Civil Española.
(...)

las conductas delictivas denunciadas (...) han prescrito al transcurrir los plazos que para la prescripción señala el artículo 131 del Código Penal. Por otra parte los hechos investigados y denunciados (...) se encuentran amnistiados en virtud de la Ley de 15 de octubre de 1977

²⁸³ *Idem*. La cursiva es mía.

²⁸⁴ JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN DE AGUILAR DE LA FRONTERA: Auto de 12 de febrero de 2010, Diligencias Previas 712/2009, Razonamiento Jurídico Único.

²⁸⁵ JUZGADO INSTRUCCIÓN N.º 4 DE PONFERRADA: Auto de 12 de junio de 2009, Diligencias Previas Proc. Abreviado 481/2009, Razonamiento Jurídico Quinto.

²⁸⁶ AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE BURGOS: Auto de 18 de julio de 2010, Diligencias Previas Proc. Abreviado 304/2009, p. 3, recogiendo y ratificando la postura del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 2 de Aranda de Duero, Diligencias Previas 304/09, de 8 de febrero de 2010.

²⁸⁷ Se refiere a Juzgado DE INSTRUCCIÓN N.º 1 ALMAZÁN (SORIA): Auto de 16 de junio de 2009, Diligencias Previas 263/2009.

puesto que los artículos 7 y 2 (sic) de dicha norma, establecen la extinción de la responsabilidad criminal directa e inmediata al disponer “quedan amnistiados: todos los actos de intencionalidad política cualquiera que fuese el resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al 15 de diciembre de 1976...”. A lo expuesto debemos añadir que los presuntos responsables de los delitos de detención habrían fallecido (...). La (...) recurrente con la habilitación que le otorga la (...) denominada Ley de Memoria Histórica, si a bien lo tiene, puede acudir a las autoridades administrativas competentes para conseguir la justa pretensión de recuperar la memoria y dignidad de las numerosas víctimas ocasionadas por la Guerra Civil Española (...), no siendo esta vía penal la competente para resolver las pretensiones planteadas por la apelante...»²⁸⁸.

Expresado de forma más resumida, la de Audiencia Provincial de Burgos haciendo suyo lo mantenido por el Auto de 3 de abril de 2009 de un Juzgado de Instrucción de Zaragoza:

«1. los delitos han prescrito según el Código Penal vigente; 2. la Ley de Amnistía de 1977 es aplicable a todos los asesinatos políticos anteriores a esa fecha; 3. con toda seguridad, los autores han fallecido; y 4. fuera de ello, el tratamiento de la memoria histórica no corresponde o compete a los Juzgados»²⁸⁹.

Si pasamos al Ministerio Fiscal, lo señalado sería idéntico en casos como por ejemplo el del Informe de 21 de diciembre de 2009 en el proceso seguido por el Juzgado de Instrucción N.º 2 de Lena; en el que además se incorpora, respecto a la imprescriptibilidad, el «principio de irretroactividad penal ley penal desfavorable al reo»²⁹⁰, y más en general:

«[la] extremada dificultad (por no decir imposibilidad práctica absoluta) de acreditar mediante pruebas reales, y no a través de tradiciones orales, las circunstancias exactas de los hechos y sobre todo la identidad de las personas que ordenaron o que tomaron parte en la acción, dado el tiempo transcurrido»²⁹¹.

Ahora bien, otra tendencia claramente identificable en la posición del Ministerio Fiscal, probablemente por el principio de unidad de ac-

²⁸⁸ AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE SORIA: Auto de 6 de octubre de 2009, Diligencias Previas 263/09, pp. 2-3.

²⁸⁹ AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE BURGOS: Auto de 18 de julio de 2010, Diligencias Previas Proc. Abreviado 304/2009, p. 6.

²⁹⁰ Informe del Ministerio Fiscal, de 21 de diciembre de 2009, al Juzgado de Instrucción N.º 2 de Lena, Diligencias Previas 572/09, p. 3. Original en poder del autor.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 2.

tuación y dependencia jerárquica, es que el criterio seguido por las fiscalías en los procesos territoriales fue siempre el mismo que el seguido por la fiscalía de la Audiencia Nacional; esto es, como ya apuntamos, aquel que no compartía ninguna de las tesis defendidas en el Auto de 16 de octubre de 2008 del Juez Garzón. Así que, por referir un ejemplo, no extrañe leer que «el Informe del Ministerio Fiscal de la Audiencia Provincial de Granada, al que se dio traslado previamente, reitera en lo esencial, los Informes de la Fiscalía ante la AN»²⁹². A tal extremo que en casos como el del procedimiento del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Villablino, de las doce páginas del Informe del Ministerio Fiscal, más de diez son una reproducción literal del recurso del Fiscal en el proceso ante la AN. Su encabezado reza como sigue:

«... examinados los hechos objeto de las presentes actuaciones, una vez aceptada la inhibición del procedimiento remitido por el Juzgado de Instrucción Central N.º Cinco de Madrid, muestra conformidad con el archivo de las actuaciones por considerar aplicable la Ley 46/1977 de 15 de octubre, reguladora de la Amnistía y, en todo caso, considerar los presuntos delitos prescritos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130.6 del Código Penal. En argumentación de lo interesado, debe traerse aquí parte de las alegaciones efectuadas en el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal en las diligencias previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 (posteriormente sumario 53/08), procedimiento del que dimana las presentes actuaciones:»²⁹³.

Ahora, tal y como avanzamos, también sendas decisiones del TS en el proceso ya en marcha contra el Juez Garzón tuvieron incidencia directa en los procedimientos ante las distintas instancias territoriales. Así, los argumentos invocados en el ya citado Auto del Magistrado-Instructor Varela, de 3 de febrero 2010, por el que se rechazó la solicitud de sobreseimiento de la causa solicitada por la defensa, fueron expresa e inmediatamente asumidos por diversos juzgados territoriales; como puede ejemplificarse a través del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de febrero:

«... resulta procedente señalar que el Auto 03/02/10 dictado por el Excmo. Sr. Magistrado del Tribunal Supremo D. Luciano Varela Cas-

²⁹² JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 3 DE GRANADA: Auto de 28 de mayo de 2009, Diligencias Previas n.º 3209/2009, p. 13.

²⁹³ Informe del Ministerio Fiscal, de 13 de julio de 2009, al Juzgado de Instrucción N.º 1 de Villablino, Diligencias Previas 380/09, p. 1. Original en poder del autor

tro sobre la admisión a trámite de la querrela interpuesta contra el titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 con motivo de la incoación de la causa de la que proceden las presentes actuaciones deja bien claro en su RJ 4, E) §4.º que se trata de un procedimiento penal que nunca debió ser incoado por referirse a un delito prescrito y amnistiado»²⁹⁴.

Junto con Lydia Vicente Márquez, en otro lugar ya me manifesté respecto a la posición defendida en aquel Auto del TS en lo que al Derecho internacional se refiere²⁹⁵; con lo que como en lo fundamental lo entonces mantenido por aquel Auto será similar a la postura final que se adoptaría en la sentencia del TS de 27 de febrero de 2012²⁹⁶, lleva-

²⁹⁴ AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN DECIMOQUINTA, DE MADRID: Auto de 8 de febrero de 2010, Diligencias Previas 780/2009, p. 4.

²⁹⁵ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier y VICENTE MÁRQUEZ, Lydia (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*, núm. 19, pp. 1-43. Con anterioridad puede verse el Informe elaborado en representación de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: «Causa Especial N.º 20048/2009: Querrela(s) interpuesta(s) contra el Magistrado-Juez D. Baltasar Garzón Real, por el supuesto delito de prevaricación. Examen de los argumentos del Auto de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional», disponible en <http://www.aedidh.org/?q=node/190>.

²⁹⁶ No obstante, algunos de los argumentos utilizados por el Magistrado Varela en este Auto no aparecerán ya en la sentencia de 27 de febrero, con lo que a los efectos precisos, valga recordar aquí las conclusiones que entonces presentamos: «Con carácter general, y en atención al articulado de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, no puede admitirse la conclusión del Magistrado-Instructor cuando afirma que abrir una investigación judicial puede tener la “finalidad de eludir la decisión del legislador”. Más bien al contrario, la “decisión del legislador” responde y es conforme a la amplia jurisprudencia internacional que determina que en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, la naturaleza del recurso efectivo debe ser esencialmente judicial. En relación a la Ley de Amnistía de 1977, los tres argumentos del Magistrado-Instructor son abiertamente discutibles, cuando no, claramente insostenibles desde la perspectiva del Derecho internacional: 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 e internacional. Por su parte, la línea argumental del Auto relativa al artículo 6.5 del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, se construye a partir de una interpretación de su literal más que rebatible, y de hecho, directamente opuesta a la interpretación acreditada de dicha disposición; esto es, que de ella no puede extraerse de ningún modo la posibilidad de que los criminales de guerra —u otras personas culpables

remos lo que aquí cabría comentar a lo que sobre ella diremos en el siguiente Capítulo.

Del otro lado, hay que mencionar también la ya anunciada Providencia del TS de 26 de marzo de 2010. Esta decisión vino a responder al hecho de que los Juzgados de Instrucción N.º 3 de Granada y N.º 2 de San Lorenzo de El Escorial rechazaron la inhibición realizada por la AN, al entender que ésta era el órgano competente²⁹⁷; planteándose entonces sendos conflictos de competencia ante el TS (luego

de crímenes de lesa humanidad— eludan un castigo. Finalmente, si bien en el Auto de 3 de febrero no se niega que los artículos 2 e) y f) de la Ley de Amnistía de 1977 puedan ser o son difícilmente compatibles con el artículo 2.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —vinculante para España antes de la aprobación de la citada ley—, se defiende la imposibilidad de aplicar tal Pacto. Al hacer esto, el Auto equipara automáticamente la falta de competencia del Comité de Derechos Humanos para conocer y sustanciar una queja o reclamación individual con la cuestión de la compatibilidad de una ley que favorece la impunidad (la amnistía) con el Derecho internacional. Rotunda conclusión que resulta, como pretendida regla general, cuanto menos discutible, y que ni tan siquiera se corresponde con la unánime posición del Comité de Derechos Humanos, ni se compeadece con la postura de tribunales internacionales y otros órganos de control del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Pero en cualquier caso, que en modo alguno puede esgrimirse como prueba inequívoca de que aquél que no la comparta esté prevaricando. En cuanto a la cuestión de los crímenes contra la humanidad y la desaparición forzada de personas, los argumentos y conclusiones del Auto, aunque parecen evitar la aplicación de estas figuras, tal y como se califican en el Derecho internacional, no se acompañan de razonamientos jurídicos objetivos y de suficiente peso que permitan sostenerlos y discutirlos racionalmente y, menos aun, justificar que un órgano jurisdiccional que sí lo hiciera estuviera prevaricando. En este punto, el Magistrado-Instructor pretende circunscribirse a lo mantenido por el Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*, pero aun dentro de esos límites, no sólo omite algunas de las conclusiones adoptadas entonces por ese Tribunal, sino que en aquellos aspectos —como la prescripción— que no fueron resueltos por el Alto Tribunal, considera fuera de toda «interpretación razonable» la realizada en su día por el Magistrado querellado en su(s) Auto(s). Las cuestiones de fondo, ampliamente discutidas largo tiempo y en la actualidad —cuál es el momento a partir del cual los hoy conocidos como crímenes de lesa humanidad fueron así tipificados en el Derecho internacional, adquiriendo relevancia plena en el ámbito de la responsabilidad penal individual, así como, desde cuándo se dio el reconocimiento de su imprescriptibilidad— son obviadas en el Auto. Pero a la vez y sin mayores consideraciones, califica la respuesta que a ellas da el Magistrado querellado como manifiestamente contraria a Derecho. Asimismo, las posibilidades que habilita la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo* y que el Magistrado querellado exploró y construyó en sus/ Auto/s, no merecen para el Magistrado-Instructor más que una descalificación tan severa como genérica.» *Vid.* CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier y VICENTE MÁRQUEZ, Lydia (2010): «La investigación de los crímenes...», *op. cit.*, pp. 41-43.

²⁹⁷ Véanse Auto del Juzgado de Instrucción N.º 3 de Granada, Diligencias Previas 3209/2009, de 28 de mayo de 2009; así como Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 2 de San Lorenzo de El Escorial, Diligencias Previas 427/2009, de 2 de julio de 2009.

acumulados)²⁹⁸. El 16 de abril se conocería la sorprendente resolución del TS²⁹⁹, esto es, su Providencia de 26 de marzo de 2010, en la que se acordó «suspender el curso del procedimiento» de las cuestiones de competencia «hasta que la Causa Especial 3/20048/2009 sea resuelta»; es decir, hasta que hubiera un pronunciamiento definitivo en la causa seguida contra el Juez Garzón. En consecuencia, los procesos ante los Juzgados de Instrucción N.º 3 de Granada y N.º 2 de San Lorenzo de El Escorial quedaron suspendidos, en una suerte de *limbo* que no quedaría resuelto hasta el ya citado Auto del TS de 28 de marzo de 2012. Este desenlace fue idéntico en lo que se refiere, al de los procedimientos seguidos por el Juzgado N.º 2 de Pontevedra y N.º 1 de Porriño/O Porriño, pues ambos quedaron igualmente en suspenso hasta que se resolviera la cuestión de competencia planteada ante el TS por decisión, en este caso, de la Audiencia Provincial de Pontevedra³⁰⁰; así como en el caso de la causa seguida ante el Juzgado N.º 13 de Málaga³⁰¹.

Dejando pues de lado ahora resoluciones que pudieran valorarse como muy singulares, como aquella en que se sostuvo que no es en el caso de una posible desaparición forzada donde tendría cabida la figura del delito permanente, sino *cuanto menos, como mínimo*, en el tipo penal del homicidio³⁰², o probables erratas, como la de aquel Auto

²⁹⁸ Cuestión de Competencia 6/20380/2009 (acumulada 6/20431/2009).

²⁹⁹ Al respecto, afirma Alicia Moreno Pérez: «La resolución es chocante y llama a reflexión porque no hay razón procesal alguna que avale esa suspensión que por lo demás resulta insólita y pone en evidencia que, en verdad, distintas interpretaciones sobre la competencia en este caso eran y son posibles (si la incompetencia del juez imputado en la causa especial fuera tan manifiestamente contraria a ley como parece sostenerse ahí, la respuesta «conforme a ley» no podía hacerse esperar). Pero en la providencia se dice además que la decisión de una —la Causa Especial— condiciona directamente el contenido de las otras.

Detengámonos en ello. Aparte de no mediar realmente una cuestión de prejudicialidad (uno y otro procesos son heterogéneos) la lógica en tal caso habría sido la solución inversa. El objeto de la causa especial no es dilucidar si «efectivamente uno de los órganos jurisdiccionales, el Juzgado Central de Instrucción, tenía jurisdicción o no» (como se dice en la providencia) sino si el titular de ese órgano prevaricó o no. Si el Tribunal Supremo no dispone, ya, de respuesta legal para resolver la cuestión de competencia sometida —cuál estaría siendo de no mediar la causa especial— es que, como mínimo, la cuestión a debate no es pacífica en absoluto lo que, creemos, fortalece con mucho la posición del juez imputado.» *Vid.* MORENO PÉREZ, Alicia: «El procesamiento del...», *op. cit.*, p. 10 del original.

³⁰⁰ Véanse Autos de 26 de abril de 2010 (en el proceso Diligencia Previa 2028/2009) y de 21 de mayo del mismo año (en el procedimiento Diligencias Previa 363/2009) de la Audiencia Provincial.

³⁰¹ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 13 DE MÁLAGA: Auto de 23 de junio de 2009, Diligencias Previa 4288/09; véase igualmente el Auto de 6 de junio de 2012, Hechos Primero.

³⁰² JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.º 2 DE PEÑARROYA-PUEBLO- NUEVO: Auto de 13 de abril de 2009, Diligencias Previa 284/2009, p. 2.

de enero de 2012 en que se declaraba «extinguido por prescripción el delito de (...) lesa humanidad»³⁰³, lo expuesto dibuja el estado de cosas general frente a las denuncias de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo. Así, ciertamente es posible identificar resoluciones de estos años en las que se mantuvieron exactamente los mismos argumentos que en decisiones de finales de 2006³⁰⁴, pero la inmensa mayoría de los casos, lo que sucedió desde el año 2009 es que se incorporaron nuevos argumentos, pero siempre con un resultado común: el inmediato archivo de las causas.

Mientras todo esto ocurría, valga recordar que hacia mediados de 2010, en el Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, España recibiría la siguiente recomendación por parte de México: «Investigar y sancionar los delitos de desaparición forzada y prever la reparación de los mismos independientemente de cuando se hayan producido, habida cuenta del carácter continuado del delito y de sus obligaciones internacionales»³⁰⁵. La misma sería respondida del siguiente modo:

«En el ordenamiento jurídico español los Jueces y Tribunales instruyen y juzgan todas las denuncias sobre desapariciones que ante ellos se formulan y resuelven las mismas desde los principios que rigen el ejercicio de la función judicial en España: independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento únicamente a la Ley y al Derecho.

21. El ordenamiento jurídico vigente en España obliga, de modo indudable y suficiente, a la persecución de los crímenes contra la humanidad y de genocidio, en los términos y con el alcance recogido, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio para la sanción del genocidio, en la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y en el resto de la legislación nacional e internacional que nuestra Constitución reconoce y ampara»³⁰⁶.

³⁰³ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 4 DE BARAKALDO: Auto de 13 de enero de 2012, Diligencias Previas 3549/2011, Parte Dispositiva.

³⁰⁴ Véase por ejemplo el Auto de 5 de julio de 2010 del Juzgado de Instrucción N.º 3 de San Sebastián-Donostia (Diligencias Previas 1918/2009) y el Auto de 29 de noviembre de 2006 del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Sigüenza (Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 266/2006).

³⁰⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: «Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. España», Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/WG.6/8/L.5, 12 de mayo de 2010, p 21.

³⁰⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: «Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. España. Adición. Opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por el Estado examinado», Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/15/6/Add.1, 13 de septiembre de 2010, p. 4.

A la vista de lo expuesto, bien pudiera decirse que estas palabras no requieren grandes réplicas. Convenga, quizá, recordar al menos simplemente un inciso de uno de los tratados que se citan, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas³⁰⁷; esto es, tal y como reza su artículo 26.4: «la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida»³⁰⁸.

Ahora bien, en este orden de ideas y tal y como ocurriera en los períodos anteriores examinados, también es posible encontrar una serie de excepciones a la regla establecida. Así, ya hemos visto que la convicción mayoritaria de los tribunales españoles bien pudiera resumirse en estas palabras del Juzgado de Instrucción N.º 4 de Ponferrada:

«El hecho de que por este Juzgado se declare extinguida la responsabilidad penal por prescripción, *obviamente* lleva consigo que por este Juzgado no se lleven a cabo ninguna de las medidas necesarias para la identificación de las víctimas de la represión, así como para la localización de fosas comunes y lugares de enterramiento donde pudieran encontrarse restos, con la finalidad de proceder a la entrega de los mismos a sus familiares»³⁰⁹.

Sin embargo, hay algunos pocos ejemplos en que aun sin llegar a muy interesantes propuestas como la de la Jueza Amaya Olivas³¹⁰, al amparo de los artículos 13, 326 y siguientes y 334 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al menos se hizo algo más que archivar de plano. Así por ejemplo, en el procedimiento con (finales) Diligencias Previas 281/09, el correspondiente recurso de apelación tuvo un resultado, en lo que ahora ocupa, distinto a la pauta general: por Auto de 13 enero de 2010 de la Audiencia Provincial de Burgos, frente al archivo por prescripción acordado por el Juzgado de Instrucción N.º 2 de Villarcayo en 2 de julio de 2009, se razonó lo siguiente:

«Pero sin que en el presente caso, conste la práctica de diligencia alguna en relación con los restos óseos humanos encontrados en la

³⁰⁷ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, en B.O.E. de 18 de febrero de 2011.

³⁰⁸ Para más datos, véase el apartado 1.2 del Capítulo IV de este trabajo.

³⁰⁹ JUZGADO INSTRUCCIÓN N.º 4 DE PONFERRADA: Auto de 12 de junio de 2009, Diligencias Previas Proc. Abreviado 481/2009, Razonamiento Jurídico Quinto. La cursiva es mía.

³¹⁰ OLIVAS DÍAZ, Amaya (2008): «La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista», *Jueces para la Democracia*, núm. 63, pp. 86-102.

cueva de Humarraña (Burgos), en concreto, en lo referente a la existencia de una causa violenta de la muerte, lo que justificaría continuar con la actuación de esta jurisdicción penal, ni en su caso la determinación de la fecha en la que dicha muerte tuvo lugar, como requisito fundamental para la apreciación o no de la prescripción, cuando sin embargo fue acordada la prescripción de forma precipitada por el Juzgado de Instrucción, ya que no se cuenta hasta el momento con dato objetivo alguno que permita llegar a tal conclusión»³¹¹.

En consecuencia, en lo que ahora interesa la Audiencia decidió:

«la estimación parcial del recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de (...), en el sentido de continuar las actuaciones (...) para la práctica de las diligencias necesarias para la determinación de si la causa de la muerte fue de origen violento y en su caso la fecha en que la misma tuvo lugar, para posteriormente a la vista de los resultados obtenidos el Juez de Instrucción decidir con libertad de criterio lo que estime pertinente»³¹².

De este modo, y como consta en el posterior Informe de la Fiscalía de Burgos de 3 de febrero de 2011 al Juzgado de Instrucción N.º 2 de Villarcayo, estas diligencias permitieron recuperar, identificar y devolver los restos a los familiares de la víctima; si bien, tras ello el Juzgado, por Auto de 22 de febrero de 2011, volvió a archivar el caso, en esta segunda oportunidad invocando varios argumentos, incluyendo la Ley de Amnistía³¹³.

De otro lado, también es posible encontrar otras excepciones más edificantes y completas, como el Auto de Obtención de Información del Juzgado de Instrucción N.º 4 de Palencia de 15 de abril de 2009; que merece una amplia cita en tanto que su premisa fundamental es:

«El deber internacional asumido por el Estado español de localizar e identificar a los desaparecidos forzados por actuaciones gubernamentales o paragubernamentales, así como el de examinar la escena de estos crímenes, la recuperación del material probatorio, y en último caso, la identificación de los responsables, la reparación de las víctimas y la hipotética depuración de responsabilidades...»³¹⁴.

³¹¹ AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE BURGOS: Auto de 13 de enero de 2010, Diligencias Previas 281/2009, p. 3.

³¹² *Ibid.*, p. 4.

³¹³ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 2 DE VILLARCAYO: Auto de 22 de febrero de 2011, Diligencias Previas 281/09.

³¹⁴ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 4 DE PALENCIA: Auto de Obtención de Información de 13 de abril de 2009, Diligencias Previas 500/09, p. 1.

Y a partir de aquí indicaba:

«No encontrados los cadáveres de dichas personas, el delito de desaparición forzada subsiste y no cabe hablar de prescripción, ni aplicando el ordenamiento interno al mantenerse la situación ilícita, ni por aplicación de la legalidad internacional (...), ni amparándose en la presunción de que los autores haya fallecido en su totalidad»³¹⁵.

Para concluir tras referirse a varias disposiciones internacionales, entre ellas el PICDP y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³¹⁶ (CEDH), y especialmente sobre la base de este último, que:

«Comprobando que la falta de investigación resulta uno de los fundamentos para la condena de los Estados por violación de la Convención [Europea de Derechos Humanos], no entiende este Juez plausible otra solución que dotar a la denuncia del impulso procesal necesario para alcanzar algún resultado asumible que ponga fin a la situación de desaparición forzada denunciada»³¹⁷.

De este modo, y en consecuencia, en este Auto se acordaron, entre otras, una serie de actuaciones tendentes a identificar los restos hallados, recuperarlos, informar a los familiares, y reconstruir lo sucedido desde que comenzó la desaparición forzada³¹⁸.

Otro caso interesante es el del Auto de 30 de junio de 2009 del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Carrión de los Condes. Y ello porque aunque finalmente la resolución de este proceso sería un nuevo sobreseimiento provisional³¹⁹, en aquel Auto se mencionaba la «Ley de Memoria Histórica»; pero no para derivar sin más a las víctimas a lo en ella dispuesto, sino para aun con ello acordar una serie de medidas de interés. En concreto:

«El artículo 11.1 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre 2007. Reconoce y amplía derechos y establece medidas a favor de quienes pa-

³¹⁵ *Ibid.*, pp. 1-2.

³¹⁶ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en B.O.E de 10 de octubre de 1979 (B.O.E de 6 de mayo de 1999 para el texto consolidado tras el Protocolo 11).

³¹⁷ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 4 DE PALENCIA: Auto de Obtención de Información de 13 de abril de 2009, Diligencias Previas 500/09, p. 2.

³¹⁸ *Ibid.*, pp. 4-5

³¹⁹ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 1 DE CARRIÓN DE LOS CONDES: Auto de 7 de septiembre de 2010, Diligencias Previas 230/09.

decieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, establece que "Las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias, facilitarán a los descendientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore". La determinación de la naturaleza y circunstancias del hecho que se investiga y las personas que han participado en él exige la identificación de las posibles víctimas, que en este caso son los 5 cadáveres hallados en las fosas de la Ventosa de Pisuegra. En consecuencia procede acordar el cotejo de ADN de estos 5 cadáveres con los de los familiares vivos que hasta ahora se han identificado, para lo cual se acordará lo procedente en la parte dispositiva de esta resolución»³²⁰.

Fuera de estas «excepciones», el resumen de la actuación de los tribunales justicia en estos años es el siguiente: descartada cualquier aplicación de toda normativa internacional, por utilizar el ejemplo más numeroso se archiva por prescripción sin que la autoridad judicial acuda a comprobar si efectivamente donde se le ha señalado hay restos de personas cuyo fallecimiento pudo ser por muerte violenta; sin que se realice un estudio auténtico de la fecha posible de la muerte; y sin diligencia alguna en orden a su exhumación, identificación y entrega de los restos de la/s víctima/s a sus seres queridos. Menos aun, practicar diligencia alguna en orden a investigar las circunstancias de la desaparición y posibles responsables. Se archiva, nada más, y ninguno de los recursos contra ese archivo prospera.

2. Breves consideraciones sobre el proceso ante la jurisdicción argentina: la respuesta de la Fiscalía General del Estado

El ya mencionado Auto del Juzgado de Instrucción N.º 3 de Granada afirmaba lo siguiente:

«De no acogerse ninguna de las propuestas (...) expresamente a favor de las competencias de la Audiencia Nacional, alguna de ellas razonada de forma extensa en el voto particular de los Ilms. Sres. Magistrados, D. José Ricardo de Prada Solaesa, Dña. Clara Bayarrui García y D. Ramón Sáez Valcárcel³²¹, se podría producir "... la actuación internacionalmente legítima de cualquier otra jurisdicción que se con-

³²⁰ *Vid.* JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 1 DE CARRIÓN DE LOS CONDES: Auto de 30 de junio de 2009, Diligencias Previas 230/09, Fundamento Jurídico Primero.

³²¹ Sobre el mismo, véase el apartado 2.2 del Capítulo II.

sidere competente...” (...). No obstante, la lógica nos permite afirmar que esta actuación de Estados de nuestro entorno, ante la supuesta pasividad procesal de los órganos judiciales españoles, se antoja desfasada en el tiempo y poco probable por cuanto esos mismos Estados permanecieron impasibles cuando los hechos se estaban produciendo y durante los años sucesivos, más preocupados por sus problemas internos que por lo sucediera en la “España de Franco”»³²².

Sin discutir la «lógica» mantenida por la Magistrada-Juez, lo cierto es que el 14 de abril de 2010 se presentó en Argentina una querrela por «los delitos de genocidio y/o de lesa humanidad que tuvieron lugar en España en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, en ejercicio del principio de jurisdicción universal»³²³. Causa que en el momento de redacción de estas líneas cuenta con más de cien partes personadas³²⁴; siendo que su número aumentó exponencialmente a partir de la sentencia del TS de 27 de febrero de 2012.

Según los propios impulsores de esta querrela, la misma pretender ser «un sólido eslabón en la larga lucha por conseguir verdad, justicia y reparación»³²⁵, en los siguientes términos: «Como acreditan los casos [de los juicios en España por los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras argentina y chilena], la actuación de tribunales extranjeros es un arma poderosa en manos de los pueblos para combatir la falta de justicia en el propio país. Se convierte, entre otros factores, en una denuncia internacional contra la impunidad; garantiza que las víctimas puedan declarar ante un juez; permite llevar adelante las investigaciones judiciales que son negadas en el territorio en que se cometió el crimen; posibilita que los responsables sean llamados a prestar declaración y, en todo caso, que, existiendo indicios sólidos de su participación criminal, se

³²² JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 3 DE GRANADA: Auto de 28 de mayo de 2009, Diligencias Previas 3209/2009, p. 12.

³²³ «Querrela criminal por la comisión de los delitos de genocidio y/o lesa humanidad que tuvieron lugar en España en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977», 14 de abril de 2010, pp. 1-2. Tanto esta querrela, como la mayoría de la documentación sobre este procedimiento, se puede consultar en http://ris.hrahead.org/casos_/proceso-en-argentina.

³²⁴ Entre ellas, asociaciones como las Abuelas de Plaza de Mayo, la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, la Comisión Provincial por la Memoria, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Asociación de Ex Detenidos-Desaparecidos, la Federación de Asociaciones Gallegas de la República Argentina, el Instituto De Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales o el Comité de Acción Jurídica.

³²⁵ Véase el documento «Campaña de apoyo a la querrela argentina contra los crímenes del franquismo», p. 3; disponible en https://docs.google.com/open?id=0ByBM8_x9YdxibENNQ3hMSGd3RXXM.

dicte prisión contra los mismos librándose al efecto órdenes internacionales de detención; revela que, ante la persecución internacional y el riesgo de ser detenidos allí donde se los encuentre, el único lugar del mundo en que gozan de impunidad es aquél en que perpetraron el delito»³²⁶.

El objeto de este trabajo implica que no podamos detenernos en este procedimiento³²⁷, pero sí conviene apuntar al menos algunas cuestiones mínimas en lo que en esta oportunidad ocupa; esto es, la actuación/aptitud de las autoridades españolas.

Así, tras diversas vicisitudes³²⁸, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federad N.º 1 libraría, el 14 de octubre de 2010, exhorto diplomático a las autoridades españolas para obtener la información pertinente sobre:

«... si efectivamente se está investigando la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado para aterrorizar españoles partidarios de la forma representativa de gobierno a través de su eliminación física, y de uno que propició la desaparición “legalizada” de menores de edad con pérdida de su identidad, llevado a cabo en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977»³²⁹.

El mismo fue respondido por medio del Informe emitido por la Fiscalía General del Estado el 6 de mayo de 2011³³⁰. Sin poder entrar

³²⁶ *Idem*.

³²⁷ Sobre el mismo, puede verse MESSUTI, Ana (2011): «Aplicación del Derecho Penal Internacional de la Argentina. A propósito de la querrela para investigar los crímenes del franquismo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año I, núm. I, pp. 89-101.

³²⁸ Entre ellas, véase la resolución de la apelación presentada a Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II – Causa n.º 29.331 «García Holgado, Inés s/ser querellante», Juzgado Federal. n.º 1. Expte. n.º 4.591/2010/1. Disponible en http://docs.google.com/fileview?id=1MQYy3_2PzFzALO SHJpySzgYArsOvA07IzbJcwBYSmbFGZQRFDp7G9DisYvIW&hl=es.

³²⁹ Exhorto de la Jueza María Servini de Cubría, Juez Federal a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federad N.º 1, 14 de octubre de 2010, p. 8. Disponible en http://docs.google.com/fileview?id=1HLOsLcWY4s3-rmJtw1qTyN6DhORPr6NDya7rnfSMsj3McLmm9kLa_PhddpT&hl=es.

³³⁰ «Informe emitido en cumplimiento de la Comisión Rogatoria procedente del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º 1 de la República de Argentina por la que se requiere información acerca de la existencia, naturaleza y estado procesal de una investigación concerniente a la existencia de un plan sistemático, generalizado y deliberado para la eliminación física de los ciudadanos españoles partidarios de la forma representativa de Gobierno, y de otro para la desaparición de menores de edad con pérdida de su identidad, entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977», 6 de mayo de 2011. Disponible en https://docs.google.com/open?id=0ByBM8_x9YdxiMmUzMTUxMGYtZTY1NS00YTdhLWlyNjEtZTgxZjkwMThiNjg5.

ahora en el detalle de las inexactitudes, contradicciones y omisiones presentes en este Informe, por lo demás denunciadas por las propias partes en el proceso en escrito ante la misma corte argentina³³¹ y también destacadas recientemente por Amnistía Internacional³³², valga recoger algunas de sus «conclusiones»:

«I. En España se han tramitado y se están tramitando en la actualidad numerosos procedimientos judiciales relativos a hechos delictivos cometidos durante la guerra civil y la posterior dictadura, tanto en relación con la eliminación física de los ciudadanos partidarios de la República y de la forma democrática de gobierno, como de la desaparición de menores, a los que se refiere la Comisión Rogatoria precedente del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1 de la República de Argentina»³³³.

Ciertamente, en el punto III se menciona que «numerosos casos» han concluido con «resoluciones jurídicamente fundadas en archivo»³³⁴, aunque expresamente no se recoge aquí que siempre con el visto bueno/apoyo del Ministerio Fiscal; si bien, en el punto IV se señala que «existen, por el contrario, otros procedimientos judiciales que permanecen abiertos (...) en los que en el momento actual se continúan investigando hechos delictivos, como homicidios y desapariciones forzadas de personas»³³⁵. Tras todo lo examinado en el apartado anterior, si no es desde una concepción más que laxa del significado de «investigación» de esos hechos, estas palabras resultan tan desconcertantes como inasumibles; aunque más lo es que se hable de «desapariciones forzadas de personas», cuando ya hemos visto que era abrumadoramente mayoritaria la oposición a cualquier invocación y aplicación de esta figura y concepto propios al Derecho internacional. Por su parte, algo más que llamativo resulta que, tras lo que hemos expuesto *supra*, en este Informe se afirme también que «no consta a esta Fiscalía General de Estado que en ninguno de estos casos se haya aplicado la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977 ni ninguna otra clase de medida o indulto»³³⁶. Con todo, la posición última que parece quererse sostener es que finalmente: de un lado, pese a señalar que en España sí se están

³³¹ El escrito puede encontrarse en https://docs.google.com/file/d/1usLOGtvIZ1PobNSBDrohsRCOKP_eV5Xqd-5i9rJK4INLfsPsNU6LYTHdS5X9a/edit.

³³² AMNISTÍA INTERNACIONAL: «Casos cerrados...», *op. cit.*, pp. 30-33.

³³³ Página 19 del Informe, *doc. cit.*

³³⁴ *Ibid.*, pp. 19-20.

³³⁵ *Ibid.*, p. 20.

³³⁶ *Idem.*

investigando hechos como «los que se refiere la Comisión Rogatoria procedente del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 1 de la República de Argentina»³³⁷, ninguno de los «hechos concretos» denunciados ante la corte argentina lo han sido también ante los tribunales españoles³³⁸; y del otro, que la jurisdicción española «ha de entenderse preferente y prevalente de acuerdo con las normas que rigen en materia de Derecho Penal Internacional, y en particular con el principio internacionalmente aceptado de la subsidiariedad de la Jurisdicción Universal»³³⁹.

Mucho cabría decir también sobre esta última posición del Ministerio Fiscal, más aun acerca del contenido real de esas *supuestas* «normas que rigen en materia de Derecho Penal Internacional», así como sobre esa *supuesta* aceptación internacional de la «subsidiariedad de la Jurisdicción Universal»³⁴⁰; pero en lo que ahora nos ocupa, señalar que el contenido de ese Informe no satisfizo a la titular del órgano jurisdiccional argentino, la Jueza Federal Servini. Y así, el 13 de diciembre de 2011 *respondería* con otro exhorto diplomático en el que se solicitaba al Gobierno español que «arbitre los medios necesarios para que se recabe de los organismos competentes» información sobre, entre otros particulares, los nombres de ministros y altos cargos de las fuerzas de seguridad del Estado —incluyendo a «los dirigentes de la Falange Española»— durante el periodo 1936-1977; la lista de personas asesinadas, desaparecidas y torturadas por motivos de persecución política, y de niños robados a sus familias, así como información sobre las fosas comunes, los cuerpos de desaparecidos identificados y las empresas beneficiadas del trabajo esclavo de los presos republicanos³⁴¹.

Apenas un mes después de la sentencia del TS en el proceso que aquí interesa contra el entonces ya exJuez Garzón³⁴², se conoció que la Jueza Federal Servini vendría a España a recabar alguna información

³³⁷ *Ibid.*, p. 19.

³³⁸ *Ibid.*, p. 21.

³³⁹ *Idem.*

³⁴⁰ Al respecto, véase OLLÉ SESÉ, Manuel (2008): *Justicia universal...*, *op. cit.*, pp. 377 y ss.

³⁴¹ Este exhorto se encuentra disponible en https://docs.google.com/file/d/0ByBM8_x9YdxizDYyMDVmNjltYzgyZS00NjQyLThjYjUtZDQ2ODljOTk2NDNm/edit.

³⁴² Como es sabido, el Juez Garzón fue condenado a 11 años de «inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo», el 9 de febrero de 2012 por las escuchas que ordenó en el seno del conocido como «caso Gürtel». Para más datos, véase sentencia del TS N.º 79/2012, de 9 de febrero de 2012.

y tomar declaración a las víctimas³⁴³; viaje que al momento de redacción de este trabajo parece que se producirá, probablemente, en el mes de septiembre de este año.

Finalmente, cabe mencionar que el mes de mayo se transmitió una nueva respuesta de la Fiscalía General del Estado, de fecha de 27 de marzo, mucho más breve que la anterior, pero de un tenor y argumentación similares³⁴⁴; en la que se aclara que su razón de ser es «informar en relación con la solicitud que nos ha enviado (...) a los solos efectos de informar sobre estos aspectos y no para ejecución de las diligencias solicitadas por la autoridad requirente»³⁴⁵. Al respecto, lo que probablemente sea más destacable, o si se prefiere, llame más que la atención es que en este documento no se *informa* sobre el contenido, implicaciones y consecuencias de la sentencia del TS de 27 de febrero³⁴⁶; manteniendo, en esta oportunidad, aparentemente que la mayoría de los procesos en España «han sido archivad[o]s (...) por fallecimiento de los presuntos autores»³⁴⁷. Se sigue, por lo demás, insistiendo al tiempo y a la vez en que «ninguno de los hechos concretos de desapariciones forzadas y torturas denunciadas ante los Juzgados de Argentina han sido denunciados»³⁴⁸ ante la jurisdicción española, pero que «[son] en esencia los hechos investigados los mismos»³⁴⁹ que los objeto del procedimiento ante la AN y de las causas posteriores que ya estudiamos. Para finalmente reiterar «la competencia preferente de las autoridades españolas para la investigación de los hechos concretos (...), y solicitar (ahora ya expresamente) al Juzgado requirente si lo considera oportuno la remisión a España de la denuncia de estos hechos»³⁵⁰; sin indicar, no obstante, si ello con la finalidad de como hemos visto y ratificaremos en las próximas páginas, poder proceder entonces a archivar de plano la *denuncia* por parte de los tribunales de justicia españoles.

³⁴³ Véase https://docs.google.com/open?id=0ByBM8_x9YdxiUU96aFISNXBKelk.

³⁴⁴ «Informe de la Fiscalía General del Estado, relativo a Causa N.º 4.591/2010, N.N. S/GENOCIDIO (Eliás Holgado y otros)», 27 de marzo de 2012. Original en poder del autor.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 2.

³⁴⁶ Para su análisis detallado, véase Capítulo siguiente.

³⁴⁷ Informe de la Fiscalía General del Estado, relativo a Causa N.º 4.591/2010, N.N. S/GENOCIDIO (Eliás Holgado y otros), de 27 de marzo de 2012, p. 2.

³⁴⁸ *Idem.*

³⁴⁹ *Idem.*

³⁵⁰ *Idem.*

IV. Las decisiones del Tribunal Supremo de febrero y marzo de 2012: ¿el fin del camino en España?

Como ya advertimos, relatar el procedimiento contra el Juez Garzón hasta la sentencia del TS de 27 de febrero de 2012 resulta en esta oportunidad imposible³⁵¹. Pero en lo que nos ocupa, sobre todo la citada sentencia, aunque también el Auto de 28 de marzo, son como dijimos desde el comienzo piezas clave en todo lo que estamos examinando. En este sentido, valga recordar sobre la primera que tal y como afirmaron inmediatamente la Comisión Internacional de Juristas, el *Center for Constitutional Rights*, el *European Center for Constitutional and Human Rights*, *Lawyers Rights Watch Canada*, el Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos - Federación Internacional de Derechos Humanos/Organización Mundial contra la Tortura, la Asociación Pro Derechos Humanos de España, la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Fundación para el Debido Proceso y *Rights International Spain*, y por escoger la formulación de esta última, aquella decisión supuso: «una absolución que cierra toda posibilidad de investigar judicialmente los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España»³⁵². En otras palabras, las de Amnistía Internacional: «... la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 confirma la falta de voluntad de las autoridades judi-

³⁵¹ Cfr., *supra* nota 268.

³⁵² RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: «Una absolución que cierra toda posibilidad de investigar judicialmente los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España-28/02/2012», disponible en <http://casogarzon.blogspot.com.es/2012/02/una-absolucion-que-cierra-toda.html>.

ciales españolas de cumplir con sus obligaciones internacionales (...) rechazando así el derecho a la justicia y al recurso efectivo ante las más graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario»³⁵³.

Por su parte, y como confirman las decisiones posteriores que también comentaremos, el citado Auto del TS de 28 de marzo no será más que un nuevo paso, quizás el definitivo, en el cierre «de la vía penal como un recurso efectivo en España para investigar, establecer la responsabilidad de los perpetradores y reparar a las víctimas [de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo]»³⁵⁴.

Así las cosas, en las próximas páginas vamos a analizar la posición mantenida por el TS, desde la perspectiva de este trabajo. Postura que amén de incorporar algunas cuestiones nuevas planteadas durante el procedimiento, puede entenderse como una suerte de concentrado de todo lo que, ya vimos, se había venido sosteniendo mayoritariamente en el resto de tribunales españoles, así como por parte del Ministerio Fiscal; pero lo que es más importante, que es y será la referencia fundamental en todo lo que vendrá. Por ello, y como ya avanzamos, será en este punto donde desplegaremos un examen y análisis jurídico-internacionales más detallados respecto a las tesis defendidas en esta oportunidad, y ya finalmente, por el TS.

1. La posición final del Tribunal Supremo

Es en el Auto de 28 de marzo donde podemos encontrar un buen resumen de la posición final del TS sobre las razones de fondo que aquí nos ocupa; a saber:

«... que —como se dijo en la sentencia de esta sala de n.º 798/2007— el principio de legalidad y el de interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9,3 CE), que prohíben la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras a los hechos anteriores a su vigencia, impiden operar con la categoría “delitos contra la humanidad” para denotar jurídicamente y tratar procesalmente las acciones criminales de las que fueron víctimas las personas a las que se refieren las denuncias que motivan las actuaciones de referencia.

³⁵³ AMNISTÍA INTERNACIONAL: «Casos cerrados...», *op. cit.*, p. 34.

³⁵⁴ RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: «Posición del Tribunal Supremo sobre la cuestión de competencia: Consecuencias prácticas», *Series Análisis Jurídicos-GCyF*, núm. 1-mayo 2012, p. 6. Disponible en <http://ris.hrahead.org/temas/guerra-civil-y-franquismo/analisis-juridicos>.

(...) que, consecuentemente, por la fecha de iniciación de tales causas, las acciones criminales sobre las que versan deben considerarse prescritas, a tenor de lo previsto en los arts. 131 y 132 Cpenal. Es así, debido, de una parte, a que el delito de detención ilegal de carácter permanente sin dar razón del paradero de la víctima, presente en el Código Penal de 1928, desapareció en el de 1932, para ser reincorporado al de 1944, de modo que no estuvo vigente durante la mayor parte del tiempo en que tuvieron lugar las acciones que se trataría de perseguir. De otra, porque, (...) el argumento de la *permanencia* del delito fundado en la hipotética subsistencia actual de situaciones de detención producidas en torno al año 1936, carece de plausibilidad. Y, en fin, porque, aun admitiendo razonablemente (...) que, por la imposibilidad para los familiares de los afectados de instar la persecución de esos delitos durante la dictadura, hubiera que posponer el inicio del cómputo de la prescripción a la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, incluso en este supuesto, el plazo de de 20 años, habría transcurrido en todo caso.

(...) que la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía (...) forma parte del ordenamiento vigente. Por ello, porque a tenor de lo que dispone su art. 6, la amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que pudieran imponerse; y porque, conforme a su art. 9, será aplicable cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso, no podría dejar de proyectar sus efectos sobre los hechos a que se refieren las denuncias que están el origen de las actuaciones en las que se han suscitado las cuestiones que ahora se decide.

(...) que, en fin, en la STS 101/2012 se lee que las iniciativas dirigidas al Juzgado Central n.º 5 procedían de “quienes eran víctimas de unos delitos hoy día calificables como delitos contra la humanidad, que se encuentran en una situación de objetiva desigualdad con respecto a otras víctimas de hechos sustancialmente similares y coetáneos en el tiempo de la guerra civil”. También allí se hace constar el reconocimiento de que, no obstante las previsiones de la Ley de Amnistía y de la conocida como de la Memoria Histórica, están pendientes actuaciones concretas en orden a la localización y recuperación de los restos, para dignificar a los asesinados y dar efectividad a la reconciliación perseguida con el primero de esos textos»³⁵⁵.

Salta a la vista pues, que no obstante el fallo absolutorio de la sentencia de 27 de febrero, la postura de fondo del TS respecto de todas las cuestiones resueltas por el entonces Juez Garzón sobre los crímenes del pasado en España fue, en esencia, de oposición absoluta. Dicho en otros términos, los propios del TS, que aunque el Juez Garzón en sus

³⁵⁵ Auto del TS de 28 de marzo de 2012, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Segundo.

actuaciones no llegó a prevaricar, sí «erró» en todas y cada una de las posiciones que defendió.

Ahora bien, a efectos expositivos vamos a dividir nuestro comentario y análisis distinguiendo: de un lado, los argumentos en torno a la figura de los crímenes contra la humanidad/el «elemento de contexto», la consideración y valoración jurídicas de la desaparición forzada de personas y la posición sobre la aplicación de la Ley de Amnistía, refiriéndonos a la sentencia de 27 de febrero; y del otro, lo que pudiéramos encuadrar bajo el rótulo de los «derechos de las víctimas», remitiéndonos entonces al Auto de 28 de marzo.

1.1. *Análisis de la sentencia de 27 de febrero de 2012: la figura de los crímenes contra la humanidad, la desaparición forzada de personas y la aplicación de la Ley de Amnistía*³⁵⁶

El punto de partida de la argumentación de la sentencia del TS es que en las decisiones del Juez Garzón, «existe un error en la tipificación de los hechos que, como consecuencia del mismo, arrastra otros»³⁵⁷. A este respecto, el TS afirma que su razonar es plenamente acorde con la interpretación del principio de legalidad penal (concepto, calificación y «contextualización» de los hechos como crímenes contra la humanidad) que ya defendió en la ya citada sentencia de 1 de octubre de 2007 en el conocido como *caso Scilingo*³⁵⁸. Pero lo cierto es que a mi entender, no es así; ya que ahora el TS incorporará notables novedades frente a lo que entonces señaló.

Como ya apuntamos, la tesis fundamental del TS en este punto parte de que para perseguir penalmente los distintos crímenes de derecho internacional en España (y en concreto, los crímenes contra la humanidad) era y es «necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales»³⁵⁹. Al

³⁵⁶ Para una versión más amplia de lo que en parte se recoge en este apartado, puede acudir a CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, VICENTE MÁRQUEZ, Lydia y PÉREZ MORENO, Alicia: «La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del Derecho internacional a los crímenes del pasado en España», que se publicará en fecha próxima en un libro colectivo coordinado por el grupo de investigación «Derechos Humanos» de la Universidad del Estado de *Mato Grosso do Sul* (Brasil).

³⁵⁷ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 11.

³⁵⁸ Recuérdese en este punto lo señalado en el apartado 2.1 del Capítulo II de este trabajo.

³⁵⁹ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 12.

respecto, y sin poder entrar el debate en torno al principio de legalidad penal³⁶⁰, baste indicar que como es sabido, esta interpretación supone descartar las posibilidades que reconocen normas como el artículo 15.2 del PIDCP, o el artículo 7.2 del CEDH; también, rechazar la viabilidad en España de lo resuelto por múltiples tribunales (nacionales e internacionales) que han apostado por una tesis diferente a la del TS. Sin embargo, en aquella sentencia de 2007 en el caso *Scilingo*, el propio TS indicaba algo más, que podemos condensar en este párrafo:

«No es posible aceptar que el acusado (...) no pudiera prever el carácter delictivo de sus actos en el momento de su comisión y la consiguiente posibilidad de que le fuera impuesta una pena. Los hechos descritos (...), de extraordinaria gravedad en atención a los bienes jurídicos que seriamente lesionan, y también en consideración a la forma en que lo hacen, eran claramente delictivos, como asesinatos o detenciones ilegales, en el momento de su comisión, tanto en Argentina (...) como en España, o como en cualquier país civilizado. (...) En el caso, tales circunstancias, aunque no puedan ser valoradas como elementos del tipo a los efectos de aplicación del artículo 607 bis, permiten considerar los hechos (...) como crímenes contra la Humanidad. Las previsiones del Derecho Internacional Penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las normas de derecho interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales. Nada impide, por lo tanto, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al derecho interno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la Humanidad conforme al Derecho Internacional Penal»³⁶¹.

En virtud de este razonamiento, en aquella oportunidad se sostuvo que los crímenes que perpetró Adolfo Scilingo fueron delitos ordinarios cometidos en el «contexto de crímenes contra la humanidad»; considerados, «como crímenes contra la Humanidad conforme al Derecho Internacional Penal». Y a partir de aquí, ya dijimos que en aquella sentencia se aplicaron a esos hechos una serie de consecuencias o «efectos» propios de los crímenes contra la humanidad, en lo relativo a su perseguibilidad internacional y a la individualización de la pena. Como tam-

³⁶⁰ Cfr., *supra* nota 182.

³⁶¹ Sentencia del TS de 1 de octubre de 2007, *doc. cit.*, Fundamentos de Derecho Sexto y Octavo.

bién señalamos *supra*, esta cuestión del «elemento de contexto» era desde luego capital, pues el Juez Garzón había acudido profusamente en sus Autos a ese término y a la doctrina del TS; sin embargo, en esta oportunidad el TS señalaría algo, si se quiere, novedoso.

Así, en la sentencia se comienza reiterando, de hecho como hizo el mismo Juez Garzón, que el tipo penal de los crímenes contra la humanidad no puede, a su entender, aplicarse a los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo, en tanto que en el momento en que se cometieron no estaba recogido en el Código Penal. Pero a partir de aquí, el TS da una nueva vuelta de tuerca, al afirmar que tampoco podría acudirse siquiera al concepto mismo de crímenes contra la humanidad ni, por ende, al «elemento de contexto de crímenes contra la humanidad». Y en este sentido, la clave es que el TS sostiene que en relación con lo que nos ocupa, no se satisfaría la exigencia de previsibilidad y accesibilidad; que no existía, en fin, conocimiento alguno del concepto mismo de «crímenes contra la humanidad» durante todo el período que abarcaba la investigación del Juez Garzón. Es decir, que en España hasta por lo menos el año 1952, el mero concepto de «crímenes contra la humanidad» era algo absolutamente extraño, desconocido e imprevisible (penalmente). En este punto, el TS no ofrece explicación propia y clara acerca de cuál sería el hecho o circunstancia, o la fecha a partir de la que a su entender pudiera afirmarse que en España se habría tenido noticia de la existencia (conceptual como mínimo) de los crímenes contra la humanidad; tan sólo indica que sostener cualquier fecha anterior a 1952 es «erróneo». La pregunta es: ¿por qué?

Este interrogante adquiere una importancia y transcendencia capitales si recordamos que el mismo TS sostuvo en la sentencia del caso *Scilingo*, por ejemplo lo que sigue:

«... la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquellos. En este sentido, deben ser tenidos en cuenta especialmente (...) el Acuerdo de Londres y el Estatuto de Nuremberg, que ya consideraron crímenes contra la Humanidad el asesinato y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal; la Convención para la prevención y represión del genocidio...»³⁶².

³⁶² *Ibid.*, Fundamento de Derecho Sexto.

Lo cierto es que si dejamos al margen una serie de referencias confusas que nos llevarían de hecho al mismo Auto de 16 de octubre del Juez Garzón³⁶³, lo que ofrecerá el TS ahora es una suerte de respuesta elíptica para justificar su posición. El párrafo clave pudiera ser el siguiente:

«... destacamos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006, caso Kolk y Kislyly (sic) contra Estonia (...). De acuerdo a esta doctrina, (...) es posible una investigación y, en su caso, una condena por delitos contra la humanidad sin vulnerar el principio de legalidad, pero para ello es preciso que el contenido incriminatorio de los hechos sea, de alguna manera, conocida por los infractores o que lo sea para el país al que pertenecen como miembros de un aparato de poder. En el caso, dos responsables del Ministerio del Interior ruso, ocupante de la República báltica de Estonia, en el año 1949 procedieron a la deportación de una familia y en 1994 fueron condenados por los tribunales de la República Estonia, una vez recuperada la independencia, por delitos contra la humanidad considerando su imprescriptibilidad de acuerdo al Derecho penal internacional. El Tribunal afirma el conocimiento de la tipicidad por Rusia por su participación en la redacción de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que, definitivamente los aprobaron el 11 de diciembre de 1946. En definitiva, esta Sentencia destaca la validez universal de los derechos humanos y su aplicación incluso cuando no aparece su punición en el ordenamiento interno del país, aunque requiere el conocimiento de su vigencia al tiempo de los hechos»³⁶⁴.

Así, el TS nada dice sobre el concepto o caracteres (históricos) de los crímenes contra la humanidad, nada acerca de si la figura, como tal, sería o no de aplicación a una experiencia como la española; cuestiones, como ya dijimos, complejas y ampliamente debatidas³⁶⁵. Lo único que nos indica es que según interpreta la sentencia que cita del TEDH,

³⁶³ En este sentido, señala el TS: «Los principios de Nuremberg, según razona el auto, fueron incorporados a nuestro ordenamiento a través de la ratificación por España de los Convenios de Viena en 1.952, cuando ya había terminado el periodo de investigación acotado en el sumario incoado, y, además, el propio auto señala que en la ratificación del Convenio en agosto de 1952, España excluye de la consideración de norma al derecho consuetudinario, lo que fue dejado sin efecto en una posterior ratificación, el 31 de julio de 1979». *Vid.*, Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 14. Entendemos que el TS se refiere aquí a los Convenios de Ginebra, no de Viena, pero en cualquier caso, estos Convenios como es sabido no se remiten a esos «principios».

³⁶⁴ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, pp. 28-29.

³⁶⁵ *Cfr.*, *supra* nota 187.

en los procesos en cuestión fue adecuado invocar, al menos, el concepto de «crímenes contra la humanidad» en tanto que Rusia (la URSS en realidad) participó en la redacción de los principios de Nuremberg, así como por su pertenencia a las Naciones Unidas que «definitivamente los aprobaron el 11 de diciembre de 1946». Lo que no nos dice, pero está afirmando, es que como España ni participó en la redacción de esos «principios de Nuremberg», ni era parte de las Naciones Unidas aquel año, lo que contenían esos documentos está fuera de toda lógica que fuera aplicable a España, ya que le era absolutamente «desconocido» (para el propio Estado y para los perpetradores). «Desconocido», siguiendo la lógica del TS, hasta al menos después de 1952; y a partir de ese momento, no se dice tampoco hasta cuándo.

Probablemente para reforzar la tesis que pretende sustentar, el TS señala también que en esta sentencia el TEDH argumentó «partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que los aprobaron»³⁶⁶.

Expuesto lo anterior, esta posición aconseja, cuanto menos, dos comentarios para poder valorarla completamente. En primero lugar: ¿qué es lo que realmente dijo el TEDH en aquella sentencia? Nada mejor que citar el párrafo 6 de sus Fundamentos de Derecho:

«The Court notes that deportation of the civilian population was expressly recognised as a crime against humanity in the Charter of the Nuremberg Tribunal of 1945 (Article 6 (c)). Although the Nuremberg Tribunal was established for trying the major war criminals of the European Axis countries for the offences they had committed before or during the Second World War, the Court notes that the universal validity of the principles concerning crimes against humanity was subsequently confirmed by, *inter alia*, resolution 95 of the United Nations General Assembly (11 December 1946) and later by the International Law Commission. Accordingly, responsibility for crimes against humanity cannot be limited only to the nationals of certain countries and solely to acts committed within the specific time frame of the Second World War»³⁶⁷.

Es decir, el TEDH considera que los Principios de Nuremberg son de *validez universal*, y por ello, sus efectos no pueden circunscribirse únicamente a *ciertos países*. Ésta y no otra es la premisa de la que parte el

³⁶⁶ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 15.

³⁶⁷ *Caso Kolk and Kislyiy v. Estonia, Application n.ºs 23052/04 y 24018/04*, decisión sobre admisibilidad de 17 de enero de 2006, Fundamentos de Derecho, párr. 6.

TEDH, ya que pese a lo que afirma el TS, no es sino tres párrafos después cuando el TEDH menciona la pertenencia de la URSS a la Asamblea General de las Naciones Unidas; de hecho, cuando está argumentando en torno a una cuestión distinta, como es que lo anterior sería así aplicable incluso si los actos cometidos por los demandantes pudieran haber sido vistos como legales bajo el derecho soviético en vigor entonces³⁶⁸. De esta manera, para el TS el contenido de la Resolución (I) del 11 de diciembre de 1946, así como la codificación posterior de la Comisión de Derecho Internacional bajo el rótulo de «Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg»³⁶⁹, cuya validez universal, reiteramos, destaca el TEDH, serían textos cuyo contenido no es que sea o no sea aplicable a la experiencia española, como podría resultar legítimo discutir, sino que sencillamente su contenido era y es, nos dice, absolutamente irrelevante y desconocido si de España hablamos.

Aclarados los términos exactos en que se manifestó el TEDH en la sentencia expresamente invocada por el TS como argumento fundamental de lo que mantiene, conviene detenerse ahora un instante en la posición de fondo que pretende sostener el TS. En esencia, que para que la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas citada, así como el documento referido de la Comisión de Derecho Internacional, tuvieran algún valor o incidencia en relación con España hubiera sido necesario que España fuese parte de las Naciones Unidas o hubiera participado en su redacción. La pregunta es de nuevo: ¿por qué? El TS con seguridad conoce que ninguno de esos documentos se trata de una especie de tratado internacional en el que se requeriría que, en este caso España, hubiera manifestado su consentimiento en obligarse. Ambos documentos son textos de naturaleza codificadora, en sentido estricto o como medio de cristalización; esto es, su finalidad no es otra que recoger (por escrito) una costumbre internacional, ya en cualquier caso vinculante. En suma, estas normas consuetudinarias en caso alguno obligarían solamente a los Estados que hubieran participado en su formación; posición sólo sostenible si se tratase de una costumbre internacional particular, lo que es obvio de ningún modo es el caso.

De hecho, la lógica que parece querer sostener el TS en este punto llevaría a conclusiones ciertamente llamativas. Adelantemos una: Toda vez que España no ingresó en las Naciones Unidas hasta

³⁶⁸ *Ibid.* Fundamentos de Derecho, párr. 9.

³⁶⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: «Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1950

el 15 de diciembre de 1955, cabría mantener que tampoco hasta esa fecha tuvo el menor significado, incidencia, vinculación o relevancia jurídica otras resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948³⁷⁰. Yendo un paso más allá, España jamás participó en su redacción, obviamente, de lo que entonces cabría colegir que, quizá, ya no sólo es que hasta finales de 1955 esta Declaración fuera, de hecho y de Derecho, inexistente para España, sino que lo seguiría siendo hasta, ¿cuándo? ¿Para siempre? Si tomáramos por buena la argumentación del TS, habría que concluir que España no tenía obligación alguna en materia de derechos humanos, ni los infringió jamás en consecuencia, hasta, como muy pronto y en el mejor de los casos, prácticamente el comienzo de 1956. Lo que parece una afirmación más que aventurada.

Pasemos ahora a la figura de la desaparición forzada de personas. El TS se refiere desde el inicio de la sentencia a «la desaparición de familiares sin conocer la verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento»³⁷¹, y aunque reconoce la demanda de las víctimas de tutela (judicial) como legítima, no obstante afirmaba que:

«... desde las denuncias, y quizás también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a depurar responsabilidad penal contra las personas determinadas, o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Más bien, se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció... Esa pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal»³⁷².

Aunque como ya dijimos abordaremos la cuestión de «los derechos de las víctimas» en el siguiente apartado, en lo que ahora interesa hay que recordar que como ya hemos comentado en el apartado 2.1 del Capítulo II de este trabajo, precisamente en la vista oral varias víctimas declararon que lo que buscaban acudiendo a la vía penal era que se indagaran unos hechos delictivos nunca antes investigados penalmente en España, establecer las responsabilidades penales, y obte-

³⁷⁰ Como es sabido, la Declaración fue adoptada por la Resolución 217 (III) de 10 de diciembre de 1948.

³⁷¹ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 8.

³⁷² *Ibid.*, p. 9.

ner reparación³⁷³. Petición que así formulada es perfectamente acorde con el contenido que para el Derecho internacional de los derechos humanos presenta la obligación del Estado de investigar graves violaciones de los derechos humanos. De hecho, la general obligación de los Estados de investigar tiene como objetivos tanto revelar la verdad y las circunstancias en las que se cometieron los hechos, como identificar, procesar y sancionar en su caso a los responsables, así como reparar a las víctimas: todos ellos concurren en el derecho a la justicia, a la tutela judicial, a interponer un recurso efectivo; el rótulo varía en cada sistema, pero la idea fundamental es que el cauce natural para hacer realidad esta obligación/derechos no es otro que el de los órganos de justicia, como órganos del Estado que son.

Ciertamente, el TS en su sentencia habla «del derecho a saber» de las víctimas, pero no menciona que tanto mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, como tribunales internacionales de derechos humanos, han concluido que este «derecho a saber» está íntimamente vinculado con otros derechos, como el derecho de acceso a justicia y el derecho a un recurso efectivo. En este sentido, y como marco fundamental, conviene recordar el Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, aprobado por el GTDFI en 2010. En su Preámbulo se afirma que:

«[l]a existencia del derecho a la verdad en el derecho internacional está aceptada por la práctica de los Estados que incluye tanto la jurisprudencia como el establecimiento de diversos mecanismos que buscan la verdad (...). Esos mecanismos incluyen la instrucción de causas penales (...) la reconciliación entre el Estado y las víctimas de desapariciones forzadas no puede tener lugar sin el esclarecimiento de todos los casos individuales»³⁷⁴.

Aun más, el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas «se refiere al derecho a conocer los progresos y resultados de una investigación, la suerte y el paradero de las personas desaparecidas y las circunstancias de la desaparición, así como la identidad del autor o los autores de la desaparición»³⁷⁵; y por ello:

³⁷³ Cfr. *supra* nota 166.

³⁷⁴ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: «Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas», en *Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, p. 28 (disponible en http://www.ohchr.org/documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_sp.pdf).

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 30.

«[las] principales obligaciones del Estado en relación con el derecho a la verdad son, sobre todo, de procedimiento e incluyen: la obligación de investigar hasta que se esclarezca la suerte y el paradero de la persona; la obligación de comunicar los resultados de las investigaciones a las partes interesadas (...); la obligación de facilitar el pleno acceso a los archivos; y la obligación de proporcionar una protección plena a los testigos, los familiares, los jueces y otras personas que participen en cualquier investigación»³⁷⁶.

Y en este punto, conviene insistir en que:

«Las desapariciones forzadas son el prototipo de actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se prolonga durante todo el período de tiempo en que el delito no haya cesado, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o proporcione información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida»³⁷⁷.

De tal suerte que:

«Aun cuando varios aspectos de la violación puedan haberse completado antes de la entrada en vigor del instrumento nacional o internacional pertinente, si otras partes de la violación persisten, y mientras no se determine la suerte o el paradero de la víctima, deberá considerarse el caso y no deberá fragmentarse el acto. (...) Así pues, cuando la desaparición forzada se inició antes de la entrada en vigor de un instrumento o antes de que un Estado determinado aceptase la jurisdicción del órgano competente, el hecho de que la desaparición continúe tras la entrada en vigor o la aceptación de la jurisdicción atribuye a la institución la competencia y la jurisdicción para entender del caso de desaparición forzada en su conjunto y no sólo de los actos u omisiones imputables al Estado que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción»³⁷⁸.

Así, lo que afirma y destaca el GTDFI resulta, sin lugar a dudas, una aproximación muy diferente a la escogida por el TS. Y en este punto, es importante recordar que como ya dijimos al comienzo, y dejando al margen ahora algunas decisiones difíciles de comprender del propio Grupo³⁷⁹, el mismo tiene reconocidos varios casos de desaparición forzada de perso-

³⁷⁶ *Ibid.*, pp. 31-32.

³⁷⁷ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, «Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado», en *Compilación de Comentarios...*, doc. cit., pp. 25-26.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 26.

³⁷⁹ Véase Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2003/70, 21 de enero de 2003, párr. 247

nas que tuvieron lugar (comenzaron) en España a mediados de la década de 1940³⁸⁰.

Sentado lo anterior, demos un paso más en los argumentos esgrimidos por el TS. Respecto del «delito de detención ilegal sin dar razón del paradero» (a diferencia, como vimos, de la Fiscalía General del Estado³⁸¹, el TS evitará generalmente el concepto de «desaparición forzada de personas»), se afirma que el mismo no estaba vigente hasta el Código Penal de 1944³⁸². Al respecto, mencionar cabe que como ha puesto de relieve el GTDFI en un documento publicado en 2010 sobre las «Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas», la detención ilegal puede «formar parte de un tipo de desaparición forzada [pero que no es] suficiente para abarcar todos los elementos constitutivos de esa figura delictiva»³⁸³ conforme al Derecho internacional; resultando además que «la ausencia de una figura penal separada no exime a los Estados de investigar y castigar los actos de desaparición forzada»³⁸⁴. De hecho, para el GTDFI «toda desaparición forzada comienza por la privación de libertad de la víctima (...) [ya que] el delito en cuestión comienza con el arresto, detención o traslado contra su voluntad de la víctima, lo que significa que la desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal»³⁸⁵. Por esta razón, la desaparición forzada constituye desde luego algo más que una simple detención ilegal, y la aplicación por vía de la analogía interna —como sucedería en España— de la detención ilegal es «imperfecta» e insuficiente, pero al menos, permite o facilita su aplicación a los actos de desaparición forzada.

Sobre la «permanencia» del hecho, el TS afirma que «no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica», y añade que «[n]o es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió de-

³⁸⁰ Cfr. Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2003/70, 21 de enero de 2003, párrs. 246-247; Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2004/58, 21 de enero de 2004, párrs. 259-267; así como Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/4/41, 25 de enero de 2007, párr. 380; Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/13/31, 21 de diciembre de 2009, pp. 94, 97.

³⁸¹ Véase el apartado 2 del Capítulo III de este trabajo.

³⁸² Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, pp. 15-16.

³⁸³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: «Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas», Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010, p. 4

³⁸⁴ *Idem.*

³⁸⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: «Informe del Grupo de Trabajo...», *doc. cit.* p. 7.

tenido más allá del plazo de prescripción de 20 años»³⁸⁶. Además de lo que acabamos de recoger en cuanto al carácter continuado de la desaparición forzada, podemos aquí pasar del ámbito de las Naciones Unidas al sistema europeo de protección de derechos humanos. En lo que ahora nos ocupa, y aparte el contenido del artículo 5 del CEDH, como es sabido el TEDH ha venido estableciendo el derecho a la vida, artículo 2, junto con la prohibición de la tortura, artículo 3, como los pilares y valores básicos del CEDH³⁸⁷. Así, en cuanto al segundo, cabe recordar su clara jurisprudencia respecto a que cuando concurren varias circunstancias, como un estrecho e intenso grado de parentesco familiar, el haber presenciado la desaparición forzada, así como directamente haber intentado obtener información sobre la suerte del desaparecido, y singularmente la ausencia de reacción y/o respuesta, y la actitud consiguiente, de las autoridades estatales competentes ante tales demandas, una desaparición forzada supone también la violación del artículo 3 del CEDH³⁸⁸. En relación con el primero, el artículo 2 del CEDH, destaquemos que el TEDH, en la sentencia de la Gran Sala en el ya referido *caso Varnava y otros c. Turquía* concluyó que la ausencia de investigación debida en casos de desaparición forzada se considera una violación continuada, incluso cuando la muerte pudiera eventualmente presumirse. En concreto:

«The Court would emphasise that, as found in *Šilih v. Slovenia* concerning the procedural obligation under Article 2 to investigate unlawful or suspicious deaths, the procedural obligation under Article 2 arising from disappearances operates independently of the substantive obligation. It notes that the Inter-American Court, and to some extent the Human Rights Committee, apply the same approach to the procedural aspect of disappearances (...), examining allegations of denial of justice or judicial protection even where the disappearance occurred before recognition of its jurisdiction. (...) A disappearance is a distinct phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty

³⁸⁶ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 16.

³⁸⁷ Para una referencia cercana, con remisión siempre al ya célebre *McCann and Others v. the United Kingdom*, véase *Caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 147.

³⁸⁸ Véase, por ejemplo, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: *Kurt c. Turquía*, sentencia de 25 de mayo de 1998, en *Reports 1998-III*, párrs. 130-134; *Çakici c. Turquía*, sentencia de 8 de julio de 1999, n.º 23657/94, párrs. 88-99, en especial 98; *Orhan c. Turquía*, sentencia de 18 de junio de 2002, n.º 25656/94, en especial párr. 358; *İpek c. Turquía*, sentencia de 17 de febrero de 2004, n.º 25760/94, párrs. 178-183, en especial párrs. 181-183; *Osmanoğlu c. Turquía*, sentencia de 24 de enero de 2008, n.º 48804/99, en especial párrs. 96-97. En lo más reciente, *Janowiec and Others v. Russia, Applications nos. 55508/07 and 29520/09*, sentencia de 16 de abril de 2012, párrs. 150-167. Volveremos a este particular en el apartado 2 de este Capítulo.

and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred (...). This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an "instantaneous" act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation (...). This is so, even where death may, eventually, be presumed»³⁸⁹.

En consecuencia, la permanencia no es, como tajantemente afirma el TS, una «construcción» ilógica, sino que es algo consustancial a la propia naturaleza de la desaparición forzada, que puede venir seguida, las más de las veces, de una ejecución extrajudicial. El hecho de que la persona detenida y desaparecida hubiera muerto a continuación de forma violenta no afecta en absoluto a la consideración del hecho como desaparición forzada; son dos hechos, si se quiere, separados y distintos, pero cuya concurrencia no es excluyente.

De igual manera, frente a la interpretación del TS, la naturaleza continuada de las desapariciones forzadas no busca «sustraer el delito»³⁹⁰, sino todo lo contrario, y precisamente en línea con el objeto del proceso penal: que los responsables de tales actos comparezcan ante la justicia. Si el desaparecido no ha sido hallado (ni vivo ni muerto), ni nadie ha dado razón definitiva de su paradero, el hecho ilícito subsiste por mucho que se presuma su muerte. En el Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración del año 2000, el GTDFI recordaba claramente que:

«[e]l sentido y propósito general de este artículo es garantizar unas condiciones tales que los responsables de actos que constituyen desapariciones forzadas comparezcan ante la justicia, con una interpretación restrictiva de la prescripción (...). Su finalidad es impedir que los autores de actos criminales se aprovechen de la prescripción. Puede interpretarse en el sentido de limitar las ventajas de la prescripción para los autores de estos actos criminales»³⁹¹.

³⁸⁹ *Caso Varnava and others v. Turkey (GC), Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párrs. 147 y 148.

³⁹⁰ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 16.

³⁹¹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: «Comentario General sobre el artículo 17 de la Declaración», en *Compilación de Comentarios...*, *doc. cit.*, p. 8.

Aun más, en su informe de «mejores prácticas» de 2010 el GTDFI afirmaría que:

«[!]a indicación de que los casos de desaparición forzada no prescriben constituye una garantía contra la impunidad. Así debe establecerse siempre cuando el delito se comete en un contexto en el que constituye un crimen de lesa humanidad. En otros casos, si los Estados deciden establecer plazos de prescripción, debe disponerse claramente en la legislación nacional que esos plazos no empezarán a contar hasta que se esclarezca la suerte o el paradero de las víctimas»³⁹².

De forma que el GTDFI considera «mejores prácticas [las de los] Estados en los que las desapariciones forzadas no están sujetas a prescripción»³⁹³. Añadiendo que en el caso de aquellos Estados en cuyas legislaciones se establecen plazos de prescripción, supone la «mejor práctica [aquella] consistente en interpretar la prescripción a la luz del principio por el que la desaparición forzada constituye un delito permanente, lo que entraña que el plazo de prescripción sólo empieza a contar a partir del momento en que deja de cometerse el delito»³⁹⁴. Así ha quedado recogido en el artículo 8 de la ya referida Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, de la que España es Estado parte; y todo ello, sin perjuicio de que como reza su artículo 5: «[!]a práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable»; es decir, entre otras, su imprescriptibilidad.

Finalmente, analicemos la posición del TS sobre la aplicación de la Ley de Amnistía de 1977; pues ya desde el comienzo del Fundamento de Derecho Primero, el TS habla de «delitos amnistiados». Con todo, lo cierto es que al examinar la Ley de Amnistía, ya hemos visto que invocada con frecuencia por el resto de tribunales de justicia así como por el Ministerio Fiscal, el TS dedica apenas dos páginas a exponer sus razonamientos jurídicos; siendo el resto de su argumentación una serie de valoraciones de índole política. En lo fundamental, la posición del TS rechaza completamente que como defendió el Juez Garzón, cualquier ley de amnistía que busque eliminar un crimen contra la humanidad no podría ser aplicada; si bien, lo que parece apuntar es que

³⁹² CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: «Informe del Grupo de Trabajo...», *doc. cit.*, p. 16.

³⁹³ *Idem.*

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 17.

leyes como la Ley de Amnistía española probablemente sean en la actualidad (internacionalmente) ilícitas, pero no así en el momento en que esta Ley fue aprobada ni respecto a (algunos de) los hechos que pretendían amnistiarse.

De este modo, el TS partirá aquí de reconocer que «una ley de amnistía, que excluya la responsabilidad penal, puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho»³⁹⁵; pero para sostener tras ello que:

«[a]hora bien, las exigencias del principio de legalidad a los que nos venimos refiriendo, hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto [PIDCP] y el Convenio [CEDH] y así lo ha interpretado el Comité encargado de su vigilancia en sus decisiones (véanse, las resoluciones 275/1988 y 343, 344 y 345 de 1988 en las que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recuerda que el Pacto “no puede aplicarse retroactivamente”)»³⁹⁶.

Conviene analizar este párrafo por partes, comenzando por la mención que el TS hace de las decisiones Comité DH que, por lo demás, también se invocan en general en lo relativo a la interpretación del «principio de legalidad penal» que defiende el TS en toda su sentencia; fundiendo aparentemente este último principio con el de irretroactividad de los tratados internacionales, como si fuesen absolutamente intercambiables³⁹⁷.

³⁹⁵ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 18.

³⁹⁶ *Idem.*

³⁹⁷ En este orden de ideas, el TS también mantendrá afirmaciones como la siguiente: «...la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...) a partir de los años 90, ha interpretado el Pacto de San José de Costa Rica (...) en la forma sugerida en el auto respecto a la nulidad de las amnistías promulgadas que abarcan a delitos contra los derechos humanos, *aplicando retroactivamente* el Pacto a supuestos anteriores a la entrada en vigor para el Estado». *Vid.* Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 18; la cursiva es mía. Al margen de que probablemente se está refiriendo a la Corte, más que a la Comisión Interamericana, ésta es una consideración que también se encuentra en parte de la doctrina (así por ejemplo, GIL GIL, Alicia (2011): «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 2. Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, p. 322 y ss.; MALARINO, Ezequiel (2010): «Activismo judicial, punitivación y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal interna-*

Al respecto, apuntemos que hace pocas semanas la Corte Internacional de Justicia, en el *asunto de las cuestiones* relativas a la obligación de perseguir o extraditar³⁹⁸ podemos decir se ha autoformulado la cuestión general que aquí pudiera subyacer; esto es, en palabras de la profesora Oriheula Calatayud: «¿siempre que el tratado o alguna de sus disposiciones afecte a *hechos anteriores* a la entrada en vigor debemos considerar que se produce una aplicación retroactiva?»³⁹⁹. La respuesta a ofrecer no es otra, por escoger una formulación sencilla y tajante, que «a treaty can, of course, apply to pre-existing act, fact or situation which continues after entry into force»⁴⁰⁰; aunque hay que reconocer que la solución ofrecida por la Corte ha sido, a la par de breve por no decir escasa, y contraria a la opinión ni más ni menos que de los dos Estados parte en la controversia, ciertamente poco edificante a mi entender. De ahí las severas críticas de alguno de sus integrantes⁴⁰¹.

cional, vol. 1. Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, p. 26, nota 10; GIBSON, Russel T. (2007): «True Fiction: Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court's Battle with Ratione Temporis», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, núm. 29, 2007, pp. 153-166). Aunque en el apartado sobre el TEDH apuntaremos alguna cuestión sobre este particular, en mi opinión general, y máxime en los términos sin matiz alguno en los que se expresa el TS, lo que mantiene es, cuanto menos, muy discutible. Para el lector interesado en mi visión respecto al correcto sentido, contenido y consecuencias del principio de irretroactividad de los tratados internacionales: CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: «Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y competencia *ratione temporis*. Debates pasados, presentes y futuros en el sistema internacional de protección de los derechos humanos», de próxima publicación en un libro homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez. Desde una perspectiva más específica, y singularmente pedagógica, véase PAUWELYN, Joost (1995): «The Concept of a "Continuing Violation" of an International Obligation: Selected Problems», *British Yearbook of International Law*, vol. 66, n.º 1, pp. 415-450.

³⁹⁸ *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, sentencia de 20 de julio de 2012, párrs. 96-105, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>.

³⁹⁹ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza (2004): *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo. Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*. Dykinson, Madrid, p. 23.

⁴⁰⁰ AUST, Anthony (2007): *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, Nueva York, p. 176. La cursiva es mía.

⁴⁰¹ En palabras del Juez Cañado Trindade, la respuesta de la Corte Internacional, entre otras cosas: «It has done so despite the fact that the CAT Convention, unlike other treaties, does not provide for, nor contains, any temporal limitation or express indication on non-retroactivity. It did so by picking out one older decision (of 1989) of the U.N. Committee against Torture that suited its argument, and at the same time overlooking or not properly valuing more recent decisions of the Committee *a contrario sensu*, wherein the Committee overruled its previous decision relied upon by the Court in its reasoning.» Véase el voto particular del Juez Cañado Trindade, párrs. 158-168, la cita es del párr. 160.

No obstante, y al margen ahora de debates más generales, centrémonos en los argumentos expresamente invocados por el TS: en primer lugar, es muy significativo que el TS sólo mencione estas dos decisiones del Comité DH de 1988 (ambas en relación con Argentina y las leyes de amnistía de aquel país; y ambas resueltas en el 38.º Período de Sesiones del Comité de 1990). De hecho, las dos decisiones son absolutamente idénticas en lo que aquí interesa, de tal modo que a efectos expositivos pueden tratarse como si fuesen una sola. Aclarado esto, en realidad no es exacto que el TS sólo refiera a esta(s) decisión(es), porque varios párrafos después volverá al ámbito del Comité DH para señalar lo siguiente:

«... desde estos órganos vigilantes del cumplimiento del Pacto [el PI-CPD], se han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la ley de amnistía (Resolución 828 de 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa; observación General 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1992), o se ha recordado la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 94 período de sesiones, Observancia final n.º 5 sobre España)»⁴⁰².

No están todos los que son, y es evidente cierta confusión en la cita, pero lo más interesante es que para el TS los documentos que menciona se tratan de «recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento»⁴⁰³. No es sencillo comprender exactamente lo que el TS quiere identificar como «denuncias de incumplimiento», probablemente se refiera a decisiones respecto a comunicaciones individuales, pero lo fundamental es que el TS lo que parece decirnos es que en estos casos que ahora cita, lo afirmado por el Comité DH —esto es, lo contrario a lo que sostiene el TS— no tiene valor (¿jurídico?) alguno; siendo que sin embargo, la decisión del Comité DH de 1988 respecto a Argentina, la única que cita al respecto y a la que el TS sí parece «someterse», es absolutamente clave y determinante. Razones jurídicas que permitan fundamentar tal cosa, brillan totalmente por su ausencia.

Destacado ello, volvamos a la decisión del Comité DH de 1988, tal y como la hemos agrupado. Por motivos de espacio dejaremos al margen referencias a las muy numerosas decisiones del Comité DH respecto a las amnistías en general; subrayando ahora que la tesis esencial que viene a hacer suya el TS parece ser que, tal y como se discutió en aque-

⁴⁰² Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 19.

⁴⁰³ *Idem.*

lla decisión del Comité, no existe violación, no hay incompatibilidad alguna, entre la aprobación de las leyes de «obediencia debida» y «punto final» argentinas y el artículo 2.3 del PIDCP, en tanto que «el Pacto no puede aplicarse retroactivamente». Máxima que ahora, así formulada y sin más, se trae al caso de nuestra Ley de Amnistía, para concluir que tampoco hay problema alguno entre la ley española y el artículo 2.3 del PIDCP.

Ahora bien, el TS con seguridad conoce que el Comité DH nos ha compartido más cosas respecto a aquellas leyes de amnistía argentinas. Por poner un ejemplo sencillo, valga mencionar las Observaciones finales del Comité en relación con Argentina de 1995:

«El Comité reitera su preocupación sobre la Ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) y la Ley 23.492 (Ley de Punto Final) pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el periodo del gobierno autoritario de un recurso efectivo, *en violación* de los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto.»⁴⁰⁴

El Comité DH pues, no sólo ha afirmado lo que el TS presenta como prueba irrefutable de lo que quiere afirmar; de hecho, lo que ha señalado con claridad el Comité DH actuando en el ámbito de otra de sus competencias —la revisión de informes periódicos de los Estados partes—, es precisamente que esas leyes de amnistía *violaban, incumplían*, el artículo 2.3 del PIDCP.

Llegados a este punto, caben pues dos posibilidades, necesariamente convergentes, para que lo que sostiene el TS, pero sobre todo tal y como lo hace, sea tan evidente como pretende: 1) que el Comité DH hubiera decidido vulnerar todos los principios que había defendido tajantemente en la decisión de 1988; y 2) que entonces lo que afirmó en 1995, y repitió en relación con Argentina varias veces después, así como en relación con otros muchos países⁴⁰⁵, no tendría valor alguno,

⁴⁰⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina», Documento de las Naciones Unidas: CCPR/C/79/Add.46, 5 de abril de 1995, párr. 10. La cursiva es mía.

⁴⁰⁵ Véanse, a modo de ejemplo, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Senegal», CCPR/C/79/Add.10, 28 de diciembre de 1992, párr. 5; «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Níger», CCPR/C/79/Add.17, 29 de abril de 1993, párr. 7; «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Francia», CCPR/C/79/Add.80, mayo de 1997, párr. 12; «Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Congo», CCPR/C/79/Add.118, 27 de marzo de 2000, párr. 12; «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República de Croacia», CCPR/CO/71/HRV, 4 de abril de 2001, párr. 11. En el ámbito iberoamericano, además del documento citado *supra*, COMITÉ DE DERECHOS HU-

por lo anterior o porque «se trata de recomendaciones y observaciones»; aunque los términos sean, repetimos, que aquellas leyes *violaban* el PIDCP.

La cuestión es que una cosa es el modo en que el Comité DH interpretó su competencia temporal, de conformidad con el Protocolo Adicional Primero al PIDCP (es decir, para la resolución de comunicaciones individuales), y otra muy diferente la regla que ha de regir la interpretación y aplicación en el tiempo de un tratado internacional; máxime ante violaciones continuadas o permanentes del mismo. Esta distinción es la que explica que en un caso el Comité DH se declarase incompetente (en las decisiones de 1988), sin que ello obste para que, en el ejercicio de otra de sus competencias, afirme que esas leyes de amnistía violan el art. 2.3 del PIDCP, como por ejemplo hizo en el documento referido de 1995. De hecho, y por no volver ahora a todo lo que ya expusimos anteriormente respecto a la desaparición forzada de personas, la clave de aquella decisión del Comité se encuentra en lo siguiente:

«El Comité considera necesario recordar al Estado parte que, con respecto a las violaciones ocurridas o que continuaron después de la entrada en vigor del Pacto, tiene la obligación de investigar a fondo las presuntas violaciones y de proporcionar los recursos correspondientes a las víctimas o a sus familiares»⁴⁰⁶.

Y aquí ya no es necesario insistir en que, desde el sistema universal de protección de los derechos humanos, pasando por todos y cada uno de los sistemas regionales, ya nadie duda que las desapariciones forzadas de personas son el arquetipo de los hechos o violaciones que «continúan después» de su inicial comisión.

Si pasamos ahora al ámbito del TEDH, ciertamente su jurisprudencia respecto a las leyes de amnistías es más limitada, por diversos motivos, que la del Comité DH o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

MANOS: «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina», CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párr 9; «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú», CCPR/C/79/Add.67, 8 de noviembre de 1996, párr. 9; «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uruguay», CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párr. 1 —véase igualmente, la anterior decisión en el *Caso Hugo Rodríguez*, (Uruguay), Comunicación No. 322/1988, CCPR/C/51/D/322/1988, 9 de agosto de 1994—; «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile», CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párr. 7; «Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador», CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 6.

⁴⁰⁶ Cito el párrafo 5.4 de la decisión 275/1988; idéntico es el literal del párrafo 5.4 de la decisión 343, 344 y 345/1988.

En el seno del TEDH, una de las primeras posiciones expresadas sobre las amnistías suele situarse en el caso *Abdülsamet Yaman c. Turquía*; donde se afirmó lo que sigue:

«The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an “effective remedy” that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible. The Court also underlines the importance of the suspension from duty of the agent under investigation or on trial as well as his dismissal if he is convicted»⁴⁰⁷.

En la misma línea, en *Yeter c. Turquía* podía leerse:

«... the Court observes that although the accused police officers were suspended from duty, the disciplinary proceedings against them were terminated as they benefited from Amnesty Law no. 4455. As a result, no disciplinary sanction was imposed on them. In this connection, the Court reaffirms that when an agent of the State is accused of crimes that violate Article 3, the criminal proceedings and sentencing must not be time-barred and the granting of an amnesty or pardon should not be permissible»⁴⁰⁸.

De aquel mismo 2009, podría referirse también el caso *Ould Dah c. Francia*; en el que el TEDH señaló:

«... a l’instar du Comité des droits de l’homme des Nations Unies et du TPIY, elle considère que l’amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu’ont les États d’enquêter sur de tels actes. Force est de constater qu’en l’espèce la loi d’amnistie mauritanienne est intervenue non pas après jugement et condamnation du requérant, mais précisément en vue d’empêcher toute poursuite pénale à l’encontre de celui-ci. Certes, d’une manière générale, on ne saurait exclure la possibilité d’un conflit entre, d’une part, la nécessité de poursuivre les crimes commis et, d’autre part, la volonté de réconciliation du corps social d’un pays. En tout état de cause, aucun processus de réconciliation de ce type n’a été mis en place en Mauritanie. Cependant, comme la Cour l’a déjà relevé, l’interdiction de la torture occupe une

⁴⁰⁷ *Caso Abdülsamet Yaman v. Turkey, Application No. 32446/96*, sentencia de 2 de noviembre de 2004, párr. 47.

⁴⁰⁸ *Caso Yeter v. Turkey, Application No. 33750/03*, sentencia de 13 de enero de 2009, párr. 70.

place primordiale dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme et consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. On ne saurait dès lors remettre en cause l'obligation de poursuivre de tels faits en accordant l'impunité à son auteur par l'adoption d'une loi d'amnistie susceptible d'être qualifiée d'abusive au regard du droit international»⁴⁰⁹.

Lo referido colocaría, si se quiere, el debate en sus justos términos; si bien, la posición del TS no se refiere, tampoco, a la posición del TEDH respecto a las leyes de amnistía. En realidad, nos da a entender en cierto modo que este tipo de leyes podrían ser contrarias al CEDH, pero lo que afirma es que el CEDH no es (tampoco) aplicable «retroactivamente» a los hechos denunciados. Al respecto, no es necesario insistir en la posición del TEDH con relación a las desapariciones forzadas de personas, que ya comentamos *supra*. Añadamos solamente entonces que, aunque volveremos a ello en el último apartado de este Capítulo, por acudir a la hasta ahora única decisión del TEDH en relación con lo que aquí estamos analizando⁴¹⁰, en el caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz contra España* el TEDH de ningún modo ha mantenido que sea posible hablar de «aplicación retroactiva» alguna del CEDH en casos de desaparición forzada de persona, ni ha indicado nada que permita interpretar que la prescripción o la Ley de Amnistía suponen el fin de la obligación estatal de investigar hechos de esa naturaleza⁴¹¹.

Ahora bien, tras descartar la posibilidad de aplicación del derecho convencional, el TS da el paso a otras formas de creación de obligaciones internacionales. Su argumentación en este punto aparece concentrada en un solo párrafo; que no puede más que reproducirse:

«Algún sector de la doctrina internacionalista mantiene que la prohibición de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos era costumbre internacional, de ius cogens, y, por lo tanto, vinculante para España a raíz de la ratificación del Pacto que así lo establece. Sin embargo, incluso si ello fuera así, esa costumbre incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966, ratificado por España en 1.977, regiría a partir de una fecha muy posterior a los hechos objeto de la instrucción judicial. Aún en este supuesto, que entendemos no concurre, la

⁴⁰⁹ *Caso Ould Dah c. la France, Application No. 13113/03*, decisión sobre admisibilidad de 17 de mayo de 2009, p. 17.

⁴¹⁰ Recuérdese lo señalado en las notas 106 y 233.

⁴¹¹ *Caso Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz v. Spain, Application No. 301410/09*, decisión sobre admisibilidad de 27 de marzo de 2012, párrs. 31 y ss., en especial párr. 39.

prohibición de una amnistía dispuesta por una costumbre, posteriormente introducida a un Convenio Internacional, plantearía un nuevo problema, el de la posibilidad de que un tribunal español pudiera declarar nula, por contraria a derecho, la ley de amnistía. Ello no está previsto en los Pactos que se consideran de aplicación a los hechos, ni lo consideramos procedente, pues el incumplimiento del Tratado da lugar a su denuncia por parte de los órganos vigilantes del Pacto. Los jueces, sujetos al principio de legalidad no pueden, en ningún caso, derogar leyes cuya abrogación es exclusiva competencia del poder legislativo»⁴¹².

Imposible detenernos en todo lo que cabría decir aquí, aunque hay que subrayar que esta exposición es singularmente confusa. De hecho, el TS parece afirmar que si existiera esa «costumbre internacional de *ius cogens*», la misma sería sólo vinculante para España tras ratificar el PIDP. Sin embargo, si partimos sólo de la naturaleza consuetudinaria de la norma, como señala el TS, ello supondría que hasta que España *ratificó* el Pacto habría sido: ¿lo que se conoce técnicamente como un «objeto persistente» en cuanto a la «prohibición de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos»? En tal caso, ¿por qué?, ¿sobre qué datos se sostendría entonces la oposición uniforme y constante de España a tal norma consuetudinaria desde su formación? Nada nos dice el TS al respecto. Pero es que, además, si el propio TS caracteriza esa «costumbre internacional» como de «*ius cogens*», ¿cómo es sencillamente posible que España no estuviera vinculada por ella, por una norma nada menos que de *ius cogens*, hasta que ratificó el Pacto? Sostener tal cosa requeriría, en fin, de una explicación jurídica descomunal, por no decir otra cosa.

Con lo apuntado dejemos este particular, porque en realidad el TS lo que finalmente parece concluir es que, sea como fuere, a su juicio, no hay costumbre internacional, de *ius cogens*, alguna. Tampoco nos aclara sus razones en este punto, pero la clave es que a continuación añade que en cualquiera de los casos, los tribunales de justicia nada podrían hacer respecto a la Ley de Amnistía; pues es una cuestión que afecta en exclusiva al legislador. Los motivos en este punto vuelven a ser confusos, porque si el TS está manejando como hipótesis la existencia de una costumbre internacional, es difícil comprender en base a qué sostiene que no aplicar plenamente una ley contraria a ella «no está previsto en los Pactos que se consideran de aplicación a los hechos, ni lo consideramos procedente, pues el incumplimiento del Tratado da lu-

⁴¹² Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 19.

gar a su denuncia por parte de los órganos vigilantes del Pacto». ¿Estamos hablando entonces de la aplicación de una costumbre internacional por parte de los tribunales españoles, o de un tratado internacional, o de las dos cosas, o de ninguna? Es complicado saberlo exactamente. Aunque la referencia final parece tender a mantener que aun en el supuesto de que la ley española fuera contraria a las obligaciones, convencionales o consuetudinarias, de España, los jueces deberían aplicar en todo caso esa ley (interna). Tentación sentimos de recordar la posición que el Derecho internacional tiene en relación con el Derecho interno, en general o en lo concreto según la interpretación unánime de los artículos 1.1, 9, 95 o 96 de la Constitución española; pero entendemos que no es preciso hacerlo⁴¹³. Lo único que señalaremos entonces es que el TS parece indicarnos en este punto, y en su caso, que el Estado español no tendría otra alternativa que a través de sus órganos de justicia, aplicar una disposición de Derecho interno contraria a los compromisos internacionales que le vinculan, hasta que fuese «denunciado» ante «los órganos vigilantes» correspondientes; eso o que el legislador derogue la ley en cuestión. Renunciando, en fin, a toda posibilidad de que, por ofrecer una simple alternativa, los jueces interpreten la Ley de Amnistía de tal modo que de su ámbito de aplicación quedasen fuera las graves violaciones a los derechos humanos/crímenes de derecho internacional.

Con todo, la cuestión de fondo que parece subyacer en esta tan condensada como difícil de seguir argumentación del TS es la valoración política que hace de la Ley de Amnistía. Así, apela a su sentido de reconciliación, diciendo que «en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes»⁴¹⁴; sostiene que «la citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha»⁴¹⁵; y añade que habría constituido junto con la Constitución «un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régi-

⁴¹³ De entre la inmensidad de trabajo al respecto, en este punto son de especial interés las reflexiones recientes de FERNÁNDEZ DE CASAEVANTE ROMANÍ, Carlos (2010): «La práctica española relativa a los órganos internacionales de control de los derechos humanos: Un estudio introductorio», en FERNÁNDEZ DE CASAEVANTE ROMANÍ, Carlos (dir.): *España y los órganos internacionales de control en materia de Derechos Humanos*. Dilex, Madrid.

⁴¹⁴ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 20.

⁴¹⁵ *Idem*.

men de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento»⁴¹⁶.

Varios comentarios podrían hacerse en este punto, pero nos limitaremos a uno y de orden jurídico-internacional. Sea como fuere, todo lo anterior resulta, en esencia, irrelevante para examinar la adecuación de una medida legislativa con las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado. Aceptar el planteamiento de fondo del TS, de hecho, supondría negar la misma existencia del Derecho internacional, pues equivaldría a sostener que toda medida legislativa aprobada con un apoyo más o menos amplio, por unos motivos u otros, y por un Parlamento democrático, siempre y automáticamente sería internacionalmente «lícita», aunque su contenido incurriera en contradicción flagrante con las obligaciones internacionales del Estado.

A este respecto, baste recordar entre otros muchos ejemplos, el de la ya referida ley de amnistía uruguaya, no sólo aprobada por el legislador ya en la *democracia*, sino incluso por referendo popular; lo que como es lógico no obstó para que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴¹⁷, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹⁸,

⁴¹⁶ *Ibid.* p. 21.

⁴¹⁷ «La cuestión en estos casos no es la de la legitimidad interna de la legislación y otras medidas adoptadas por el Gobierno para lograr los efectos que aquí se denuncian. La Comisión está obligada por inveterados principios de derecho internacional y, en particular, por disposiciones de la Convención, a llegar a una determinación acerca de si ciertos efectos constituyen una violación de las obligaciones contraídas por el Gobierno bajo la Convención (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). 31. Con respecto a la legitimidad interna y la «aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referéndum popular», cabe observarse que a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la Convención o la Declaración Americana». COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «Informe N.º 29/92, Uruguay, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375», 2 de octubre de 1992, párrs. 30-31.

⁴¹⁸ «la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos (...) el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay». CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, sentencia de 24 de febrero de 2011, *Serie C No. 221*, párr. 253.

la misma Suprema Corte de Justicia de Uruguay al declararla inconstitucional⁴¹⁹, pero también el Comité de DH destacase:

«...la obligación que tienen los Estados partes en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter. El Comité observa con honda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que la Ley de Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas»⁴²⁰.

Y en igual sentido, acabemos trayendo a colación también el Comentario General del GTDFI relativo al contenido del artículo 18 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapa-

⁴¹⁹ «Analizada la cuestión en su contexto, no puede invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. (...) [E]n la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (...). En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...) A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley N.º 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo». SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY: *Caso de Nibia Balsagaray Curutchet*, Sentencia No. 365/09, de 19 de octubre de 2009, pp. 49-50 y 53.

⁴²⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: «Observaciones finales del Comité de derechos Humanos: Uruguay», CCPR/C/79/Add.90, 8 de abril de 1998, C. Principales temas de preocupación y recomendaciones, párr. 1.

riciones Forzadas, en la que se concluye —con rotundidad y sin margen para la duda— que:

«Se considerará que una ley de amnistía es contraria a las disposiciones de la Declaración aunque haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar, si a consecuencia de su aplicación o implementación se produce directa o indirectamente, alguno o todos estos supuestos: a) Cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones; (...) b) Sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes...»⁴²¹.

1.2. Examen del Auto de 28 de marzo: los derechos de las víctimas

Como ya dijimos, el 3 de abril se hizo público el Auto del TS de 28 de marzo resolviendo la cuestión de competencia planteada por los Juzgados de Instrucción N.º 3 de Granada y N.º 2 de San Lorenzo del Escorial. Desde el inicio de sus, en sentido estricto, Razonamientos Jurídicos, ya avanzamos que este Auto se atenderá, punto por punto, a lo «razonado» y «afirmado» en la sentencia que acabamos de analizar⁴²². En consecuencia, comencemos por traer aquí lo que igual cabría concluir de lo anterior, pues, en fin, es idénticamente aplicable a lo sostenido en este Auto.

Así pues y hasta aquí, los argumentos del TS respecto a la figura de los crímenes contra la humanidad, la desaparición forzada de personas y la aplicación de la Ley de Amnistía, en mi opinión merecen la valoración siguiente: no sólo en las soluciones adoptadas, sino muy especialmente en los razonamientos utilizados, el TS se ha mostrado totalmente renuente y refractario a cualquier consideración fundada, a cualquier aplicación y en suma a toda interpretación normativa acorde con el Derecho internacional, en general, y el Derecho internacional de los derechos humanos/Derecho internacional penal, en particular. De este modo, y aunque en su sentencia afirma que «la normativa internacional de protección de los derechos humanos, en permanente discusión, está propiciando importantes debates jurídicos que impiden hoy un pronunciamiento categórico sobre su extensión»⁴²³, lo cierto es que

⁴²¹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: «Comentario General sobre el artículo 18 de la Declaración», en *Compilación de Comentarios...*, doc. cit., pp. 11-12

⁴²² Auto del TS de 28 de marzo de 2012, doc. cit., Razonamiento Jurídico Segundo.

⁴²³ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, doc. cit., p. 34.

el TS sí se ha manifestado categóricamente: según su concepción del Derecho aplicable, ninguna «normativa internacional de protección de los derechos humanos», ninguna de las interpretaciones que ésta permite, es jurídicamente pertinente en cuanto a la investigación judicial de los crímenes del pasado en España.

Ahora bien, el Razonamiento Jurídico Tercero del Auto de 28 de marzo va a incluir alguna novedad, al menos en apariencia, que en cierto modo recuerda a lo que como ya destacamos, sostuviera el Juez Garzón en su Auto de 16 de octubre de 2008 bajo el rótulo de «la protección de las víctimas de estos hechos»⁴²⁴. Por su relevancia, merece una cita completa:

«Los derechos de las víctimas de violaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario gozan hoy de un amplio reconocimiento y de práctico universal consenso, del que son expresión algunos textos producidos en el ámbito de las Naciones Unidas, que a continuación se citan, y que tienen particular relieve en cuanto exponentes del momento del Derecho Internacional en la materia.

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU propugna el establecimiento y reforzamiento, cuando fuera necesario, de “mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles”.

En el mismo sentido, con mayor precisión y detalle, la Resolución de 2000, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Y, sobre todo, la Resolución de 2006, aprobada por la Asamblea General de la ONU, relativa a Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. En esta se proclama, como derecho de los afectados por tal clase de acciones criminales, entre otros, el de acceso a una reparación adecuada, que comprenda “la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad”, así como “la búsqueda de [...] los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos, si fuera necesario, y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad”. También el poder contar con “una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la digni-

⁴²⁴ Véase apartado 2.1 del Capítulo II de este trabajo.

dad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella”.

Huelga decir que esos derechos, según los mismos textos, tienen como contrapartida, el deber de los estados de procurar de manera efectiva su satisfacción»⁴²⁵.

Aun más, como reproducimos en el apartado 2 del Capítulo I, en este Auto también se afirma que:

«... si hay algo inobjetable desde cualquier punto de vista —por imperativo del respeto debido a la dignidad de todas las personas (art. 10, 1.º CE), y hasta por razones de policía sanitaria mortuoria (D. 2263/1974, de 20 de julio)— es que los restos de quienes hubieran sufrido muertes violentas no pueden permanecer en el anonimato ni fuera de los lugares propios de enterramiento. Y tampoco cabe imponer a sus familiares el gravamen representado por tal clase de situaciones, moral y jurídicamente insostenibles»⁴²⁶.

A la vista de todo lo anterior, cabría pensar entonces que cuando se localizasen restos de una persona desaparecida, los tribunales de justicia habrían de llevar a cabo las diligencias mínimas para, al menos, «recuperarlos, identificarlos, si fuera necesario, y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad». En otras palabras, justamente lo que como ya hemos visto, era una excepción a la regla general: archivar de plano.

Sin embargo, aunque con menor énfasis que en la sentencia de 27 de febrero, en este Auto se adopta igualmente algo que ya se afirmó entonces y que hemos reservado hasta ahora. Valorando el proceso ya analizado ante la AN, se sostendría que:

«... desde las denuncias, y quizás también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a depurar responsabilidad penal contra las personas determinadas, o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Más bien, se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció, en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios de la verdad en otras latitudes. Esa pretensión de las víctimas, aun-

⁴²⁵ Auto del TS de 28 de marzo de 2012, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Tercero.

⁴²⁶ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Cuarto.

que razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal, pues no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones. (...) el proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho»⁴²⁷.

De este modo, que en el Auto de 28 de marzo se diga: «[e]xcluida ya, en general, la posibilidad del enjuiciamiento penal de los autores de los actos de que se trata, es claro que esa clase de legítimas pretensiones no podrá canalizarse hacia el proceso penal...»⁴²⁸; para llegar a la verdadera clave de este Auto:

«No obstante, esto no deberá ser obstáculo para que, en presencia de indicios objetivables de la existencia de restos de posibles víctimas de delitos susceptibles de localización —*salvo cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querrela se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible*— pueda instarse del Juez de Instrucción competente según el art. 14,2 Lecrim, la práctica de las diligencias dirigidas a datar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente, en derecho»⁴²⁹.

Lo destacado es lo capital de todo el discurso, por lo demás muy edificante, que hemos reproducido del Auto. Pues como muy bien se preguntaba *Rights International Spain*: «¿Apunta entonces el TS a descartar toda actuación judicial en aquellos casos en que conste expresamente (por la propia denuncia) que el desaparecido/muerto lo fuese durante la Guerra Civil y el posterior régimen franquista (sobre los cuales el propio TS ha declarado que no existe posibilidad de establecer responsabilidad penal)?»⁴³⁰. La respuesta, como bien demuestra la práctica inmediata, es afirmativa; y de hecho en este mismo Auto, tras todo lo anterior se sostiene también, ya vimos, que:

«... el ordenamiento vigente arbitra recursos legales a través de los que —por más que su suficiencia se discuta— pueden canalizarse las acciones dirigidas a la satisfacción de los derechos de que se trata. Así (...) la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, establece debe-

⁴²⁷ Sentencia del TS de 27 de febrero de 2012, *doc. cit.*, p. 9.

⁴²⁸ Auto del TS de 28 de marzo de 2012, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Cuarto.

⁴²⁹ *Idem*. La cursiva es mía.

⁴³⁰ RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: «Posición del Tribunal...», *op. cit.*, p. 3.

res para las administraciones, sin excluir, como no podría ser de otro modo, el acceso a la jurisdicción penal cuando procediere, a tenor de lo dicho»⁴³¹.

En suma, con este Auto el TS parece volver a remitir a las víctimas a la «Ley de Memoria Histórica»; esto es, la medida que como ya explicamos, terminó de convencer a un gran número de ellas de que más allá de lo que el ejecutivo o el legislativo tuvieran a bien querer conceder, la única vía que les quedaba para reclamar plenamente sus derechos eran los tribunales de justicia. Ello así, también, porque como igualmente sabe el TS, pese a esa Ley y otras medidas «los restos de quienes hubieran sufrido muertes violentas» seguían «en el anonimato [y] fuera de los lugares propios de enterramiento»; y se seguía «impon[iendo] a sus familiares el gravamen representado por tal clase de situaciones, moral y jurídicamente insostenibles». En este sentido pues, los «derechos de las víctimas», la «reparación debida» en los términos en que se mencionan en este Auto, volverían a quedar postergados, por decir lo menos.

En otra oportunidad ya he desarrollado mi opinión general sobre este último particular, esto es, por usar los aparentes términos del debate que presenta el TS, respecto a la «imposibilidad de castigar *versus* la obligación de investigar»⁴³². Así, y aun siendo consciente de la extendida convicción entre los colegas procesalistas de que «ante la imposibilidad de castigar se impon[e], necesariamente, la inoperancia de

⁴³¹ Auto del TS de 28 de marzo de 2012, *doc. cit.*, Razonamiento Jurídico Cuarto. De otro lado, en este punto también se señalan otros «recursos legales» como: «la disciplina legal de la jurisdicción civil incluye disposiciones a las que los familiares de las víctimas podrían acogerse, con objeto de obtener la identificación de estas, regularizar su situación, y para darles digna sepultura. En efecto, pues —a título meramente indicativo, dado el carácter y el fin de esta resolución— lo cierto es que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 contiene previsiones sobre expedientes de jurisdicción voluntaria (en vigor, en virtud de la Disposición derogatoria única, 1.1.ª de la Ley 1/2000, hasta tanto sean sustituidas por la ley reguladora de la materia). Así, las de los arts. 1811 ss.; las reguladoras de las informaciones para perpetua memoria (arts. 2002 ss.), practicables por el Juez de Primera Instancia con intervención del Fiscal, cuando se refieran «a hechos de reconocida importancia», para procurar su protocolización y registro (art. 2007); y las relativas a las declaraciones de ausencia y fallecimiento. Asimismo, en fin, la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil incluye una disposición adicional octava, ya en vigor, sobre inscripción de defunción de desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura, cuando de las pruebas aportadas pueda inferirse razonablemente su fallecimiento; precepto que abre también un cauce a la actuación judicial.». *Vid., idem.*

⁴³² CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2012): «Proceso penal y Derecho internacional. Imposibilidad de castigar vs. Obligación de investigar: Algunas reflexiones y propuestas», *Diario La Ley*, año XXXIII, núm. 7845, 2012, pp. 1-10.

investigar»⁴³³, en la línea de lo expuesto en el apartado anterior, de las disposiciones pertinentes respecto a la desaparición forzada como hecho internacionalmente ilícito continuado, (me) preguntaba: «cuando un órgano de la jurisdicción penal recibe noticia de un hecho de esta naturaleza (...) y en relación al deber de investigación se le invoca, (...) las disposiciones [internacionales recogidas]; cuando se le solicita que las aplique (...) procediendo pues a llevar adelante una *investigación* en cualquier caso; cuando, en definitiva, se solicita así que (...) se ponga fin al hecho internacionalmente ilícito [continuado]: ¿se le está pidiendo más de lo que debe o puede hacer?»⁴³⁴. La respuesta, tras todo lo visto pero sobre todo después de lo que vendría, es que en el caso de los tribunales de justicia en España, (casi unánimemente) sí.

Lo resumido son pues los términos generales en que el TS acordaría decidir la cuestión de competencia en favor del Juzgado de Instrucción N.º 3 de Granada y N.º 2 de San Lorenzo de El Escorial, para que ambos Juzgados «continua[sen] la tramitación en el marco de lo acordado en este auto y en la sentencia 101/2012, de 27 de febrero, de esta Sala, como entiendan que procede en derecho»⁴³⁵. El 8 de mayo de 2012 el Juzgado de El Escorial, *entendió en derecho* lo siguiente:

«En el presente caso procede decretar el sobreseimiento libre de las presentes actuaciones al considerar que los hechos denunciados no son constitutivos de delito, sobre la base de las argumentaciones realizadas por el Tribunal Supremo en el auto de 28 de marzo de 2012 y en la sentencia 101/2012, que hacemos nuestras...»⁴³⁶.

Esta solución, así como la reproducción íntegra del resumen que ya citamos que recogía el Auto de 28 de marzo, fue en lo que ahora interesa idéntica a la adoptaba por el Juzgado N.º 13 de Málaga⁴³⁷. De otro lado, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, frente a una apelación en la que se alegaba: «la aplicabilidad de la normativa internacio-

⁴³³ PASTOR, Daniel (2008): «¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina», en EIROA, Pablo D. y OTERO, Juan M. (compiladores): *Memoria y Derecho Penal*. Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, apartado 1.D) Tiempo de conocer para saber e informar.

⁴³⁴ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2012): «Proceso penal y...», *op. cit.*, p. 6.

⁴³⁵ Auto del TS de 28 de marzo de 2012, *doc. cit.*,

⁴³⁶ JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.º 2 DE SAN LORENZO DE EL ESCORIAL: Auto de 8 de mayo de 2012, Diligencias Previas 427/2009, Fundamento de Derecho Único.

⁴³⁷ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 13 DE MÁLAGA: Auto de 6 de junio de 2012, Diligencias Previas 4288/09.

nal sobre crímenes de lesa humanidad; la no existencia de prescripción; no hallarnos ante delitos comunes; la ley de amnistía no cubre los delitos de desaparición forzada; el procedimiento penal es adecuado para los fines perseguidos»⁴³⁸, resolvería desestimando todo lo anterior señalando:

«Por lo que respecta a las cuestiones planteadas, la Sala, necesariamente, ha de reproducir⁴³⁹ parte de la STS de 27 de febrero de 2012 (n.º 101/2012), donde el Tribunal Supremo da cumplida respuesta a todas ellas»⁴⁴⁰.

Por su parte, en el caso del Juzgado N.º 2 de Arenas de San Pedro también sería referido ampliamente el ya comentado Auto del Magistrado-Instructor Varela de 3 de febrero 2010; pero en cualquier caso frente a las demanda de las legalizaciones oportunas para la exhumación y entierro de los familiares cuyo presunto paradero se hallaría en una fosa identificada, la respuesta sería, en fin, el sobreseimiento libre y archivo de las diligencias, sin más⁴⁴¹.

Al momento de redacción de este trabajo no se conoce aún la decisión sobre los otros procesos que quedaron, como ya vimos en el Capítulo anterior, *en suspenso*; aunque tras todo lo expuesto, bien puede preverse cuál será su final resolución.

2. Apunte de cierre: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Después de todo lo que hemos examinado, la respuesta al interrogante que da título a este Capítulo parece sencilla de responder. Si nos referimos a la investigación judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo, incluso si sólo se tratase de realizar las meras diligencias para, ya la exhumación, ya la identificación de la persona desaparecida, ya la restitución de sus restos a sus seres queridos, la respuesta es que todo ello es inviable por jurídicamente imposible en este país. De hecho, tras la posición final del TS, las pocas excepciones que hemos destacado a esta regla es de temer que tocarán a su fin. En definitiva, no

⁴³⁸ AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE PALMA DE MALLORCA: Auto de 18 de junio de 2012, Diligencias Previa 705/09, Razonamiento Jurídico Primero.

⁴³⁹ De hecho, las restantes páginas del Auto se limitan a ello.

⁴⁴⁰ AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN PRIMERA, DE PALMA DE MALLORCA: Auto de 18 de junio de 2012, Diligencias Previa 705/09, Razonamiento Jurídico Tercero.

⁴⁴¹ JUZGADO DE PRIMERA INSTACIÓN E INSTRUCCIÓN N.º 2 DE ARENAS DE SAN PEDRO: Auto de 16 de abril de 2012, Diligencias Previas Proc. Abreviado 343/2012.

es exagerado concluir que ciertamente se ha llegado al final del camino en España.

Ahora bien, aunque vayamos un paso más allá del ámbito propio de este trabajo, conviene realizar algún apunte final en relación con el TEDH. Ello así porque como ya señalamos, en varios casos ya se han presentado demandas ante este tribunal⁴⁴², y todo parece indicar que en el futuro esta tendencia se generalizará.

Al respecto, valga adelantar que lo cierto es que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial en España, en el TEDH pudiéramos decir que vivimos un momento, en parte confuso y decepcionante, pero de notable expectación.

En este punto, sumariamente valga recordar que las primeras aproximaciones conceptuales a la figura de «hecho continuado/violación continuada» de la Comisión Europea de Derechos Humanos fueron poco clarificadoras⁴⁴³, aunque sí explicitó la idea fundamental: que el hecho prohibido en sí mismo, y no sólo sus efectos o consecuencias, es el que debe continuar existiendo⁴⁴⁴. Principio que podemos condensar en aquella expresión que ha hecho fortuna, la del ya célebre caso *De Becker*: «it is exactly as though the alleged violation was being repeated daily»⁴⁴⁵.

Desde aquellas primeras decisiones de la Comisión Europea en adelante tampoco es sencillo identificar unos criterios específicos y realmente delimitables, sino más bien lo contrario, lo que llevó a varias decisiones contradictorias⁴⁴⁶. De este modo, pese a las pautas generales

⁴⁴² Cfr., notas 233 y 278; recuérdese también lo señalado en la nota 106.

⁴⁴³ La definición generalmente ofrecida por la Comisión fue: «a state of affairs which operates by continuous activities by or on the part of the State to render the applicants victims». La referencia es de *Kevin McDaid and Others v. United Kingdom, Application no. 59532/00*, decisión sobre admisibilidad de 9 de abril de 1996. Esta caracterización será igualmente acogida por el TEDH, incluso en casos recientes como *Paksas v. Lithuania (GC), Application no. 34932/04*, sentencia de 6 de enero de 2011, párr. 83. De cualquier modo, hace ya camino de medio siglo se pueden encontrar críticas en relación con el criterio, o mejor dicho, falta de criterio claro en este punto; así por ejemplo. Así, MON-CONDUIT, François (1965): *La Commission Européenne des Droits de l'Homme*. Sijthoff, Leyden, 1965, p. 212.

⁴⁴⁴ En concreto: «The fact that an event has significant consequences over time does not itself constitute a «continuing situation». Cfr., *Kevin McDaid and Others v. United Kingdom, Application no. 59532/00*, decisión sobre admisibilidad de 9 de abril de 1996.

⁴⁴⁵ *De Becker v. Belgium, Application no. 214/56*, decisión sobre admisibilidad de 9 de junio de 1958 (en *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958-1959*, p. 244).

⁴⁴⁶ Para más datos, VAN PACHTENBEKE, Andy y HAECK, Yves (2010): «From De Becker to Varnava: the state of continuing situations in the Strasbourg case law», *European Human Rights Law Review*, núm. 1-2010, pp. 47-58, p. 50; LOUKAIDIS, Loukēs G. (2007): *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*. Martinus Nijhoff Publishers,

que pueden ir encontrándose, la ausencia de una solución general satisfactoria ha sido advertida a lo largo del tiempo, también por algunos jueces del TEDH⁴⁴⁷. Y así que para 2006, y casi como recordando las palabras de la Comisión de 1958⁴⁴⁸, el TEDH a pesar de formular lo que calificó como «the appropriate test»⁴⁴⁹, reiteraría que, al final, todo dependía de los hechos del caso y del alcance del derecho en cuestión⁴⁵⁰. Lo que podemos completar recordando que apenas tres años después, centrándose en los artículos 2 y 3 del CEDH, fue el mismo TEDH el que reconociera, en fin, que en diversos casos se había llegado a conclusiones divergentes aunque los hechos eran aparentemente similares⁴⁵¹.

Con todo, en la última sentencia referida, el TEDH se planteó algo más; en concreto:

«... whether the procedural obligations arising under Article 2 can be seen as being detachable from the substantive act and capable of coming into play in respect of deaths which occurred prior to the critical date or alternatively whether they are so inextricably linked to the substantive obligation that an issue may only arise in respect of deaths which occur after that date»⁴⁵².

Asunto que en una formulación más amplia y acudiendo a otra sentencia también de 2009, puede resumirse en: «the question whether there was a continuing procedural obligation to investigate»⁴⁵³.

Leiden, 2007, p. 18 y ss.; PAUWELYN, Joost (1995): «The Concept of...», *op. cit.*, pp. 421 y ss. Para una visión más positiva, aunque sustancialmente descriptiva, ZWART, Tom (1994): *The Admissibility of Human Rights Petitions: The Case Law of the European Commission of Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, pp. 123-138. Desde una perspectiva más amplia, ALTIPARMAK, Kerem (2003): «The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law», *Turkish Yearbook of Human Rights*, vol. 21-25, 1999-2003, pp. 3-50, pp. 13-18.

⁴⁴⁷ Véanse por ejemplo los votos disidentes en el caso *Loizidou v. Turkey* (GC), *Application no. 15318/89*, sentencia de 18 de diciembre de 1996.

⁴⁴⁸ *X. v. Belgium, Application no. 369/58, Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958-1959*, pp. 376-381.

⁴⁴⁹ *Blečić v. Croatia* (GC), *Application no. 59532/00*, sentencia de 8 de marzo de 2006, párr. 20-21.

⁴⁵⁰ Esta fórmula aparece en casos como *Blečić v. Croatia* (GC), *Application no. 59532/00*, sentencia de 8 de marzo de 2006, párr. 82 y es luego reiterada en múltiples otros.

⁴⁵¹ *Caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párrs. 149-152.

⁴⁵² *Caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 152.

⁴⁵³ *Caso Varnava and others v. Turkey* (GC), *Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párr. 150.

Años antes autores como Altiparmak habían sostenido que si la obligación de investigar podía ser considerada como una obligación independiente de otros deberes —y derechos—, la conclusión sólo podría ser la siguiente: «the failure to investigate an incident that occurred before the critical date may constitute a continuing violation [no] an enduring effect of the instantaneous act nor is it bound with the time limits of the instantaneous act»⁴⁵⁴. Por su parte, la respuesta del TEDH a la cuestión recogida fue que la obligación de investigar había de ser (ya entonces) considerada como una obligación autónoma⁴⁵⁵; y de ahí que vinculase al Estado aunque la muerte se produjese antes de la fecha crítica⁴⁵⁶. Como ya vimos, poco más de seis meses después, el TEDH se manifestó también sobre hechos de desaparición forzada: frente a la alegación de Turquía de que el TEDH no tenía competencia sobre unas desapariciones que databan de 1974, ya que este Estado sólo había aceptado el sistema de demandas individuales en 1987, el TEDH afirmó su competencia sobre los hechos a partir de esta última fecha señalando que: «the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation»⁴⁵⁷.

Ahora, además de todo lo anterior el TEDH en el caso *Šilih v. Eslovenia* añadió una serie de requisitos finales para afirmar lo que determinó como su competencia *ratione temporis* sobre la obligación procesal identificada⁴⁵⁸. En concreto:

«However, having regard to the principle of legal certainty, the Court's temporal jurisdiction as regards compliance with the procedural obligation of Article 2 in respect of deaths that occur before the critical date is not open-ended.

162. First, it is clear that, where the death occurred before the critical date, only procedural acts and/or omissions occurring after that date can fall within the Court's temporal jurisdiction.

163. Second, there must exist a genuine connection between the death and the entry into force of the Convention in respect of the

⁴⁵⁴ ALTIPARMAK, Kerem (2003): «The Application of...», *op. cit.*, pp. 24 y ss., p. 51.

⁴⁵⁵ *Caso Šilih v. Eslovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 159.

⁴⁵⁶ *Idem.*

⁴⁵⁷ *Caso Varnava and others v. Turkey* (GC), *Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párr. 148.

⁴⁵⁸ *Caso Šilih v. Eslovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 161.

respondent State for the procedural obligations imposed by Article 2 to come into effect.

Thus a significant proportion of the procedural steps required by this provision — which include not only an effective investigation into the death of the person concerned but also the institution of appropriate proceedings for the purpose of determining the cause of the death and holding those responsible to account (...) — will have been or ought to have been carried out after the critical date.

However, the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner»⁴⁵⁹.

En cuanto a los casos de desaparición forzada, la fórmula esgrimida por el TEDH fue la siguiente del caso *Varnava y otros c. Turquía*; cuya relevancia justifica la larga cita:

«... Not all continuing situations are the same; the nature of the situation may be such that the passage of time affects what is at stake. In cases of disappearances, just as it is imperative that the relevant domestic authorities launch an investigation and take measures as soon as a person has disappeared in life-threatening circumstances, it is indispensable that the applicants, who are the relatives of missing persons, do not delay unduly in bringing a complaint about the ineffectiveness or lack of such investigation before the Court. With the lapse of time, memories of witnesses fade, witnesses may die or become untraceable, evidence deteriorates or ceases to exist, and the prospects that any effective investigation can be undertaken will increasingly diminish; and the Court's own examination and judgment may be deprived of meaningfulness and effectiveness. Accordingly, where disappearances are concerned, applicants cannot wait indefinitely before coming to Strasbourg. They must make proof of a certain amount of diligence and initiative and introduce their complaints without undue delay (...)

Nonetheless, the Court considers that applications can be rejected as out of time in disappearance cases where there has been excessive or unexplained delay on the part of applicants once they have, or should have, become aware that no investigation has been instigated or that the investigation has lapsed into inaction or become ineffective and, in any of those eventualities, there is no immediate, realistic prospect of an effective investigation being provided in the future. Where there are initiatives being pursued in regard to a disappearance situation, applicants may reasonably await developments which could

⁴⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 161-163.

resolve crucial factual or legal issues. Indeed, as long as there is some meaningful contact between families and authorities concerning complaints and requests for information, or some indication, or realistic possibility, of progress in investigative measures, considerations of undue delay will not generally arise. However, where there has been a considerable lapse of time, and there have been significant delays and lulls in investigative activity, there will come a moment when the relatives must realize that no effective investigation has been, or will be provided. When this stage is reached will depend, unavoidably, on the circumstances of the particular case»⁴⁶⁰.

La exigencia de esta serie de requisitos para que el TEDH se *declare competente* ha recibido diversas críticas: en la que ahora ocupa, para referente como Brownlie contradicen la letra y el espíritu del CEDH⁴⁶¹, y para autores como Kyriakou privan a las víctimas de un real derecho de acceso a la justicia y suponen «the unintended condoning of the phenomenon of impunity»⁴⁶². En cualquier caso, y aunque como ya avanzamos no entraremos en esta oportunidad en todo lo que aquí cabría decir, lo cierto es que como el mismo TEDH ha indicado, más que a verdaderas razones jurídicas lo resumido respondería a «considerations of the practical and effective functioning of the Convention mechanism»⁴⁶³; por mejor traducir y en mi opinión, no son más que una serie de exigencias ideadas para limitar el potencial número de casos que el TEDH estaría llamado a atender y resolver. Y en este orden de ideas, valga recordar que esta doctrina sentada en el caso *Varnava* conllevó la inmediata inadmisión de 51 casos contra Turquía⁴⁶⁴, y en lo que ahora nos concita, del ya mencionado caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España*.

⁴⁶⁰ *Caso Varnava and others v. Turkey (GC), Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párrs. 161 y 165.

⁴⁶¹ BROWNLIE, Ian: «Christos and Helen Karefyllides and Maria Ioannou against Turkey. Opinion relating to issue raised in paragraphs 151-172 of the Gran Chamber Judgment in *Varnava*», 2 de noviembre de 2009. Original en poder del autor.

⁴⁶² KYRIAKOU, Nikolas (2011): «Enforced disappearances in Cyprus: problems and prospects of the case law of the European Court of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, 2011-2, pp. 190-199. Existe una versión más amplia en *The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights*, disponible en <http://cridho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/CRIDHO%20WP%202011-01.pdf>; cito la p. 12 de esta última.

⁴⁶³ *Caso Varnava and others v. Turkey (GC), Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párr. 151.

⁴⁶⁴ KYRIAKOU, Nikolas (2011): «Enforced disappearances...», *op. cit.*, notas a pie 42 y 43.

Tal y como ya apuntamos, en este último caso el TEDH ni afirmó que aplicar a la CEDH a desapariciones forzadas que comenzaron antes de la entrada en vigor para el Estado de la misma sea una «aplicación retroactiva» prohibida por el Derecho (internacional), ni ha indicado nada que permita interpretar que la prescripción o la Ley de Amnistía suponen el fin de la obligación estatal de investigar hechos de esa naturaleza. De hecho, y tras recordar la naturaleza y consencuencias jurídicas de la obligación procesal de investigar hechos ilícitos continuados, subraya «the difficulties for the applicants to bring their complaints before the domestic courts even after the end of the Franco regime, having regard to the Amnesty Law of 1977»⁴⁶⁵; confirma «fact that in the following years there were no official investigations concerning the circumstances of the disappeared person»⁴⁶⁶; y reitera que «there is little ground to be overly prescriptive as regards the possibility of an obligation to investigate unlawful killings arising many years after the events since the public interest in obtaining the prosecution and conviction of perpetrators is firmly recognised, particularly in the context of war crimes and crimes against humanity»⁴⁶⁷. Pero a pesar de todo ello, concluye que:

«Having regard to the fact that in the following years there were no official investigations concerning the circumstances of the disappeared person, it must have been apparent to the applicants that there was not any realistic hope of progress in either finding the body or accounting for the fate of their missing relative in the near future. However, the second applicant brought a criminal complaint before the domestic courts concerning the abduction and possible murder of her father, Mr Dorado Luque, only in 2006, that is twenty-five years after the availability of the right of individual petition before the Court; and the application to this Court has not been introduced until the 1st of June 2009, that is, almost twenty-eight years after that date and seventy-three years after the disappearance. Therefore, it must be concluded that the applicants did not display the diligence required to comply with the requisites derived from the Convention and the case-law of the Court concerning disappearances»⁴⁶⁸.

No cabe duda de que como bien se ha dicho, sea muy de lamentar que el TEDH no haya «valorado de manera seria y diligente la intensa actividad desplegada durante años por [los demandantes], (...) [ni] haya

⁴⁶⁵ *Caso Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz v. Spain, Application No. 301410/09*, decisión sobre admisibilidad de 27 de marzo de 2012, párr. 39.

⁴⁶⁶ *Idem*.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, párr. 34.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, párr. 39.

contextualizado y analizado las condiciones y obstáculos tanto legislativos como políticos que enfrentaron las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo, sobre todo las víctimas de desapariciones forzadas...»⁴⁶⁹. De hecho, en este punto podemos suscribir plenamente las siguientes palabras de Gil Gil: «El TEDH parece haber resuelto el tema de las víctimas de la guerra civil y del franquismo de la forma más cómoda para él, es decir, evitando pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas más peliagudas y discutidas...»⁴⁷⁰.

Con todo, la cuestión final es que aun aceptando todo lo anterior: de un lado, hasta cuándo podrá mantenerse este estado de cosas; es decir, cuándo el TEDH dejará de considerar «como «falta de diligencia» de las víctimas lo que han sido y son obstáculos legales, políticos y fácticos que las víctimas enfrentan para obtener justicia en España»⁴⁷¹; y del otro, a luz de la más reciente sentencia en *Janowiec y otros c. Rusia*, bien cabe plantear si en el caso de tantas y tantas víctimas españolas la ausencia de *investigación*, en esta causa caracterizada como de naturaleza más general y humanitaria⁴⁷², y la consiguiente aptitud de las autoridades estatales, no será también una violación del artículo 3 del CEDH, como entonces declaró el TEDH respecto de unos hechos que comenzaron hace más de setenta años —cincuenta y ocho antes de Rusia hubiera consentido en el CEDH⁴⁷³—. Y es que este punto, valga concluir con lo siguiente:

«The scope of the State's obligation under Article 3 is significantly larger than an acknowledgement of the fact of death. Even though the State is not legally responsible for the death or disappearance, Article 3 requires it to exhibit a compassionate and respectful approach to the anxiety of the relatives of the deceased or disappeared person and to assist the relatives in obtaining information and uncovering relevant facts. The silence of the authorities of the respondent State in face of the real concerns of the relatives may only be categorised

⁴⁶⁹ RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: «Decisión del TEDH en el caso Gutiérrez Dorado vs. España: luces y sombras», *Series Análisis Jurídicos-GCyF*, abril 2012, p. 7. Disponible en <http://ris.hrahead.org/temas/guerra-civil-y-franquismo/analisis-juridicos>.

⁴⁷⁰ GIL GIL, Alicia (2012): «Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española», *InDret* (en prensa). Original en poder del autor; la cita es del apartado 5. Conclusiones.

⁴⁷¹ RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: «Decisión del TEDH...», p. 7.

⁴⁷² *Caso Janowiec and Others v. Russia, Applications nos. 55508/07 and 29520/09*, sentencia de 16 de abril de 2012, párrs. 150-167.

⁴⁷³ *Idem*.

as inhuman treatment (...). The Court notes that the United Nations Human Rights Committee repeatedly found a violation of Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights on account of the anguish and psychological pressure experienced by the family of the killed individuals who did not know how their relative had died or were denied information about the precise burial location (...). The Court considers that the same requirements on the respondent State to account for the circumstances of the death and the location of the grave are contained in Article 3 of the Convention, which is substantially similar in its wording to Article 7 of the Covenant ...»⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, párr. 163.

V. Palabras finales

Ya iniciado el proceso de edición de este trabajo se hacía pública la siguiente declaración:

«El Consejo de Ministros ha aprobado una Declaración del Gobierno con motivo del Día Internacional de las Víctimas de Desapariciones Forzadas.

La desaparición forzada es utilizada en ocasiones como una estrategia para sembrar el temor en la sociedad. La sensación de inseguridad generada por esta práctica no se limita a los familiares cercanos de las personas desaparecidas, sino que afecta también a sus comunidades y a la sociedad en su conjunto. La desaparición forzada se ha convertido en un problema global y no se limita a una región específica del mundo.

(...)

el Gobierno de España quiere rendir homenaje a las víctimas, los defensores de los derechos humanos, las organizaciones no gubernamentales y otras personas y grupos que trabajan para denunciar los casos de desaparición forzada y erradicar esta práctica.

Asimismo, (...) el Gobierno de España sigue trabajando en todos los ámbitos en la prevención y la lucha contra las desapariciones forzadas, de manera que todas las personas puedan ejercer plenamente sus derechos y disfrutar así de una ciudadanía democrática verdadera y plena.

Ello se enmarca, además, en la promoción y el respeto de los derechos humanos y lucha por erradicar de la sociedad toda violación a los derechos humanos y, muy específicamente, las desapariciones forzadas, que constituyen una absoluta prioridad del Gobierno de España»⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ Referencia del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012. Disponible en http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2012/refc20120824.htm#VictimasDesapariciones.

A la luz de todo lo que hemos examinado, más que comprensible es que este texto haya suscitado severas críticas entre varias asociaciones de víctimas de crímenes de la Guerra Civil y el franquismo; y que alguna de ellas haya objetado en concreto lo siguiente: «¿y las miles de personas de personas aún hoy desaparecidas durante la guerra civil española y el franquismo?»⁴⁷⁶. El estudio que aquí concluye ofrece una respuesta sencilla: para nuestros tribunales de justicia la investigación judicial de esos hechos, incluso si sólo se tratase de realizar las meras diligencias para, ya la exhumación, ya la identificación de la persona desaparecida, ya la restitución de sus restos a sus seres queridos, es inviable por jurídicamente imposible en este país.

Con las contadas pero notables excepciones que hemos visto, ésta ha sido la posición general que expresa o implícitamente se ha venido sosteniendo desde hace décadas en España. Durante años cualquier invocación de la normativa internacional pertinente respecto a estos hechos, bien como hechos internacionalmente ilícitos continuados, bien como crímenes de derecho internacional, ha sido mayoritariamente descartada, cuando no ignorada; resultando que a partir de finales de 2008 lo que es posible es encontrar una serie de argumentos adicionales, aunque prácticamente siempre con una solución final idéntica: el archivo de las causas sin realizar la más mínima diligencia. Por expresarlo en su formulación más completa: archivo, recurso(s), desestimación, apelación, desestimación de la Audiencia Provincial, recurso al Tribunal Constitucional, inadmisión; todo ello, contando siempre con el visto bueno/apoyo del Ministerio Fiscal.

Los argumentos generales puestos sobre la mesa pueden resumirse en aquellas palabras que hacía suyas la Audiencia Provincial de Burgos: «1. los delitos han prescrito según el Código Penal vigente; 2. la Ley de Amnistía de 1977 es aplicable a todos los asesinatos políticos anteriores a esa fecha; 3. con toda seguridad, los autores han fallecido; y 4. fuera de ello, el tratamiento de la memoria histórica no corresponde o compete a los Juzgados»⁴⁷⁷; debiendo aclarar que por «tratamiento de la memoria histórica» hay que entender las denuncias sobre desaparición forzada de personas.

En este mismo sentido, los finales argumentos ofrecidos por el TS en lo que aquí ocupa, demuestran una posición singularmente refractaria a cualquier consideración fundada, a cualquier aplicación y en suma a toda interpretación normativa posible y acorde con el Derecho inter-

⁴⁷⁶ Carta de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Cataluña al Presidente del Gobierno, 27 de agosto de 2012. Original en poder del autor.

⁴⁷⁷ Cfr., *supra* nota 289.

nacional, en general, y el Derecho internacional de los derechos humanos/Derecho internacional penal, en particular.

Vista la fulminante aceptación y aplicación de la postura del TS por el resto de tribunales españoles, bien puede concluirse que, por utilizar las palabras del propio TS, ninguna «normativa internacional de protección de los derechos humanos», ninguna de las interpretaciones que ésta permite, es pues jurídicamente pertinente en cuanto a la investigación judicial, en el sentido que se le quiera dar, de los crímenes del pasado en España. Tampoco posibilidad alguna cabe de llevar adelante la más mínima actuación judicial para cesar en la comisión del «prototipo» de hecho ilícito continuado: la desaparición forzada de personas.

En definitiva, podemos ahora ajustar adecuadamente aquella afirmación judicial de 2010 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, para indicar que la conclusión sería que a la legislación española «no cabe estimar incorporada cualquier otra de carácter internacional, pues la existencia» de ésta en lo que se refiere a los crímenes de Guerra Civil y el franquismo «no deja actualmente [y definitivamente] de ser un *desideratum*»⁴⁷⁸. Todo ello, sin perjuicio de sostener al mismo tiempo, en este caso y tantos otros, que las víctimas «deben ser por razones de evidente justicia reparadas»⁴⁷⁹; para apenas unas líneas después confirmar el archivo o archivar de plano.

En consecuencia, y por recordar los términos que recogimos al comienzo como referencia siquiera básica: después de todo lo estudiado, no ha tenido, ni tendrá, ni parece podrá tener ninguna incidencia o aplicación por parte de los tribunales de nuestro país «la obligación general de 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 —[incluida] en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima—»⁴⁸⁰. Y en este punto, ya no sólo el constante reenvío a las víctimas al contenido de la «Ley de Memoria Histórica» en los últimos años, sino sobre todo la última posición del Auto del TS de 28 de marzo de 2012 —esto es, de un lado calificar de «situación moral y jurídicamente insostenible» que a las víctimas se les imponga «el gravamen» de acabar con una situación en que «los restos de quienes hubieran sufrido

⁴⁷⁸ Cfr., *supra* nota 282.

⁴⁷⁹ Cfr., *supra* nota 283.

⁴⁸⁰ Cfr., *supra* nota 71.

muerres violentas permanecen en el anonimato y fuera de los lugares propios de enterramiento», para a continuación señalar como «recurso legal para la satisfacción de sus *derechos*» una vez más a la «Ley de Memoria Histórica»⁴⁸¹—, es una solución final tan insostenible como decepcionante y lamentable.

Sin perjuicio de lo que pueda derivarse de la causa en marcha en la jurisdicción argentina, las últimas decisiones del TEDH abren, con todo, nuevas posibilidades y ámbitos de trabajo y esperanza. Al respecto, cabe preguntarse hasta cuándo el TEDH: bien mantendrá una serie de exigencias sólo ideadas para limitar el potencial número de casos que estaría llamado a atender y resolver; bien hasta cuándo y por qué considerará como «falta de diligencia» de las víctimas lo que han sido y son obstáculos, de hecho o de Derecho, frente a los que como hemos visto, han luchado durante lustros. Hay que preguntarse, también, si en el caso de tantas y tantas víctimas españolas la ausencia de investigación, en sentido estricto o de «naturaleza más general y humanitaria», así como la consiguiente apatía de las autoridades estatales, no ha supuesto y supone también una violación del artículo 3 del CEDH, como ya ha declarado respecto de unos hechos que comenzaron hace más de setenta años; dicho de otro modo, si como los familiares y víctimas de la masacre de Katyn, los familiares y víctimas de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo no han sido y están siendo víctimas de un trato cruel, inhumano o degradante.

Hace ya algunos años escribía la profesora Capellá i Roig que «no es justo ni ajustado a Derecho negar [a las víctimas] otra vez el derecho a recuperar los cuerpos de sus seres queridos ni a conocer la verdad»⁴⁸²; lo que acompañaba de esta reflexión: «[d]urante la guerra civil y la dictadura, no era el momento para que los familiares de desaparecidos reclamaran saber dónde estaban ni tampoco justicia, pues su seguridad e integridad estaba en peligro. Durante el proceso de transición de la dictadura a la democracia, tampoco fue el momento de tratar y solucionar el problema de los desaparecidos. Han pasado casi treinta años desde la transición, y ya es hora de que estos familiares, como víctimas también de violaciones de derechos humanos, tengan “su” momento»⁴⁸³.

A fecha de hoy ya han pasado más de esos treinta años, y en lo que respecta a la inmensa mayoría de los tribunales de justicia en España, todo indica que «su momento» ni ha llegado aún, ni probablemente llegará.

⁴⁸¹ Véase apartado 1.2 del Capítulo anterior.

⁴⁸² CAPELLÁ I ROIG, Margalida (2006): «Las «desapariciones forzadas...», *op. cit.*, p. 302.

⁴⁸³ *Idem.*

Bibliografía citada

- AGUILAR, Paloma (2009): «The Timing and Scope of Reparation, Truth and Justice Measures: A Comparison of the Spanish, Argentinean and Chilean Cases», en AMBOS, Kai, LARGE, Judith y WIERDA, Marieke (eds.): *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*. Spinger, Berlin Heidelberg.
- , (2008): *Políticas de la memoria y memorias de la política*. Alianza Editorial, Madrid.
- AGUILAR, Paloma, BALCELLS, Laia y CEBOLLA, Héctor (2011): «Las actitudes de los españoles ante las medidas de justicia transicional relativas a la Guerra Civil y al franquismo», *Revista Internacional de Sociología*, vol. 69, núm. 1, pp. 59-90.
- ALTIPARMAK, Kerem (2003): «The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law», *Turkish Yearbook of Human Rights*, vol. 21-25, 1999-2003, pp. 3-50.
- AMBOS, Kai (2008): *El marco jurídico de la justicia de transición*. Editorial Temis, Bogotá.
- AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds.) (2009): *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL: «Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España», mayo de 2012.
- , «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», noviembre de 2008.
- , «Víctimas de la Guerra Civil y el franquismo: No hay derecho. Preocupaciones sobre el Proyecto de Ley de "derechos de las víctimas de la guerra civil y del franquismo"», Informe de noviembre de 2006.
- , «ESPAÑA. PONER FIN AL SILENCIO Y A LA INJUSTICIA. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista», Informe de 18 de julio de 2005.

- ARNOLD, Jörg (1999): «Cambio de sistema político y criminalidad de Estado desde una visión del derecho penal», en SANCINETTI, Marcelo A. y FERRANTE, Marcelo: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*. Ed. Hammurabi, Argentina.
- , (1999) «Esbozo del Proyecto: Elaboración jurídico-penal del pasado tras un cambio de sistema político en diversos países», en SANCINETTI, Marcelo A. y FERRANTE, Marcelo: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*. Ed. Hammurabi, Argentina.
- ARÓSTEGUI, Julio y GÁLVEZ, Sergio (eds.) (2010): *Generaciones y memoria de la represión franquista*. Universitat de València, Valencia.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: «Causa Especial N.º 20048/2009: Querrela(s) interpuesta(s) contra el Magistrado-Juez D. Baltasar Garzón Real, por el supuesto delito de prevaricación. Examen de los argumentos del Auto de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho internacional», disponible en <http://www.aedidh.org/?q=node/190>.
- , «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», 30 de abril de 2008, p. 22 (disponible en <http://www.aedidh.org/sites/default/files/dictamen%20mayo%2008-1.pdf>).
- AUST, Anthony (2007): *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, Nueva York.
- BARAHONA DE BRITO, Alexandra, AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma, y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Carmen (2002): «Introducción», en BARAHONA DE BRITO, Alexandra, AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Carmen (eds.): *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*. Ediciones Istmo, Madrid.
- BASSIOUNI, Mahmoud C. (1999): «The Need for International Accountability», en BASSIOUNI, Mahmoud C. (ed.): *International Criminal Law*, vol. III. Transnational Publishers, Nueva York.
- BELL, Christine (2009): «Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the "Field" or "Non-Field"», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, núm. 1, pp. 5-27.
- BLAKELEY, Georgina (2008): «Politics as Usual? The Trials and Tribulations of the Law of Historical Memory in Spain», *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, núm. 7, pp. 315-330.
- , (2005): «Digging Up Spain's Past: Consequences of Truth and Reconciliation», *Democratization*, vol. 12, núm. 1, pp. 44-59.
- BONET PÉREZ, Jordi y ALIJA FERNÁNDEZ, Rosana (2009): *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Universidad de Deusto, Bilbao.
- BORAINÉ, Alex, LEVY, Janet y SHEFFER, Ronell (editores) (1994): *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*. IDASA, Ciudad del Cabo.

- BUENO ARÚS, Francisco (2007): «Jurisprudencia aplicada a la práctica. Fuentes y principios generales del Derecho Penal Internacional de nuestro tiempo (Reflexiones sobre la sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo)», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 34, pp- 78-96.
- CAPELLÀ I ROIG, Margalida (2009): «Represión política y Derecho internacional: Una perspectiva comparada (1936-2006)», en CAPELLÀ I ROIG, Margalida y GINARD I FERÓN, David (coords.): *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*. Ediciones Documenta Balear, Palma de Mallorca.
- , (2006): «Las “desapariciones forzadas” en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo», en SOROETA LICERAS, Juan (ed.): *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. V.
- , (2005): «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, pp. 1-13.
- , (2005): *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CASTRESA, Carlos (2005): «De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo», *Jueces para la Democracia*, núm. 54, pp. 3-11
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (en prensa): «Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y competencia *ratione temporis*. Debates pasados, presentes y futuros en el sistema internacional de protección de los derechos humanos».
- , (2012): «Proceso penal y Derecho internacional. Imposibilidad de castigar vs. Obligación de investigar: Algunas reflexiones y propuestas», *Diario La Ley*, año XXXIII, núm. 7845, 2012, pp. 1-10.
- , (2012): «The challenges posed to the recent investigation of crimes committed during the Spanish Civil War and Francoism», en ALMQVIST, Jessica y ESPÓSITO, Carlos (eds.): *The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain*. Routledge International, Oxford-Nueva York.
- , (2011): «Derecho internacional y “transformaciones del Estado”: Del desuso, uso y abuso del ordenamiento jurídico internacional cuando de ciertas “transformaciones que afectan a la forma de gobierno” se trata», en SOROETA LICERAS, Juan (ed.): *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen XI*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao.
- , (2009): «Formulando las preguntas correctas sobre los problemas de cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes pasados», en ALMQVIST, Jessica y ESPÓSITO, Carlos (coords.): *Justicia transicional en Iberoamérica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- , (2009): «La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: Del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo

- Penal de 2 de diciembre de 2008», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2009-tomo 1, pp 1415-1424 (año XXX, número 7102, del *Diario La Ley*).
- , (2008): «Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo», *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2008-tomo 5, pp. 1388-1397.
- , (2007): «*El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional*», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 45, pp. 119-233.
- , (2007): *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Ediciones Parthenon, Madrid.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier y VICENTE MÁRQUEZ, Lydia (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*, núm. 19, pp. 1-43.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, VICENTE MÁRQUEZ, Lydia y PÉREZ MORENO, Alicia (en prensa): «La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del Derecho internacional a los crímenes del pasado en España».
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS: «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», Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 de abril de 2005.
- , «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad», Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: «Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1950.
- , «Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura, en su 53.º período de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.602/Rev.1, 26 de julio de 2001.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1996): *Derecho internacional relativo a la conducción de las hostilidades: colección de Convenios de La Haya y de algunos otros tratados*, 2.ª edición. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA y LIGA DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA (1953): *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10.ª edición. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra.

- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: «Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas», Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010.
- CONSEJO DE EUROPA: «Need for international condemnation of the Franco regime», Doc. 10078, Ref. 2926, 2 de marzo de 2004, adoptado por unanimidad el 4 de octubre de 2005.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: «El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General», Documento de las Naciones Unidas: S/2004/616, 3 de agosto de 2004.
- DAVIS, Madeleine (2005): «Spain Recovering its Memory? Breaking the Pacto del Olvido», *Human Rights Quarterly*, vol. 27, núm. 3, pp. 858-880.
- DE GREIFF, Pablo (2009): «Una concepción normativa de la justicia transicional», en RANGEL, Alfredo (ed.): *Justicia y paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Intermedio, Bogotá.
- DEL AGUILA, Rafael y MONTORO, Ricardo (1984): *El discurso político de la transición española*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid.
- DE LA OLIVA, Andrés (2009): «Apertura y cierre de una causa general (La instrucción del Juzgado Central n.º 5 sobre desapariciones forzadas y "alzamiento nacional")», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 1, pp. 44-53.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y OTROS (2007): *Derecho Procesal Penal*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- DIGÓN MARTÍN, Raúl y DUEÑAS ITURBE, Oriol (2012): «La responsabilidad ante las víctimas del Franquismo y el papel del poder judicial», *I Congreso de Víctimas del Franquismo*, Rivas-Vaciamadrid, 20-22 de abril, apto. 5 (disponible en <http://www.congresovictimasfranquismo.org>).
- DJUKIC, Dražan (2007): «Transitional Justice and the ICC – "in the interest of justice" ?», *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 867, pp. 691-718.
- DUGARD, John (1997): «Retrospective Justice: International Law and South African Model», en MCADAMS, A. James (ed.): *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*. University of Notre Dame, Notre Dame.
- ELSTER, Jon (2004): *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge University Press, Nueva York.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael (2009): «La sombra del franquismo es alargada: el fracaso de la llamada Ley de Memoria Histórica», en FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, Federico y GARCÍA LÓPEZ, Daniel J. (coords): *Derecho, memoria histórica y dictaduras*. Comares, Granada.
- , (2008): «La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sus sentencias», en MARTÍN PALLÍN, José Antonio y ESCUDERO ALDAY, Rafael (eds.): *Derecho y memoria histórica*. Trotta, Madrid.
- ESPINOSA MAESTRE, Francisco (2012): «La represión franquista. Las circunstancias de la muerte», *Boletín Galego de Medicina Legal e Forense*, núm. 18, pp. 47-54.

- , (2010): «Cuando el presente excluye el pasado», *Todos (...) los nombres*, agosto de 2010, disponible en versión electrónica en www.todoslosnombres.org.
- , (2007): «De saturaciones y olvidos. Reflexiones en torno a un pasado que no puede pasar», *Hipania Nova-Revista de Historia Contemporánea*, número 7, pp. 413-440.
- ESTIRADO, César (2009): «Perseguibilidad penal de los crímenes del franquismo: aplicación del Derecho penal internacional al caso español. Antecedentes judiciales en España y en el extranjero», en VV.AA.: *Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?* Fundación Antonio Carretero, Madrid.
- ETXEBERRIA GABILONDO, Franciso (2012): «Exhumaciones contemporáneas en España: las fosas comunes de la Guerra Civil», *Boletín Galego de Medicina Legal e Forense*, núm. 18, pp. 13-28.
- , (2008): «Exhumando fosas, recuperando dignidades», *Osasunaz*, núm. 9, pp. 137-158.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (2010): «La práctica española relativa a los órganos internacionales de control de los derechos humanos: Un estudio introductorio», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (dir.): *España y los órganos internacionales de control en materia de Derechos Humanos*. Dilex, Madrid.
- , (1996): *La interpretación de las Normas Internacionales*. Aranzadi, Pamplona.
- FERRÁNDIZ, Franciso (2009): «Fosas comunes, paisajes del terror», *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, vol. LXIV, núm. 1, pp. 61-94.
- , (2006): «Exhumaciones y políticas de la memoria en la España contemporánea», en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.): *El derecho a la memoria*. Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Zarau.
- FORCADA BARONA, Ignacio (2011): *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*. Civitas-Aranzadi, Navarra.
- GALÁN MARTÍN, José Luis (2006): «El Caso Scilingo: breve crónica judicial», *Revista La Ley Penal*, n.º 25, año III, pp. 21-31.
- GALVÉZ, Sergio (2007) (coord.): *Generaciones y memoria de la represión franquista: un balance de los movimientos por la memoria. Dossier de Hispania Nova Revista de Historia Contemporánea*, núm. 7.
- , (2006) (coord.): *Generaciones y memoria de la represión franquista: un balance de los movimientos por la memoria. Dossier de Hispania Nova Revista de Historia Contemporánea*, núm. 6.
- GARCÉS, Joan (2010): «La ley española 46/1977, de Amnistía, más citada que leída, no tiene por objeto actos de naturaleza genocida y lesa humanidad», disponible en <http://casogarzon.blogspot.com.es/p/analisis-juridicos.html>.
- GIBSON, Russel T. (2007): «True Fiction: Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court's Battle with Ratione Temporis», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, núm. 29, 2007, pp. 153-166.
- GIL GIL, Alicia (en prensa): «Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Dere-

- chos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española».
- , (2012): *Spain as an example of total oblivion with partial rehabilitation*, en ALMQVIST, Jessica y ESÓSITO, Carlos (eds.): *The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain*. Routledge International, Oxford-Nueva York.
- , (2011): «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 2. Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo.
- , (2009): *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*. Atelier, Barcelona.
- , (2009): «La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la guerra civil y el franquismo: aspectos penales. Sobre “El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad” de Miguel Ángel Rodríguez Arias, Editorial Tirant, lo Blanch, Valencia, 2008», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.1, pp. 54-63.
- , (2009): «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», en CUERDA RIEZU, Antonio Rafael y JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco (coords.): *Nuevos Desafíos del Derecho penal internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid.
- , (2005): «La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, pp. 1-18
- GÓMEZ ISA, Felipe (2010): «Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso español», *Inter-American and European Journal of Human Rights*, núm. 1-2, pp. 70-85.
- , (2006): «El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos», en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.): *El derecho a la memoria*. Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Zarauz.
- GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín (2009): «Human Rights and the rule of law after Abu Ghraib and the election of Barack Obama: a European vision of the past and future of the U.S. War on Terror», GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín (dir.): *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier (2009): «Memoria Histórica vs. Impunidad: las obligaciones impuestas por el Derecho internacional», en VV.AA.: *Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?* Fundación Antonio Carretero, Madrid.
- GRAHAN, Helen (2004): «The Spanish Civil War, 1936-2003: The Return of the Republican Memory», *Science & Society*, vol. 68, núm. 3, pp. 313-328.
- GROSS, Aeyal M. (2004): «The Constitution, Reconciliation, and Transitional Justice. Lessons from South Africa and Israel», *Stanford Journal of International Law*, vol. 40, núm. 1, pp. 47-104.

- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS: *Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, disponible en http://www.ohchr.org/documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_sp.pdf.
- GUARINO, Ángela (2010): «Chasing Ghosts: Pursuing Retroactive Justice for Franco-Era Crimes Against Humanity», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 33, núm. 1, pp. 61-85.
- HAMPSON, Fen Olster (1997): «Can Peace-building work?», *Cornell International Law Journal*, núm. 10.
- HAYNER, Priscilla B. (2001): *Unspeakable Truths. Confronting Terror and Atrocity*. Routledge, Nueva York.
- JENIN, Elizabeth (2010): «Las memorias y su historia: El pasado reciente en el presente del Cono Sur», en BABIANO, José (ed.): *Represión, derechos humanos, memoria y archivos: Una perspectiva latinoamericana*. Ediciones GPS, Madrid.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos (2010): «La revisión de la Ley 52/2007», Gobierno de Aragón: Programa Amarga Memoria: II Encuentro: Marco jurídico y participación social. Exhumación de Fosas, 26 de noviembre de 2010.
- KYRIAKOU, Nikolas (2011): «Enforced disappearances in Cyprus: problems and prospects of the case law of the European Court of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, 2011-2, pp. 190-199.
- LAMARCA, Carmen (2007): «Jurisprudencia aplicada a la práctica. Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 34, pp. 69-77.
- LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma (2011): «Los Estados "fallidos" y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional», en VV.AA.: *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2010*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao.
- LOUKAIDĒS, Loukĕs G. (2007): *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.
- MACULÁN, Elena (2010): «Los «juicios por la verdad» argentinos: ¿un laboratorio para la justicia penal internacional?», en REQUENA Y DíEZ DE REVENGA, Miguel. (coord.): *Luces y sombras de la seguridad internacional en los albores del siglo XXI*, vol. 1. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid.
- MALARINO, Ezequiel (2010): «Activismo judicial, punitivación y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y ELSNER, Gisela (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 1. Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio (2008): «La ley que rompió el silencio», en MARTÍN PALLÍN, José Antonio y ESCUDERO ALDAY, Rafael (eds.): *Derecho y memoria histórica*. Trotta, Madrid.
- MCEVOY, Kieran (2007): «Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice», *Journal of Law and Society*, vol. 34, núm. 4, pp. 411-440.

- MÉNDEZ, Juan (2009): «Editorial Note», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, núm. 2, pp. 157-162.
- MESSUTI, Ana (2011): «Aplicación del Derecho Penal Internacional en la Argentina. A propósito de la querrela para investigar los crímenes del franquismo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año I, núm. I, pp. 89-101.
- MONCONDUIT, Francois (1965): *La Commission Europeenne des Droits de l'Homme*. Sijthoff, Leyden, 1965.
- MORENO OCAMPO, Luis (2009): «Conference on International Justice and Darfur», *Yale Law School*, 6 de febrero de 2009 (disponible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F04CB063-1C1E-463E-B8FB-5ECE076FB1E0/279792/090206_ProsecutorskeynoteaddressinYale.pdf).
- MORENO PÉREZ, Alicia (en prensa): «El procesamiento del Juez Garzón por los crímenes del Franquismo».
- NÚÑEZ DÍAS-BALART, Mirta (coord.) (2009): *La gran represión. Los años de plomo de la posguerra (1939-1948)*. Flor de Viento Ediciones, Barcelona.
- O'DONNELL, Guillermo y SCHMITTER, Philippe C. (1998): *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas* – 4. Paidós, Buenos Aires.
- OLIVAS DÍAZ, Amaya (2008): «La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista», *Jueces para la Democracia*, núm. 63, pp. 86-102.
- OLLÉ SESÉ, Manuel (2008): *Justicia universal para crímenes internacionales*. La Ley, Madrid.
- OLSEN, Tricia D., PAINE, Leigh A. y REITER, Andrew G. (2010): *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. United States Institute of Peace, Washington.
- ORÉ AGUILAR, Gaby y GÓMEZ ISA, Felipe (eds.) (2011): *Rethinking Transitions. Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*. Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland.
- ORENTLICHER, Diane F. (1995): «Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime», en KRITZ, Neil J. (ed.): *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, vol. I. United States Institute for Peace Press, Washington.
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza (2004): *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo. Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*. Dykinson, Madrid.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2008): «Administración pública y memoria histórica», en MARTÍN PALLÍN, José Antonio y ESCUDERO ALDAY, Rafael (eds.): *Derecho y memoria histórica*. Trotta, Madrid.
- PASTOR, Daniel (2008): «¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina», en EIROA, Pablo D. y OTERO, Juan M. (compiladores): *Memoria y Derecho Penal*. Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires.
- PAUWELYN, Joost (1995): «The Concept of a "Continuing Violation" of an International Obligation: Selected Problems», *British Yearbook of International Law*, vol. 66, n.º 1, pp. 415-450.
- PENELLA, Manuel (2010): *La causa contra Franco. Juicio al franquismo por crímenes contra la humanidad*. Planeta, Barcelona.

- PINILLA MARTÍN, Enrique (2006): «La recuperación de la memoria histórica en España», en GÓMEZ ISA, Felipe (dir.): *El derecho a la memoria*. Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Zarauz.
- PINTO, Mónica (1997): «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires.
- POPKIN, Margaret y ROHT-ARRIAZA, Naomi (1995): «Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America», *Law and Social Inquiry*, vol. 20, n.º 1, pp. 79-116.
- POSNER, Eric A. y VERMEULE, Adrian (2004): «Transitional Justice as Ordinary Justice», *Public Law and Legal Theory Working Paper*, núm. 40, pp. 1-50.
- QUEL LÓPEZ, Javier (2007): «La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Aspectos generales», en FÉRNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (coord.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Dilex, Madrid.
- REIG TAPIA, Alberto (2006): *AntiMoa. La subversión neofranquista de la Historia de España*. Ediciones B, Barcelona.
- REMIRO BROTONS, Antonio (1987): *Derecho Internacional Público: 2. Derecho de los tratados*. Tecnos, Madrid.
- RENSHAW, Layla (2011): *Exhuming Loss. Memory, Materiality, and Mass Graves of the Spanish Civil War*. Left Coast Press, California.
- RICHARDS, Michael (2006): «Between memory and history: Social relationships and ways of remembering the Spanish civil war», *International Journal of Iberian Studies*, vol. 19, núm. 1, pp. 85-94.
- RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: «Decisión del TEDH en el caso Gutiérrez Dorado vs. España: luces y sombras», *Series Análisis Jurídicos-GCyF*, abril 2012, p. 7. Disponible en <http://ris.hrahead.org/temas/guerra-civil-y-franquismo/analisis-juridicos>.
- , «Posición del Tribunal Supremo sobre la cuestión de competencia: Consecuencias prácticas», *Series Análisis Jurídicos-GCyF*, núm. 1-mayo 2012, disponible en <http://ris.hrahead.org/temas/guerra-civil-y-franquismo/analisis-juridicos>.
- , «Una absolución que cierra toda posibilidad de investigar judicialmente los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España-28/02/2012», disponible en <http://casogarzon.blogspot.com.es/2012/02/una-absolucion-que-cierra-toda.html>.
- , «El juicio contra el Juez Garzón: La única oportunidad que hasta la fecha han tenido las víctimas de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo para declarar ante un tribunal español», 12 de febrero de 2012, disponible en <http://casogarzon.blogspot.com.es/2012/02/el-juicio-contr-el-juez-garzon-la.html>.
- RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel (2009): «La prolongada ausencia de una “investigación oficial” en el caso de los desaparecidos del franquismo como una violación autónoma del “derecho a la vida familiar” y “trato inhumano” a sus familiares. Nuevas perspectivas de tutela de las “otras víctimas” a la luz

- del caso *Srebrenica*», en VV.AA.: *Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?* Fundación Antonio Carretero, Madrid.
- , (2008): *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi (2006): «The New Landscape of Transitional Justice», en ROHT-ARRIAZA, Naomi y MARIEZCURRENA, Javier (eds.): *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*. Cambridge University Press, Nueva York.
- ROSENBERG, Tina (2003): «Tierras embrujadas», en VV.AA.: *Ensayos sobre la justicia transicional*. Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York.
- SÁEZ, Ramón (2009): «Anular las sentencias de la represión franquista. Una tarea de higiene pública», *Jueces para la democracia*, núm. 64, pp. 61-78.
- , (2009): «Justicia Transicional en España: ¿se puede juzgar la historia?», en VV.AA.: *Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?* Fundación Antonio Carretero, Madrid.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (2009): «Diez años de Derecho internacional penal», en SOROETA LICERAS, Juan (ed.): *Los Derechos Humanos frente a la impunidad. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen X*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio (2007): «Prólogo», en CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2007): *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Ediciones Parthenon, Madrid.
- SAUCA, José María (2008): «El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido» en MARTÍN PALLÍN, José Antonio y ESCUDERO ALDAY, Rafael (eds.): *Derecho y memoria histórica*. Trotta, Madrid.
- SEILS, Paul (2009): «La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional», en ALMQVIST, Jessica y ESPOSITO, Carlos (coords.): *Justicia transicional en Iberoamérica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- SILVA, Emilio (2011): «Movimiento memorialista», en ESCUDERO ALDAY, Rafael (coord.): *Diccionario de Memoria Histórica. Conceptos contra el olvido*. Ed. Catarata, Madrid.
- SILVA, Emilio y MACÍAS, Santiago (2009): *Las fosas de Franco. Los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*. Temas de Hoy, Madrid.
- , (2003): *Las fosas de Franco. Los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*. Temas de Hoy, Madrid.
- SILVA, Emilio, ESTEBAN, Asunción, CASTÁN, Javier y SALVADOR, Pancho (coords.) (2004): *La memoria de los olvidados. Un debate sobre el silencio de la represión franquista*. Ámbito Ediciones, Valladolid.
- SOLER SÁNCHEZ, Mariano (2010): *La transición sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)*. Península, Barcelona.
- SUBOTIC, Jelena (2009): «The Paradox of International Justice Compliance», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, núm. 3, pp. 362-383.

- TAMARIT SUMALLA, Josep (2009): «Justicia transicional y Derecho penal en España», en VV.AA.: *Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?* Fundación Antonio Carretero, Madrid.
- TAMAYO, Giulia (2008): «Los derechos de las víctimas de la Guerra Civil española y el franquismo en el contexto de la experiencia mundial y las obligaciones internacionales sobre verdad, justicia y reparación», *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, núm. 7, pp. 255-271.
- TEIJO GARCÍA, Carlos (2011), «Justicia transicional y Derecho internacional: algunas reflexiones sobre la retroactividad del derecho a la justicia a propósito del controvertido caso español», en BRITO, Wladimir y PUEYO LOSA, Jorge (dirs.), y VALE PEREIRA, María da Assunção y PONTE IGLESIAS, María Teresa (coords.), *Conflictos armados, gestión postconflicto y reconstrucción*. Andavira, Santiago de Compostela.
- TEITEL, Ruti G. (2003): «Transitional Justice Genealogy», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, p. 69-94.
- , (2000): *Transitional Justice*. Oxford University Press, Nueva York.
- VALENCIA VILLA, Hernando (2010): «Memoria histórica y derechos humanos: Lecciones de Hispanoamérica», en ORTEGA, Julio (ed.): *Nuevos hispanismos interdisciplinarios y trasatlánticos*. Iberoamericana-Vervuert, Madrid.
- VAN PACHTENBEKE, Andy y HAECK, Yves (2010): «From De Becker to Varnava: the state of continuing situations in the Strasbourg case law», *European Human Rights Law Review*, núm. 1-2010, pp. 47-58.
- VERDROSS, Alfred (1937): *Völkerrecht*. Springer, Berlin.
- VICENTE MÁRQUEZ, Lydia (2009): «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», en VV.AA.: *Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?* Fundación Antonio Carretero, Madrid.
- VINYES, Ricardo, ARMENGOU, Montse y BELI, Ricard (2003): *Los niños perdidos del franquismo*. Debolsillo, Barcelona.
- WALZER, Michael (2004): *Reflexiones sobre la guerra*. Paidós, Barcelona.
- WILLIAMS, Paul R. y SCHARF, Michal P. (2002): *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*. Rowam & Littlefield Publishers, INC, Boston.
- ZALAUQUETT, José (1991): «Derechos Humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 14, pp. 91-136.
- ZWART, Tom (1994): *The Admissibility of Human Rights Petitions: The Case Law of the European Commission of Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht.

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos, y no debe estar comprometida su publicación en otro medio.
2. Los trabajos podrán presentarse en castellano o en euskera. Deberán incluir un resumen (máximo 10 líneas), un breve CV del autor/a, así como las palabras clave.
3. Los trabajos se remitirán hasta el mes de marzo para los números 1 y 2 de cada año y hasta el mes de septiembre para los números 3, 4 y 5, y serán publicados una vez su evaluación sea positiva por parte de las personas evaluadoras externas.
4. La extensión del trabajo será entre 30.000 y 40.000 palabras en papel DIN A4, a un espacio y medio, incluyendo gráficos, cuadros, tablas y bibliografía. El tipo de letra utilizada deberá ser la misma.
5. Los trabajos serán enviados en soporte informático a la siguiente dirección: felipe.gomez@deusto.es o a la dirección postal del Instituto de Derechos Humanos (Avda. de las Universidades 24, 48007, Bilbao).
6. En la primera página se indicará: título del trabajo, nombre y apellidos del autor/a, dirección, teléfono y correo electrónico, así como su filiación institucional y la forma en que desea que aparezca.
7. Todos los gráficos deben estar numerados correlativamente, llevar título y la fuente correspondiente. Los mismos requisitos son aplicables a cuadros y tablas. En el texto se deberá indicar la referencia concreta del lugar en el que debe incluirse el gráfico, el cuadro y la tabla.
8. Las siglas irán acompañadas del nombre completo la primera vez que se citen en el texto, y entre paréntesis. Ejemplo: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).
9. Las notas irán siempre a pie de página. Éstas, y las referencias bibliográficas, seguirán la siguiente lógica en cuanto a formato:

LIBROS: WEBER, Max (1944): *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México.

ARTÍCULOS: HALFMANN, Jost (1997): «Immigration and citizenship in Germany», *Political Studies*, Vol. 45, n.º 2, pp. 260-290.

JATORRIZKO LANAK AURKEZTEKO ARAUAK

1. Lanak jatorrizkoak eta sekula argitaratu gabeak izango dira, eta ez dira beste toki batean argitaratzeko berbatuta egongo.
2. Lanak gaztelaniaz zein euskaraz aurkeztu ahal izango dira. Laburpen bat izango dute (gehienez, 10 lerrokoa), autorearen CVA, baita gako hitz batzuk ere.
3. Lanak martxoan baino lehen bidaliko dira, urte bakoitzeko 1. eta 2. zenbakietan argitaratzeko direnean; eta iraila baino lehen, urteko 3., 4. eta 5. zenbakirako direnean. Kanpoko ebaluatzaileek aldeko ebaluazioa emandakoan argitaratuko dira.
4. Lanaren luzera 30.000 eta 40.000 hitz bitartekoa izango da, DIN A4 paper motan, bat eta erdiko lerroartearekin, grafikoak, koadroak, taulak eta bibliografía barne. Erabilitako letra mota berdina izan beharko da.
5. Lanak euskarri informatikoan bidaliko dira helbide honetara: felipe.gomez@deusto.es; edo Giza Eskubideen Institutuko posta helbidera (Unibertsitate etorbidea, 24; 48007, Bilbao).
6. Lehenengo orrialdean honakoak agertuko dira: lanaren izenburua, idazlearen izen-abizenak, helbidea, telefonoa eta posta elektronikoa, baita egilea zein erakundetakoa den eta zelan nahi duen agertu ere.
7. Grafiko guztiek elkarren ondoko zenbakiak eraman behar dituzte, izenburua eta zein iturritakoak diren. Berdin jokatu da koadro eta tauletan ere. Grafiko, koadro eta taula bakoitza zein lekutan txertatu behar den adierazi beharko da testuan.
8. Siglak izen osoaren ondoan agertuko dira testuan lehenengoz aipatzean, beti parentesi artean. Adibidez: Errefuxiatuentzako Nazio Batuen Goi-komisioa (ACNUR).
9. Oharrak orri-oinean agertuko dira beti. Oharrok eta erreferentzia bibliografikoak honela aipatuko dira formatuaren aldetik:

LIBURUAK: WEBER, Max (1944): *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, Mexiko.

ARTIKULUAK: HALFMANN, Jost (1997): «Immigration and citizenship in Germany», *Political Studies*, 45. bol, 2. zk., 260-290. or.

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 67

Sin renunciar a algunos apuntes sobre cuestiones más amplias, este libro pretende ofrecer una visión de conjunto acerca del tratamiento judicial de los *crímenes del pasado* en España; de los crímenes cometidos antes de su último proceso de transición a la democracia; de los crímenes perpetrados durante la Guerra Civil y el franquismo; y especialmente, de los hechos de desaparición forzada de personas. En el mismo se reúne, ordena, expone y valora la actividad judicial desplegada ante y por los tribunales territoriales, la Audiencia Nacional, el Tribunal Constitucional y (finalmente) el Tribunal Supremo, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos e incluso la Corte Penal Internacional; sin olvidar los tribunales de terceros Estados, como Argentina. Todo ello, sirviéndose del Derecho internacional público, en general, y el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional penal, en particular, como referencias de análisis fundamentales.

Javier Chinchón Álvarez (Madrid, 1978) es doctor (premio extraordinario) y licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid. Ha sido profesor en distintas universidades españolas y extranjeras, conferenciante invitado en múltiples Seminarios y Congresos, e investigador-visitante en diversos centros en Europa y América. También ha sido y es miembro/consultor de múltiples organismos españoles e iberoamericanos; entre ellos, *Rights International Spain*, del que es Director de Investigación. Es autor de más de medio centenar de trabajos académicos en su ámbito de especialización; destacando sus publicaciones sobre Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho internacional penal, responsabilidad internacional, y «Justicia Transicional» y Derecho internacional. Desde 2010 es Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid.



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTITZIA ETA HERRI
ADMINISTRAZIOA SAILA
Justicia Sailburuordetza
Giza Eskubideen Zuzendaritza

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Viceconsejería de Justicia
Dirección de Derechos Humanos

HURI-AGE

Consolider-Ingenio 2010



Deusto

Publicaciones

Universidad de Deusto