

## 2012: LAS POSIBILIDADES LEGALES DE LA MEMORIA HISTÓRICA

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

*Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid*

---

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. 2012: Las posibilidades legales de la memoria histórica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2012, núm. 14-12, p. 12:1-12:42. Disponible en internet:  
<http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-12.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 14-12 (2012), 20 dic]

**RESUMEN:** La gestión del pasado referido a la Guerra Civil y a la posguerra no es cuestión resuelta en España de forma satisfactoria. El silencio que siguió a la muerte de Franco y la renuncia a establecer la verdad y a reconocer a las víctimas nos ha llevado a una situación rechazada por muchos. La llamada Ley de la Memoria Histórica ha resultado insuficiente para satisfacer las demandas de verdad, justicia y reparación y para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por España.

El Tribunal Supremo ha declarado la imposibilidad de seguir causa penal sin sujeto al que exigir responsabilidad y de llevar adelante los “juicios de la verdad”. Mientras, sigue habiendo cadáveres en fosas clandestinas y cunetas sin localizar e identificar y las sentencias y resoluciones que instrumentaron la represión conservan su validez, por más que se las declare ilegítimas e injustas. La pugna de la memoria contra el olvido podría perderse e instaurarse el silencio como única opción legal.

**PALABRAS CLAVE:** Memoria histórica, caso garzón, desaparición forzada, derecho a la verdad individual y colectiva, amnistía, crímenes de la guerra civil y la posguerra, impunidad, justicia transicional.

Fecha de publicación: 20 diciembre 2012

---

**SUMARIO:** 1. *Introducción: la Memoria y el olvido.* 2. *Memoria Histórica y caso Garzón.* 3. *Los desaparecidos.* 3.1. *El delito de desaparición forzada.* 3.2. *La víctima de una desaparición forzada. Sus derechos. La Ley de la Memoria Histórica.* 4. *Las posibilidades de la Memoria tras la Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero. El Auto del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012.* 5. *La cuestión de la amnistía.* 6. *Más sobre la Ley de Memoria Histórica.* 6.1. *El derecho a la verdad.* 6.2. *El tratamiento de la represión durante la Guerra Civil y la posguerra. Ilegitimidad y nulidad. El exilio* 7. *Los últimos acontecimientos: ¿El olvido de la Memoria?*

*A mis tíos, Gloria y Paco que, tras un exilio que empezó en 1939 y nunca acabó, descansan en el cementerio de Beauvais, a 70 Km. de París.*

## 1. Introducción: la Memoria y el olvido

Lo acontecido en el pasado no se puede cambiar, pero caben distintas visiones de lo que ocurrió; así, aunque el pasado es único, las memorias que lo refieren pueden ser más de una. Las memorias no ocurren, sino que se forman por individuos que cuentan los hechos -en ocasiones, escondiendo algunos o maquillándolos- y, en todo caso, los interpretan. Por eso, ante sucesos de cruda objetividad, ante conflictos muy dolorosos con múltiples víctimas, caben varias visiones, a veces fuertemente enfrentadas, hasta el punto de llegar a requerirse la intervención de los poderes públicos para la ordenación de la Memoria Histórica; tal intervención puede acompañarse o no de acciones tendentes a la reparación de las víctimas, al logro de la pacificación o a la consolidación de un proceso político de transición. Por otro lado, la acción de los historiadores y de los que tienen interés en saber qué paso puede verse acompañada por la acción estatal para fijar una verdad colectiva. La determinación de la verdad puede alcanzarse con la actuación de Comisiones de la Verdad<sup>1</sup> y verse favorecida por Leyes de Memoria (para buscar y establecer una memoria colectiva que ha sido ocultada o ha estado disfrazada), o por actuaciones judiciales (basta pensar en el caso de Argentina que está siendo capaz de juzgar a los represores de las Juntas Militares y con ello contribuir a la reconstrucción de la verdad). Una vez establecidos los hechos y reconocidas las víctimas, los poderes públicos pueden emprender acciones diversas para honrar y compensar a los que sufrieron (Memoriales, monumentos, reconocimientos, indemnizaciones, etc.).

La necesidad de actuar sobre el conocimiento del pasado se intensifica ante grandes catástrofes históricas: genocidios, guerras civiles, dictaduras o exterminios de los que el planeta ha estado y está cuajado; mientras ese pasado no se establezca -y se reconozca y se repare a sus víctimas-, no dejará de estar presente como algo inconcluso, injusto y muy doloroso.

Esto es precisamente lo que está ocurriendo en España: después de 76 años desde que se desatase la Guerra Civil y 37 desde que muriese el dictador Franco, todavía hoy se sigue buscando una gestión adecuada de ese pasado lleno de olvidos y mentiras. Durante muchos años ha reinado el silencio, que se ha mantenido en la democracia, mientras se consideró que era peligroso hurgar en lo ocurrido; pero entrado el siglo XXI y en lo que parecía una situación de “riesgo social cero”, la memoria, hasta ahora amordazada, quiere abrirse camino para buscar la verdad, la

<sup>1</sup> Según datos de Amnistía Internacional, en el mundo se han creado más de 30 Comisiones de la Verdad,

justicia y la reparación de los que fueron víctimas de unos dolorosísimos episodios<sup>2</sup> de nuestra historia que se han extendido durante cuarenta años.

Si tuviésemos que hacer un diagnóstico esquemático del estado actual de la cuestión podríamos decir lo siguiente: la verdad podrá encontrarse, la justicia está gravemente impedida y la reparación es nuestra deuda con los que más sufrieron por los hechos y por el silencio que los ha envuelto. Y cuando hablamos de “verdad”, debemos recordar que la misma se presenta en dos planos: la verdad individual y la verdad colectiva: cada uno tiene derecho a saber qué pasó con los suyos y, además, se requiere una lectura global de los hechos.

Todo lo anterior tiene que ver con la idea de la Justicia transicional, es decir con la necesidad de dar respuesta a las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos, reconociéndolas, reparándolas y permitiendo una reconciliación para el futuro; normalmente esas violaciones se han cometido en el contexto de una guerra, de un proceso de desintegración nacional o de una dictadura, y lo que se busca es la transición a la paz, a la construcción nacional o a la democracia. A ello se puede llegar por diversas vías, combinadas o no; así podemos enumerar las siguientes:

- Acudir a los Tribunales nacionales, lo que en ocasiones nos es posible porque no existe un aparato judicial fuerte e independiente capaz de dar respuesta a las violaciones recientes; en otros casos, el recurso a la justicia penal nacional tiene importantes limitaciones -como la irretroactividad- o permite soluciones demasiado selectivas en cuanto al número de personas que se declaran responsables, no contribuyendo a la reconstrucción de la verdad global.

- Buscar la respuesta en Tribunales internacionales (fue el caso de los juicios de Nuremberg). La puesta en funcionamiento de Tribunales internacionales “*ad hoc*” o permanentes es una de las fórmulas para actuar el principio de Justicia Universal. Este principio se refiere a una serie de delitos gravísimos (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra) que deben ser perseguidos, investigados y juzgados, en todo caso, ya sea por un Tribunal Internacional (jurisdicción universal internacional), ya por un Tribunal nacional (jurisdicción universal estatal) y, cuando es el Tribunal de un Estado el que actúa, lo hace prescindiendo de los criterios que de ordinario generan su jurisdicción sobre un asunto; es decir, prescindiendo de los criterios de territorialidad, protección de intereses propios o personalidad pasiva y activa. Detrás del principio de Justicia Universal está la idea de la protección absoluta de los derechos humanos frente a las más brutales violaciones y la necesidad de luchar contra la impunidad generada por la negativa o la imposibilidad de

<sup>2</sup> Paul Preston nos ofrece los siguientes datos: en lo que a la Guerra se refiere, habla de 300.000 muertos en el frente y 200.000 fuera del frente víctimas de procesos sumarísimos o ejecuciones sin juicio; tras la victoria siguieron las ejecuciones (20.000); medio millón de personas se exiliaron; más muertes se registraron en campos de concentración, prisiones y campos de exterminio nazis. Todo lo anterior constituye según el autor citado el “holocausto español” (*El holocausto español. Odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Debate, Madrid, 2011, pág. 17).

juzgar del Estado territorialmente competente. Se concluye la necesidad de encontrar un juez, en todo caso, aunque ello requiera la atribución de una competencia universal -por Tratado o costumbre- a cualquier juez no llamado por razón de territorialidad, lo que desemboca en la ubicuidad de la persecución y en la posibilidad de actuación concurrente de todos los Estados. En definitiva, la jurisdicción universal se encamina a cubrir la pasividad de la jurisdicción territorial<sup>3</sup>.

- Hacer funcionar Comisiones de la Verdad, normalmente cuando se opta por reconstruir la verdad y se pospone o se renuncia a la solución de la Justicia penal<sup>4</sup>.

- Modificar las estructuras y cuerpos estatales responsables de las violaciones para garantizar la no repetición de los hechos.

- Emprender una justicia de género, dado que algunos conflictos han castigado especialmente a las mujeres por el hecho de serlo.

- Preservar los archivos y abrirlos al conocimiento general y de las víctimas.

- Fomentar la memoria colectiva mediante actuaciones que sirvan para fijarla (reconocimiento de responsabilidades, museos, memoriales, trabajo de historiadores, etc.).

Hay modelos de transición en los que prima la búsqueda de la Justicia, aún a costa de dificultar la pacificación. Otros tienen como finalidad primordial alcanzar la paz, la democracia o la reconciliación, incluyendo la amnistía u otras soluciones similares de efecto rápido, pero que pueden ser problemáticas a medio plazo. En ocasiones prima evitar la repetición de los hechos. Otros modelos tienden a la reconstrucción de la verdad y a la reparación. En algunos casos el protagonismo de la transición ha estado en mano de instancias oficiales (jueces, legisladores o Gobierno), mientras que en otros se ha dado entrada a organizaciones o colectivos sociales, a activistas de derechos humanos o a sectores religiosos. Finalmente, algunas acciones de transición se presentan como un puente entre el pasado y el futuro, rechazando la idea de la ruptura, mientras que otras buscan la ruptura con el pasado.

<sup>3</sup> Al principio de Jurisdicción Universal me he referido en “Alcance de la Jurisdicción Universal española tras la modificación operada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre”, en Castillejo Manzanares, R. (coordinadora), *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 146-206.

<sup>4</sup> El trabajo de una Comisión de la Verdad puede ser muy útil, pero puede resultar insuficiente por sí solo; una vez que se conoce la verdad ¿qué debe hacerse con ella? ¿se asumen responsabilidades o se hace borrón y cuenta nueva (a esta alternativa se refiere Ricard Vinyes, “Elogio de la responsabilidad”, en *Público*, de 5 de octubre de 2011). En el caso español se considera por algunos que una Comisión de la Verdad serviría para superar la situación en la que nos encontramos. Así Thomas Weber entiende que cuando los criminales son ya demasiado viejos y frágiles, su enjuiciamiento puede cuestionarse y además suele arrojar poca luz sobre los hechos, por lo que resulta más eficaz una Comisión de la Verdad; refiriéndose al caso alemán se pregunta “¿pueden realmente las herramientas legales convencionales cumplir con todas esas expectativas 70 años después del inicio del Holocausto?”, respondiendo que no y que el enjuiciamiento solo tendría el sentido de hacer ver al mundo que los crímenes son imprescriptibles y que, en consecuencia, la Justicia ha de actuar incesantemente; y sigue diciendo que si el objetivo es preservar la Memoria, entonces es más apropiado recurrir a una Comisión de la Verdad (“Tribunales ordinarios y criminales de guerra”, en *El País*, de 19 de abril de 2012)

En el caso español, la transición a la democracia no se acompañó en sus orígenes de ninguna acción encaminada a restablecer la verdad o hacer Justicia; sí hubo algunas acciones tendentes a reparar a las víctimas (regularización de funcionarios separados por razones políticas o de militares que habían tomado parte en la Guerra Civil; rehabilitación de militares profesionales; reconocimiento de derechos y servicios prestados; pensiones; integración de maestros y profesores; indemnizaciones por privación de libertad; prestaciones económicas a los que se desplazaron siendo menores de edad; cesión o restitución del patrimonio sindical y de bienes incautados a Partidos Políticos). En este sentido, parece que nuestra Justicia transicional, nuestra Transición, aún cosechando muy relevantes éxitos en su origen (la consolidación de la democracia), sin embargo demoró los aspectos relativos a la verdad y a la reparación plena e impidió el señalamiento de responsabilidades penales. Es claro que no se buscó acabar con la impunidad; primó el silencio en aras a la reconciliación, pero consolidada la democracia, se ha constatado que ese silencio no puede perdurar y convertirse en olvido. Lo que ya no parece tener remedio en el caso español es la impunidad; una impunidad “de hecho” que se ha ido consolidando con el transcurso del tiempo y la desaparición de la mayoría de los responsables vivos; esta impunidad fáctica se ha convertido en impunidad jurídica a la vista de la doctrina sostenida por el Tribunal Supremo en dos resoluciones de 2012 que analizaremos después.

La búsqueda de la memoria persigue evitar el olvido: memoria y olvido se presentan como dos opciones antagónicas; recuperar o construir la memoria supone traer lo que ocurrió, o sea el pasado, a nuestro presente, y solo así es posible su transmisión a las jóvenes generaciones y, con ello, al futuro. La dificultad de establecer lo ocurrido en el pasado obedece a que cuando hablamos de Memoria Histórica no nos referimos al pasado en su objetividad de hechos concatenados, sino más bien a la percepción –o a las percepciones diversas y encontradas- que de ellos se tiene; es decir, la Memoria es el resultado de combinar los hechos con la visión que la colectividad tiene de ellos y con la forma en que los interpreta<sup>5</sup>. Esas percepciones pueden ser parciales e interesadas; pueden travestir la realidad y acabar imponiéndose; esto último es lo que ocurrió con la memoria de los vencedores de la Guerra Civil que se impuso a la generación del silencio, los que fueron niños y adolescentes durante la contienda y la victoria y que vivieron la transición como garantía de un mejor futuro.

Es evidente que durante la posguerra se construyó una memoria que interpretaba a gusto de los vencedores los hechos, sosteniéndose así, por ejemplo, que la guerra había sido una “cruzada” y el golpe de Estado un “glorioso alzamiento” requerido

<sup>5</sup> En palabras de Paloma Aguilar Fernández, la Memoria histórica es “el recuerdo que tiene una comunidad de su propia historia así como las lecciones y aprendizajes que, más o menos conscientemente, extrae de la misma” (*Memoria y olvido de la Guerra Civil española*, Alianza Editorial, 1996).

porque la República era el desorden (y no un sistema democrático y legítimo)<sup>6</sup>. En los primeros años tras la muerte de Franco, la idea de la reconciliación y de la necesidad de silencio y de no hurgar en el pasado, se quiso basar por algunos en un pensamiento que hablaba de la equidistancia de los males y las culpas en los dos bandos contendientes<sup>7</sup>. Hoy, esa equidistancia no se sostiene y propicia la necesidad de renovar la Memoria sobre la Guerra Civil y la victoria que le siguió.

A ese pensamiento que reparte responsabilidades por igual se refiere el historiador Ángel Viñas Martín como la “trampa de la equivalencia”<sup>8</sup>. Por su parte Paul Preston recuerda que las dos represiones, la de la zona republicana y la de la zona rebelde, fueron cualitativa y cuantitativamente distintas; los rebeldes actuaron de forma planificada, con organización, para acabar con todos los enemigos, mientras que en la zona republicana la violencia desatada fue fruto reacciones espontáneas y desobedientes con el Gobierno y las autoridades de la República. También el número de víctimas, de una y otra represión, fue muy distinto<sup>9</sup>. La misma idea de rechazo a la igualación de las dos violencias la expresa Mirta Núñez Díaz-Balart al decir que “el recurso fácil a la equiparación en la violencia represiva desarrollada por los

<sup>6</sup> Algunos niegan que la Historia y la Memoria puedan no coincidir, pero lo cierto es que tal cosa ocurre, en España ha ocurrido, de ahí que Reyes Mate afirme que “la memoria que ahora aflora tiene un contenido distinto al de la memoria que quedó saldada en el momento de la transición con las...amnistías. Hay que distinguir entre la memoria de los supervivientes o herederos de la Guerra Civil y la de las víctimas de la misma. Los primeros decidieron libremente clausurar un pasado fratricida. Nadie imaginaba entonces que las víctimas tuvieran algo propio que decir. Eran invisibles o mejor **in-significantes**...lo que ha cambiado desde 1979 hasta hoy es que los muertos son políticamente significativos y esto no por obra de la creencia en la resurrección de los cuerpos, sino en nombre de una nueva concepción de la justicia... La reflexión sobre las víctimas del Holocausto ha colocado en el epicentro de la justicia la significación de las víctimas. Gracias a la memoria se hace presente el pasado. No cualquier pasado, sino el pasado de los vencidos (el de los vencedores siempre está presente)... Nada tiene que ver esto con menoscabar la importancia de la transición. Se trata más bien de hacernos cargo de esa parte del pasado, el de las víctimas, que no quedó recogido, ni reconciliado, en la figura de las dos amnistías (“La herencia del olvido”, en *El País*, de 18 de enero de 2009). A las dos amnistías me referiré más adelante para rechazar, en la línea del autor citado, la culpabilización que algunos preconizan hoy contra la transición y la amnistía.

<sup>7</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, luego analizada parece estar más cerca de la equiparación de males y bandos, aquí rechazada, cuando afirma lo siguiente: “*La guerra civil española se desencadena tras un golpe de Estado, el alzamiento militar de 17 de julio de 1936, se desarrolla durante cerca de tres años, hasta el 1 de abril de 1939. Hubo episodios de gran violencia, motivados, en ocasiones, por un revanchismo fratricida. El informe (Informe General de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo de 28 de julio de 2006) recoge cómo en los dos bandos se cometieron atrocidades, que en la cultura actual, informada sobre la vigencia y expresión de los derechos humanos, serían propios de delitos contra la humanidad. Hubo "sacas", "paseos", fusilamientos sin juicios previos, represiones de los oponentes políticos, ejecuciones desconectadas de los frentes de la guerra, etc. Hay episodios de la guerra civil española que constituyen verdaderas masacres como, entre otros, los sucesos de Granada, Belchite, Málaga, Paracuellos del Jarama, Gernika, Badajoz en sus sucesivas ocupaciones, que son vergonzosos para la condición humana. Muchas de las personas fueron fusiladas sin juicio a lo que se añadió la ocultación del fallecido a su familia y su lugar de enterramiento. Incluso, este lugar de inhumación fue objeto de sucesivos desplazamientos sin informar a la familia*”.

<sup>8</sup> Lección magistral en la Facultad de Geografía e Historia de la Universidad Complutense de Madrid impartida el 18 de mayo de 2011 por el Profesor Ángel Viñas con motivo de su jubilación (ver reseña en [http://www.madrimasd.org/blogs/Historia\\_RRII/2011/05/20/129956](http://www.madrimasd.org/blogs/Historia_RRII/2011/05/20/129956)).

<sup>9</sup> *El holocausto...*, ob. cit., págs. 17 y ss.

contendientes en la Guerra Civil se ha convertido en un automatismo desde la transición. La igualación en la balanza de las víctimas corresponde al blanqueamiento que envuelve al franquismo y no a un análisis histórico”<sup>10</sup>.

La imposible equiparación de responsabilidades y violencias y el distinto destino que han tenido unas y otras víctimas impide que este capítulo de nuestra historia pueda cerrarse tapándolo, perpetuando el silencio<sup>11</sup>.

## 2. Memoria Histórica y caso Garzón

Las reivindicaciones de víctimas, de familiares de víctimas muertas o desaparecidas y de asociaciones de Memoria Histórica se han visibilizado de manera muy especial desde que el Tribunal Supremo iniciase causa penal por delito de prevaricación contra el Juez Baltasar Garzón por sus investigaciones relativas a las atrocidades acaecidas durante la Guerra Civil y parte de la posguerra. Recientemente, el Juez ha sido absuelto en Sentencia de 27 de febrero de 2012, que considera que no cometió delito de prevaricación, pero que se equivocó al pretender una investigación que –según el Tribunal Supremo– no es viable en sede judicial.

Dos cuestiones me interesa tratar: 1ª) las distintas posiciones que se han gestado a propósito de la causa contra Garzón, y 2ª) las consecuencias que la Sentencia absolutoria tiene en los anhelos de los que todavía siguen buscando verdad, justicia y reparación.

En lo que se refiere a la tramitación de la causa contra Garzón, cabe destacar una movilización social en España muy considerable y una repercusión internacional extraordinaria. Téngase en cuenta que son tres los procedimientos que se han dirigido contra el Juez a la vez, lo que desde luego no es una casualidad, indicándose más bien una estrategia para acabar con su carrera en la que se ha jugado con tres fichas<sup>12</sup>. Esos procedimientos se han utilizado como fichas de un juego y se han ido moviendo, acelerando, parando o ralentizando con criterios que no se explican desde el punto de vista procesal, sino en función de la búsqueda de dos intereses; el primero, la suspensión cautelar y la salida del Juzgado; el segundo, la condena a once años de inhabilitación que le expulsa de la carrera judicial.

Ríos de tinta se han escrito sobre el “caso Garzón”, en su gran mayoría para repudiar la acción del Tribunal Supremo<sup>13</sup>. Basta recordar el editorial de *The New*

<sup>10</sup> “El por qué y para qué de la represión”, en *Público*, de 19 de junio de 2011.

<sup>11</sup> Reyes Mate se refiere al “deber de memoria” y afirma que una cosa es la justicia de la historia que explica los hechos y otra la justicia memorial que exige la reparación, no pudiéndonos conformar con la primera (“El deber de memoria”, en *El País*, de 27 de enero de 2011).

<sup>12</sup> Así lo sostuve en 2010, al iniciarse las causas contra el Juez Garzón, en “La agonía del Juez Garzón”, *El País*, de 17 de febrero de 2010.

<sup>13</sup> A algunos de los argumentos a favor del Tribunal Supremo me referí, intentando combatirlos, en “El procedimiento en Derecho”, *El País*, de 6 de mayo de 2010.

*York Times*, de 4 de febrero de 2012 que, bajo el título “La verdad a juicio en España”, entendía que “procesar a Garzón es una ofensa para la justicia y para la historia”, y añadía que siendo ahora España una democracia, el juicio suponía “un preocupante eco del pensamiento totalitario de la era de Franco”. Por su parte, *Le Monde Diplomatique*, señalaba en 2010 que el proceso a Garzón giraba en torno a una cuestión central: “¿Qué hacer, desde el punto de vista simbólico, con la Guerra Civil?”, subrayando que “más allá del caso Garzón, lo que está en juego es el derecho de las víctimas a una reparación moral, el derecho colectivo a la memoria, a poder establecer oficialmente, sobre la base de atrocidades demostradas, que el franquismo fue una abominación”<sup>14</sup>.

La perplejidad que fuera de España ha provocado el proceso contra Garzón la expresaba Reed Brody, consejero de Human Rights Watch, diciendo que “al cabo de 36 años desde la muerte de Franco... España finalmente va a juzgar a alguien en relación con los crímenes cometidos durante su dictadura, y esta persona no es nada menos que el juez que intentó investigar tales delitos”, a lo que añade que “el juicio... atenta contra el concepto mismo de justicia tanto dentro como fuera de España”<sup>15</sup>.

Cierto es -ya se ha dicho- que Baltasar Garzón ha sido absuelto en la causa que se refiere a las investigaciones de los crímenes del franquismo, pero ha sido condenado por las escuchas que ordenó en la presunta trama de corrupción del caso “Gürtel” (Sentencia del Tribunal Supremo 79/2012, de 9 de febrero). En ambos asuntos se le acusaba del mismo delito, o sea, de prevaricación, pero no ha corrido la misma suerte en uno y otro proceso. Parecería entonces que la interpretación que manejó en un caso –el de la Guerra Civil- era errónea, pero no prevaricadora, mientras que en el otro –el de las escuchas- la interpretación era más que errónea, prevaricadora. Al respecto, creo que debe puntualizarse que con la tesis sostenida en la Sentencia absolutoria, debería haber sido también absuelto en el caso en el que ha resultado condenado. Y ello por una sencilla razón: en uno y otro caso, el Juez mantuvo una interpretación posible y sostenida por otros; que puede compartirse o no; que puede considerarse acertada o equivocada y, por tanto, susceptible de ser corregida en vía de recurso; pero en ninguno de los dos casos su interpretación podía tildarse de oposición frontal a la Ley, de irracional o de insostenible según los métodos de interpretación admitidos<sup>16</sup>. Las interpretaciones que se hicieron por

<sup>14</sup> Ignacio Ramonet, “Garzón, la justicia y la memoria”, en *Le Monde Diplomatique*, edición española, mayo de 2010, núm. 175. Sigue el autor con las siguientes afirmaciones: “Los partidarios de la “cultura del ocultamiento” acusan a Garzón de querer abrir la caja de Pandora y enfrentar de nuevo a los españoles. Insisten en que en el otro bando también se cometieron crímenes. No acaban de entender la especificidad del franquismo. Se comportan como un periodista que, deseando organizar un “debate equilibrado” sobre la Segunda Guerra Mundial, decidiese: “Un minuto para Hitler y un minuto para los judíos”.

<sup>15</sup> <http://www.hrw.org/es/news/2012/01/13/espa-proceso-contra-garz-n-supone-una-amenaza-para-los-derechos-humanos>.

<sup>16</sup> A la prevaricación y a los casos que no constituyen prevaricación me he referido en “Prevaricación e

Garzón en los dos casos eran compartidas por operadores jurídicos españoles (en el caso de las escuchas, 3 de los 5 Jueces que habían intervenido en el asunto las habían considerado correctas, al igual que los Fiscales que actuaron en el caso o que intervinieron en el procedimiento contra Garzón) y extranjeros (basta recordar las voces de juristas que desde todo el mundo avalaron las consideraciones hechas por Garzón de crímenes contra la Humanidad, imprescriptibles y no susceptibles de amnistía en el caso de la Guerra Civil). Lo anterior nos aleja de la posibilidad de calificar de prevaricadoras las decisiones que cuentan con tales avales jurídicos y que –diga lo que diga ahora el Tribunal Supremo– están dentro de las interpretaciones posibles. Y es que, la prevaricación no hay que buscarla dentro de los límites de la interpretación permitida por la norma, sino fuera de esos límites, cuando se alcanza una contrariedad absoluta con la norma y con su interpretación posible.

A la Sentencia absolutoria del Juez Garzón, en lo que se refiere al escenario legal de futuro que marca para los que buscan verdad, justicia y reparación me referiré más adelante, para analizar ahora la cuestión de los desaparecidos de la Guerra y la Dictadura.

### 3. Los desaparecidos

La desaparición forzada es un atentado múltiple a los derechos humanos: afecta a la libertad, al derecho a un proceso debido y a la dignidad de la víctima y de los suyos, poniendo en peligro la vida y la integridad física y convirtiéndose en el escenario perfecto –por la opacidad que se genera– para sufrir torturas y tratos inhumanos. Con la desaparición forzada se sustrae al individuo de cualquier amparo legal y del auxilio de los suyos; finalmente, la clandestinidad de la desaparición garantiza la impunidad de sus autores<sup>17</sup>.

Se recurre a la desaparición forzada como forma de acabar con el oponente; el efecto que se persigue con ella es que nada se sepa del destino de la persona que en primer lugar la sufre, que se ignore si está viva o muerta, dónde está y si fue liberada o no, provocándose así un clima de terror en los que le rodean. Este efecto buscado se expresaba perfectamente en la Orden del Tercer Reich, de 7 de diciembre

interpretación judicial (a propósito del Auto del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2010 por el que se deniega el sobreseimiento pedido por el Juez Baltasar Garzón en la causa de la “Guerra Civil”), en *La Ley*, núm. 7637, de 23 de marzo de 2010, págs. 1-8.

<sup>17</sup> Según la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 2005 - Gómez Palomino vs. Perú-, la desaparición forzada es “*un fenómeno diferenciado (de otros delitos como el secuestro, la tortura o el homicidio) caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos*”.

de 1941<sup>18</sup>, la conocida como Orden de Noche y Niebla. Esta Orden permitía el envío de los enemigos del Reich a campos de concentración hasta el final de la guerra; los detenidos perdían todo contacto con el exterior, permaneciendo los parientes y amigos ignorantes del paradero o suerte de los suyos<sup>19</sup>. En caso de morir el desaparecido, no debía informarse a la familia, ni entregarse el cadáver, para evitar que el entierro se convirtiese en una manifestación. Además, los nombres de los detenidos no podían comunicarse a ninguna organización extranjera. Esta técnica de desaparecer a la víctima y sumir a los suyos en la angustia de no saber, se consideró por el Tercer Reich una “innovación básica”, porque generaba “incertidumbre”, minando así al enemigo; concretamente se explicaba que la disuasión efectiva solo se podía conseguir con la pena de muerte o generando incertidumbre entre los parientes y el pueblo.

También en España, a partir de 1936, se recurrió a esta técnica.

Pero son las prácticas masivas y generalizadas de las Dictaduras latinoamericanas en los años 70, las que colocan a la desaparición forzada en el centro del debate de los derechos humanos, iniciándose en los 80 el camino para alcanzarse la consideración de esta técnica como un crimen internacional. Las desapariciones se perpetraban por grupos paramilitares o por las Fuerzas Armadas; en muchos casos eran el resultado de un elaborado plan de inteligencia que trabajaba con información para decidir quiénes eran las víctimas y que buscaba información, la que se arrancaba a los detenidos; el secretismo de la detención y del destino del detenido y la seguridad de su muerte y desaparición posteriores son el caldo de cultivo para la utilización de torturas, garantizándose una impunidad que no se daría caso de volver el detenido a la libertad.

El proceso de lucha contra esta práctica iniciado por quienes la sufrieron en Latinoamérica, culmina con la aprobación, en 2006, de la Convención Internacional

<sup>18</sup> Es habitual señalar el caso de la Alemania nazi como el antecedente primero de las prácticas masivas de desaparición. En realidad, fueron anteriores en el tiempo las ocurridas en la Unión Soviética desde 1930 en el Gulag (Dirección General de Campos de Trabajo).

<sup>19</sup> Se reproduce parte del contenido de la Orden:

*“Las personas que en los territorios ocupados cometan acciones contra las fuerzas armadas han de ser transferidas al Reich para que sean juzgadas por un tribunal especial.*

*Si por alguna razón no fuese posible procesarlas, serán enviadas a un campo de concentración con una orden de reclusión válida, en términos generales, hasta el final de la guerra. Parientes, amigos y conocidos han de permanecer ignorantes de la suerte de los detenidos: por ello, estos últimos no deben de tener ninguna clase de contacto con el mundo exterior. No podrán escribir ni recibir paquetes ni visitas.*

*No deben transmitirse a ningún organismo extranjero informaciones sobre la vida de los detenidos.*

*En caso de muerte, la familia no debe de ser informada hasta nueva orden.*

*Falta todavía una reglamentación definitiva sobre este aspecto de la cuestión. Las disposiciones anteriores son válidas para todos aquellos detenidos sobre los que, durante las diligencias de la reclusión por razones de seguridad realizadas por la Oficina Central de Seguridad del Reich, haya la anotación ‘Nacht und Nebel’ (Noche y Niebla)”.*

El Tribunal especial al que se refiere la Orden era un Tribunal militar que solo entraba en funcionamiento si había certeza de que se dictaría pena de muerte o si la sentencia se podía dictar en ocho días; no estándose en estos casos, procedía la aplicación de la fórmula “Noche y Niebla”.

de Naciones Unidas para la Protección de toda Persona contra la Desaparición Forzada<sup>20</sup>.

Una idea cumplida de en qué consistió esta práctica nos la ofrece la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 1988 - caso Velásquez Rodríguez v. Honduras-, cuando dice lo siguiente:

*“en la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente. Aunque esta práctica posee carácter más o menos universal, en América Latina ha presentado en los últimos años una excepcional intensidad”.*

Los hechos de los que conoció la Sentencia eran los siguientes: Manfredo Velásquez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, fue detenido violentamente y sin orden judicial por agentes de la Dirección Nacional de Investigación y de la Inteligencia militar el 12 de septiembre de 1981; fue conducido con otros detenidos a las celdas de las dependencias de la Seguridad Pública; fue sometido a interrogatorio con torturas acusado de supuestos delitos políticos; los cuerpos policiales y de seguridad negaron su detención. Finalmente, fue ejecutado y sepultado en forma clandestina, por agentes de las Fuerzas Armadas. La Sentencia considera probado que *“en la República de Honduras, durante los años de 1981 a 1984, un número de personas, entre 100 y 150, desapareció sin que de muchas de ellas se haya vuelto a tener noticia alguna...que tales desapariciones tenían un patrón muy similar, que se iniciaba mediante el secuestro violento de las víctimas, muchas veces a la luz del día y en lugares poblados, por parte de hombres armados, vestidos de civil y disfrazados que actuaban con aparente impunidad, en vehículos sin identificación oficial y con cristales polarizados, sin placas o con placas falsas...que la población consideraba como un hecho público y notorio que los secuestros se perpetraban por agentes militares, o por policías o por personal bajo su dirección...que las desapariciones se realizaban mediante una práctica sistemática”.* Se consideran en la Sentencia hechos relevantes para establecer la sistematicidad de las detenciones y desapariciones los siguientes: las víctimas eran consideradas por las Autoridades como peligrosas para la seguridad del Estado, estando sometidas a vigilancias más o menos continuadas; las armas utilizadas en las detenciones eran de uso reservado para militares y policía; los coches tenían cristales polarizados que requerían autorización oficial especial; en ocasiones los

<sup>20</sup> Debe tenerse en cuenta la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará (Brasil).

agentes no se disfrazaban; a veces se despejaba previamente el lugar de la detención; los agentes al ser detenidos por otros responsables de seguridad, se identificaban y quedaban libres; los detenidos eran conducidos a lugares secretos e irregulares de detención, torturados y algunos asesinados y enterrados clandestinamente; las autoridades negaban sistemáticamente la detención, el paradero y la suerte de sus víctimas a parientes, abogados, jueces y defensores de derechos humanos; Gobierno, jueces, militares y policía se negaban o eran incapaces de prevenir, investigar y castigar las detenciones y desapariciones; las Comisiones de Investigación formadas por el Gobierno y las Fuerzas Armadas no alcanzaron ningún resultado. Para la Sentencia “*el fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral*”.

La necesidad de prevenir estas prácticas explica el movimiento de familiares de desaparecidos tendente a conseguir la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; el texto vio la luz en 2006<sup>21</sup>.

España firmó la Convención en 2007 y, poco después, se aprobó la Ley, conocida como de la Memoria Histórica (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). La Convención está en vigor desde diciembre de 2010 -cuando se alcanzó la ratificación de 20 países de los muchos que inicialmente la habían firmado- obligando así a todos los poderes del Estado y al Estado como responsable de su aplicación.

Vemos a continuación algún ejemplo de cómo España está cumpliendo –o no– con las obligaciones que se derivan de la Convención.

### 3.1. *El delito de desaparición forzada*

En primer lugar, me refiero a la necesidad establecida en la Convención de tipificar el delito de desaparición forzada (art. 4), entendiéndose por tal “*el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley*” (art. 2)<sup>22</sup>. A

<sup>21</sup> Sobre el proceso que acaba con la aprobación de la Convención, ver Chinchón Álvarez, J., “La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: nunca es tarde si la dicha es buena? Examen general y perspectiva en España tras la aprobación de la “Ley de la Memoria Histórica”, en *Foro. Nueva Época*, núm. 7/2008, págs. 13 y ss.

<sup>22</sup> La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas define el delito en los siguientes términos: “*Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por*

este respecto debe decirse que el Código Penal español no tipifica como delito la desaparición forzada, con ese *nomen iuris* y con todas sus características, y que podía haberlo hecho fácilmente con ocasión de la reforma del Código Penal aprobada en 2010.

Sí se contempla en nuestra legislación el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero y el delito de lesa humanidad por desaparición forzada. Por lo que se refiere al primero, sirve para cubrir las detenciones individuales –no sistemáticas–; el segundo, o sea el delito de lesa humanidad, requiere la sistematicidad que se presenta cuando la desaparición es una táctica masiva; así el art. 607 bis 1) del Código Penal se refiere al delito de lesa humanidad como “*ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella*”<sup>23</sup>. Uno de los hechos que puede dar lugar a delito de lesa humanidad es la detención negándose a reconocerla o a dar razón del paradero o la suerte de la persona (art. 607 bis 2, 6°).

La catalogación de un delito como de lesa humanidad persigue una serie de consecuencias, fundamentalmente las siguientes: que no quepa respecto del mismo ni amnistía, ni indulto, ni asilo político; que sea susceptible de Jurisdicción Universal; que rija el principio de “extraditas o juzgas”; que no quepa la consideración de delito político; que sea imprescriptible; que no sea conocido por jurisdicciones especiales militares; y que no quede amparado por la obediencia debida. Debe señalarse que la Convención de Naciones Unidas obliga a tipificar el delito de desaparición forzada referido a cualquier persona, incluso a una sola persona, es decir, aunque no se den las notas de sistematicidad o generalidad propias del delito de lesa humanidad por desaparición forzosa; por eso, la Convención no impone la imprescriptibilidad de este delito de desaparición forzada singular, estableciéndose en el art. 8.1 que los Estados establecerán plazos de prescripción prolongados y proporcionados a la extrema gravedad del delito, y que tales plazos se contarán “*a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carác-*

*personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*” (art. 2). Tanto la Convención de Naciones Unidas como la Interamericana se refieren al autor del delito como un agente del Estado u otra persona que actúa vinculada al Estado, al contar con su autorización o aquiescencia. Por el contrario, el Estatuto de Roma, habla de “*la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia*” (art. 7); la referencia a una “*organización política*”, junto con el Estado, indica la posibilidad de considerar desaparición forzada el secuestro o detención a manos de grupos paramilitares, insurgentes o guerrilleros no amparados por el Estado y que actúan en su contra.

<sup>23</sup> Además se establece en el art. 607 bis 1) que, en todo caso, se considera delito de lesa humanidad la comisión sistemática de los hechos que enumera cuando la víctima pertenece a un grupo “*perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional*” o cuando los hechos se realizan “*en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen*”. Entre los motivos de persecución, el relativo a la discapacidad ha sido introducido en el Código con la reforma de 2010.

*ter continuo de este delito*”. Por su parte, el art. 8.2 obliga a cada Estado a garantizar “a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción”. Con todo, se salva de esta regla de prescriptibilidad lo que pueda disponerse en el derecho internacional para el delito de lesa humanidad por desaparición forzada, a cuya previsión no se refiere la Convención, aunque reconozca su existencia y la obligatoriedad de tipificación en otras normas. Así, el art. 5 dice que “La 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”. Por otro lado, la Convención no impide la amnistía o el indulto en el delito de desaparición forzada singular.

A la vista de todo lo anterior, puede concluirse que la tipificación en España de un delito de desaparición forzada no obedecería tanto a la necesidad de cubrir una laguna absoluta de punición o de conseguir la imprescriptibilidad, sino más bien a la necesidad de introducir en la definición una nota que no aparece en el delito de detención sin dar razón del paradero, concretamente, la que se refiere a quiénes son los sujetos activos del delito. Así, según la Convención estos sujetos son “agentes del Estado o... personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”<sup>24</sup>. Naturalmente estos sujetos no están exclui-

<sup>24</sup> Especialmente crítica se mostró Amnistía Internacional con la reforma del Código Penal de 2010, por no introducir en el texto el delito de desaparición forzada, indicando lo siguiente: “una definición correcta del delito –y no su aplicación “imperfecta” por vía de analogía interna, con abstracción de elementos esenciales-, dentro del título de los “delitos contra la comunidad internacional”, requerirá que la acción de privación de libertad, cualquiera que sea la forma, sea cometida por agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado; que haya o exista falta de información o negativa a reconocer la privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona; y que ello impida el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes –es decir, dejar a la persona desaparecida fuera del amparo de la ley. No es, pues, reconocible en el vigente artículo 166 del Código Penal (delito ordinario de detención ilegal o secuestro sin razón del paradero) que está muy lejos de satisfacer la definición del derecho internacional”. Sigue Amnistía Internacional, trayendo el “caso Garzón” en apoyatura de su crítica, en los siguientes términos: “La impostergable necesidad de incorporar al Código Penal español la definición de desaparición forzada aceptada internacionalmente y descrita por la Convención se pone de manifiesto ante decisiones judiciales recientes tales como la expresada en el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, por el Magistrado Instructor Luciano Varela Castro, de 3 de febrero de 2010, en la Causa Especial 20048/2009, contra el Magistrado Juez titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 Baltasar Garzón Real, por el supuesto delito de prevaricación en relación a la incoación de un proceso ante las denuncias recibidas por su Juzgado sobre desapariciones forzadas perpetradas durante la guerra civil y el franquismo. Dicho auto dice textualmente: “la trasmutación del delito de detención ilegal sin dar razón de paradero en el delito de desaparición forzada como delito de lesa humanidad, no sólo es jurídicamente inaceptable y ajena a cualquier interpretación usual, sino irrelevante a estos efectos de toma en consideración de la prescripción, y que la diversidad de bienes jurídicos entre la desaparición forzada de personas y la detención ilegal sin dar razón del paradero, que es más evidente tras la actual redacción del artículo 166 del vigente Código Penal, hace que no sea equiparable al nuevo 607 bis 2,6”. La resolución del Magistrado Instructor del Tribunal Supremo abunda en cuestiones más perturbadoras aún, al concluir que el Juez “actuó con la finalidad de eludir la decisión del legislador...sabiendo que éstos [los calificados como horribles crímenes por el propio Magistrado del Tribunal Supremo] habían sido objeto de amnistía por las Cortes democráticas de España, cuya voluntad decidió conscientemente ignorar u orillar”. En suma, en el marco de la invocación del crimen de desaparición forzada un juez puede ser imputado de prevaricación por

dos del art. 166 del Código Penal cuando tipifica la detención con desaparición y, tratándose de “agentes del Estado”, procede la aplicación de penas más graves a las que se suma la inhabilitación especial<sup>25</sup>. El delito de detención sin dar razón del paradero se somete Código español a los plazos de prescripción genéricamente aplicables; por el contrario, tratándose del delito de lesa humanidad, el art. 131.4 del Código Penal declara su imprescriptibilidad<sup>26</sup>.

En este punto me interesa traer la opinión sostenida por Paredes Castañón<sup>27</sup>, al referirse a los argumentos de quienes apoyaron las tesis del Tribunal Supremo en el caso Garzón. Una de esas tesis hablaba de la irretroactividad de las normas hoy vigentes y de que el delito de desaparición forzada nada tiene que ver con los tipos de detenciones ilegales vigentes en los textos penales de 1932, 1944 y 1995. En opinión del autor citado, todas las desapariciones forzadas (que no sean subsumibles en los delitos de lesa humanidad) deben ser calificadas hoy conforme a los delitos de detenciones ilegales (ya sean los tipos básicos del Código de 1932 o los básicos y el agravado del texto de 1944, por más que las penas aplicables en este

cumplir con la obligación emanada de la legalidad internacional de investigar los crímenes denunciados, y poner fin a la impunidad de la que han gozado sus autores al desarrollar diligencias para que las víctimas puedan ejercer el derecho a un recurso efectivo en sede judicial a fin de conocer, en la medida de lo posible, el paradero de los restos de sus seres queridos, las circunstancias que rodearon tales crímenes y obtener reparación” (Recomendaciones de Amnistía Internacional al Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el Código Penal, febrero de 2010. El Informe puede consultarse en <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/ESPAÑA%20RECOMENDACIONES%20DE%20AMNISTÍA%20INTERNACIONAL%20AL%20PROYECTO%20DE%20LEY%20ORGÁNICA%20POR%20LA%20QUE%20SE%20MODIFICA%20EL%20CÓDIGO%20PENAL?CMD=VEROBJ&MLKOB=28513550808>).

No puedo compartir las últimas consideraciones de este Informe, concretamente, las que se refieren al Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 como la “prueba del nueve” de la necesidad de introducir en nuestro Código un delito de desaparición forzada fiel a la definición que se hace en la Convención. Creo que tal resolución no maneja validamente el Derecho y obedece a otras consideraciones, como ya he sostenido anteriormente (ver artículo citado en nota 12). Por otro lado, debe considerarse que el Juez Garzón, finalmente, ha sido absuelto en la causa referida en el Informe, por más que su interpretación haya sido retenida errónea. Además, ya se ha dicho, la Convención no impone la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada, por lo que una recepción de tal delito en nuestro Derecho fiel a la Convención, caso de existir, no impediría un razonamiento como el hecho en el Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010.

<sup>25</sup> Según el art. 166 del Código Penal “*El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad*”. Por otro lado el art. 167 establece que “*La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años*”.

<sup>26</sup> Según el art. 131.4 del Código Penal “*Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona*”. Según el art. 133.2 “*Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso*”.

<sup>27</sup> “Soluciones, haberlas, haylas” (12-5-2010) que puede consultarse en <http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/2010/05/colaboraciones-jose-manuel-paredes.html>.

último caso deberían ser las del hoy vigente art. 166)<sup>28</sup>, sin que quepa oponer a este razonamiento la alegación de que los bienes jurídicos protegidos sean distintos, ni concluir que se esté haciendo una aplicación retroactiva prohibida<sup>29</sup>.

### 3.2. *La víctima de una desaparición forzada. Sus derechos. La Ley de la Memoria Histórica.*

Según el art. 24.1 de la Convención “*se entenderá por "víctima" la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada*”. Esta ampliación del concepto de víctima – que no se ciñe al sujeto pasivo de la desaparición- permite tener por tal, no solo a la persona “desaparecida”, sino también a los que sufren un daño directo por la desaparición de otro. Una disposición como esta se comprende a la vista del sufrimiento que padecen los familiares de un desaparecido: la incertidumbre impide el duelo; las dudas hacen que se busquen explicaciones de por qué le desaparecieron, responsabilizándose en ocasiones a la víctima; el planteamiento de hipótesis y posibles escenarios es permanente y nunca se cierra; el miedo a poder correr la misma suerte no es infrecuente; alcanzar la certeza de la muerte es, en ocasiones, el único alivio.

La primera obligación que según la Convención tiene el Estado en relación a estas víctimas es la de adoptar “*todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos*” (art. 24.2); repárese que la Convención no habla de que el Estado permita o colabore en la localización del desaparecido o en la búsqueda del cadáver, sino que establece la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas por parte del Estado; en definitiva, es el Estado el que –en primera persona, con su propia acción- debe liberar al secuestrado o entregar sus restos a los suyos.

En este punto considero que la legislación española, en lo que se refiere a los derechos de los familiares de los desaparecidos de la Guerra Civil, incumple la Convención, al no garantizar los derechos que en ella se les reconocen, sin que pueda oponerse a lo anterior ningún argumento relativo a irretroactividad, amnistía o prescripción. Me explico, cuando hablamos de encontrar restos de desaparecidos no se trata de castigar a nadie por un delito de desaparición forzada que no existía como tal (ni en su consideración individual, ni como delito de lesa humanidad) cuando ocurrieron los hechos a partir de 1936; no tratándose de establecer la responsabilidad penal, no entran en juego ni la amnistía, ni la prescripción, ni la irre-

<sup>28</sup> El autor solo excluye de esta afirmación las desapariciones forzadas que fuesen legales en su origen y que no quedarían cubiertas por los tipos de detenciones ilegales de los Códigos de 1944 y 1995.

<sup>29</sup> Con todo, el autor citado no deja de reconocer que en los casos investigados por Garzón la prescripción podía estar alcanzada.

troactividad. Aunque se quieran admitir las razones<sup>30</sup> de la Sentencia del Tribunal Supremo que absuelve al Juez Garzón de prevaricación, pero que considera que se equivocó, básicamente por razón de irretroactividad, prescripción y amnistía, ninguna de estas razones vienen al caso cuando hablamos de familiares de desaparecidos y de los derechos que la Convención les confiere a la hora de recuperar los cuerpos.

Hay que recordar que la Convención entró en vigor en diciembre de 2010 y, por tanto, desde entonces obliga al Estado español; esto es así aunque el Comité contra la Desaparición Forzada (art. 26) no pueda actuar más que por desapariciones acaecidas después de la entrada en vigor (art. 35)<sup>31</sup>. Pero, repárese, una cosa es que el Comité solo pueda ejercer sus funciones de futuro y otra –que nada tiene que ver– que el Estado no haya de garantizar los derechos de las víctimas, los familiares de los desaparecidos, desde el momento de la entrada en vigor. Por otro lado, es evidente que estos familiares a los que la Convención considera víctimas, lo son en la actualidad, ahora, ya entrada en vigor la norma de origen internacional, porque todavía siguen buscando y el Estado tiene la obligación –lo hemos visto– de poner todos los medios necesarios para localizar al detenido o entregar sus restos.

A todo lo anterior, se añade que las víctimas tienen derecho a conocer la verdad, derecho que se proyecta sobre los familiares del desaparecido; en este sentido dice el art. 24.2 de la Convención que *“Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto”*. Este derecho a la verdad se atribuye claramente a las víctimas “no desaparecidas”, dada la diferenciación que hace el precepto entre “víctima” y “persona desaparecida”.

De lo hasta aquí visto, puede concluirse lo siguiente:

1. Los familiares de los desaparecidos durante la Guerra Civil y la posguerra son víctimas.
2. Esas víctimas lo son actualmente, bajo la vigencia de la Convención.
3. Esas víctimas tienen derecho a la verdad y a la recuperación de los restos.

La pregunta que ahora debemos hacernos es si la legislación española satisface

<sup>30</sup> Contra estas razones se oponen argumentos muy sólidos por amplios sectores jurídicos y de defensores de los derechos humanos. Como muestra, puede verse el informe, en tres partes, del Grupo Rights International Spain, “Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo (1. Los argumentos de partida: la “contextualización de los hechos como crímenes contra la Humanidad; 2. Sobre los hechos denunciados: la desaparición forzada de personas; 3. Sobre la aplicación de la Ley 46/77, de 15 de octubre de Amnistía)”, que puede consultarse en <http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/>.

<sup>31</sup> Según el art. 35 de la Convención *“1. La competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. 2. Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado.”*

el derecho de esas víctimas, pudiéndose adelantar una respuesta negativa. La Ley de la Memoria Histórica no garantiza el derecho de esas víctimas. Se insiste que en este punto no me refiero a si la justicia penal tiene que investigar o no las atrocidades de la Guerra y la posguerra, sino a la obligación del Estado de satisfacer los derechos a la verdad y a la localización y entrega de los restos. Que no serán los Tribunales los llamados a satisfacer esos derechos lo dejan claro –se comparta o no- las dos resoluciones del Tribunal Supremo que se analizarán en el siguiente apartado; lo que aquí se plantea es si el marco legal vigente proporcionado por la Ley de la Memoria Histórica hace que el Estado garantice esos derechos.

Analicemos ese marco legal; el punto de partida está en el art. 11 de la Ley que, bajo el título de “*Colaboración de las Administraciones públicas con los particulares para la localización e identificación de víctimas*”, establece lo siguiente:

*“1. 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. Lo previsto en el párrafo anterior podrá aplicarse respecto de las entidades que, constituidas antes de 1 de junio de 2004, incluyan el desarrollo de tales actividades entre sus fines.*

*2. La Administración General del Estado elaborará planes de trabajo y establecerá subvenciones para sufragar gastos derivados de las actividades contempladas en este artículo”.*

Salta a la vista que este precepto no establece ningún derecho para las víctimas - en este caso, los familiares de los desaparecidos- y que las Administraciones no tienen la obligación de garantizar derecho subjetivo alguno. Debe recordarse que “tener derecho” quiere decir que el Estado -en este caso, las Administraciones- pone todos los medios necesarios para garantizar el contenido de ese derecho, que asume esta misión en primera persona, obligándose a ello y que el titular del derecho puede exigir su realización. Nada de esto se contempla en el art. 11 de la Ley de la Memoria Histórica, que establece que las Administraciones públicas “*facilitarán a los descendientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación*”: los interesados han de solicitar, de lo contrario no se emprende acción alguna de localización e identificación, y las Administraciones se limitan a facilitar, es decir a ayudar, pero no garantizan ni asumen la realización del derecho a la verdad y a la entrega de los restos contemplado en la Convención; en realidad, lo que ocurre es que la Ley no reconoce el derecho. Los arts. 12, 13 y 14 establecen los términos de esa colaboración o facilitación, que no responsabilidad u obligación. Queda así la iniciativa de la localiza-

ción, recuperación e identificación en manos privadas y siempre y cuando muestren su interés en ello, siendo el Estado o las Administraciones meros facilitadores; no es de extrañar que Amnistía Internacional, en referencia al Proyecto de Ley de Memoria Histórica se pronunciase en los siguientes términos: “insiste y agrava la tendencia hacia la "privatización de la verdad", apartando de la responsabilidad del Estado la localización de fosas y los restos de personas desaparecidas”<sup>32</sup>.

Aunque se admita que hoy en España no es posible la investigación judicial -dentro del orden penal- de las desapariciones de la guerra por razón de prescripción, ello no obsta para afirmar que el Estado (que incluye todos sus poderes) tenga la obligación de satisfacer el derecho de las víctimas –las actuales- a saber la verdad y a recuperar los restos y que de no hacerlo, incurra en responsabilidad por incumplimiento de la Convención; una cosa es que el Juez penal ya no pueda condenar penalmente a los responsables y otra que el Estado no deba investigar en la línea marcada por la Convención y a partir de su entrada en vigor.

#### **4. Las posibilidades de la Memoria tras la Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero. El Auto del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012.**

Como ya se ha indicado, la Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012 absuelve al Juez Garzón de delito de prevaricación, pero considera que su actuación fue equivocada. La resolución merece algunos comentarios, no tanto por el fallo absolutorio, sino más bien por ciertas afirmaciones y, sobre todo, por sus consecuencias, las que exceden de la decisión absolutoria. Se reproducen a continuación algunos fragmentos y se comentan.

1. “*Los juicios de la verdad*”. Tras afirmar el Tribunal Supremo que las denuncias presentadas en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 requerían tutela judicial para exhumar e identificar los cadáveres, se dice que “*Esta pretensión, legítima en su planteamiento de demanda de tutela, no podía ser atendida en su integridad, pues debe quedar fuera de la respuesta la pretensión relativa a los denominados juicios de la verdad, esto es, aquellos que pretenden una indagación judicial sobre unos hechos, con apariencia de delictivos, respecto a los que se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal, muerte, prescripción o amnistía. Por lo tanto, en estos casos, los denominados juicios de la verdad pretenden una reconstrucción parcial de unos hechos, sin intervención del imputado*”. Naturalmente la declaración de que las demandas de tutela eran legítimas de poco sirve si se concluye que son inviables. Probablemente el Tribunal se

<sup>32</sup> <http://www.es.amnesty.org/actua/acciones/espana-hacia-una-ley-de-punto-final/>.

vio en la necesidad de hacer tal razonamiento, que es denegatorio de tutela a las víctimas, pero sin ofenderlas. Por otro lado, y dando por bueno que no hay procedimiento penal sin posible autor responsable, lo cierto es que la investigación de Garzón se tacha de errónea en un estadio muy precoz de la misma, haciendo operar, al menos, la amnistía antes de que pudiese ser considerada y declarada.

2. *La Memoria no se recupera en un Juzgado.* Se refiere la Sentencia a la pretensión de las víctimas diciendo que *“Esa pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal, pues no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones”*. Es esta afirmación la que cierra cualquier posibilidad de indagar judicialmente el destino de los desaparecidos, por más que en el Auto del Tribunal Supremo al que me referiré después se pueda aparentemente leer lo contrario. Por si el párrafo recién transcrito no ha quedado claro, se remarca en la Sentencia que *“El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal”*. Se puede decir más alto, pero no más claro.

3. *El Estado y los historiadores.* Sigue la Sentencia diciendo que *“La búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores. Pero no corresponde al juez de instrucción”*. La conclusión no ofrece dudas: no es la Justicia la que ha de intervenir para fijar la Historia o para recuperar los cuerpos, sino que son los historiadores los responsables de lo primero y el Estado el que puede intervenir en lo segundo (la referencia ha de entenderse hecha fundamentalmente a la Ley de la Memoria Histórica y a su desarrollo práctico).

Citaba más arriba el Auto del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012. Su contenido afianza lo dicho en la Sentencia 101/2012. Este Auto viene a resolver, con un injustificable retraso, una cuestión de competencia.

Estos son los antecedentes: en 2009 se plantean ante el Tribunal Supremo dos cuestiones de competencia entre el Juzgado Central número 5 y los Juzgados número 3 de Granada y número 2 de San Lorenzo del Escorial. El Tribunal Supremo, mediante Providencia de 26 de marzo de 2010, decide posponer la resolución del conflicto a resultas de lo que pueda ocurrir en la causa que se instruía contra el Juez Garzón; la razón que se quiere dar es la relación entre el objeto de las cuestiones y los hechos investigados con la causa penal. Se dice en la Providencia que *“la jurisdicción es un presupuesto previo de la competencia del órgano jurisdiccional (para dirimir una cuestión de competencia entre órganos es preciso que antes exista jurisdicción sobre el objeto de la causa), y teniéndose asimismo en cuenta que uno de los extremos que prima facie debe dilucidarse en la indicada Causa Especial es si efectivamente uno de los órganos jurisdiccionales (el Juzgado Central de Ins-*

*trucción) tenía jurisdicción o no, surge una cuestión prejudicial penal entre causas penales; de manera que la decisión de una (la Causa Especial 20048/2009) condiciona directamente el contenido de las otras (las Cuestiones de Competencia acumuladas)”*.

Lo anterior merece algunos comentarios. En primer lugar, si la decisión sobre la jurisdicción es previa a la determinación de la competencia, debía resolverse y no ser pospuesta a lo que resulte de una causa por prevaricación, en la que finalmente nada se ha dicho sobre la jurisdicción y nada debía decirse. Por otro lado, no se entienden qué dudas podía tener el Tribunal Supremo sobre la jurisdicción española en un asunto que se refiere a víctimas españolas, con autores españoles y por delitos cometidos en suelo español. La Providencia de 2009 pospone, sin causa que lo justifique, una decisión que no podía hacerse depender de la condena o absolución del Juez Garzón; probablemente no se quería entonces tomar ninguna decisión sobre qué Juzgado era competente en cada caso y que ello condicionase el fallo que pudiera quererse para el asunto de la prevaricación; quizás se pensaba entonces en una condena por haber actuado sin competencia. Mientras tanto, las víctimas han estado tres años ignorando quién era el Juez competente al que acudir.

Al margen de lo anterior, una vez absuelto Garzón de prevaricación, el Tribunal Supremo en el Auto de 28 de marzo de 2012 resuelve las cuestiones de competencia, no sin antes recordar que los delitos están prescritos, que no cabe hacer aplicación retroactiva de normas y que opera la amnistía de 1977, por lo que las legítimas pretensiones de las víctimas no pueden resolverse en un proceso penal. A continuación se establece que la competencia para continuar con las diligencias abiertas corresponde a los Juzgados territoriales –y no a los centrales de la Audiencia Nacional- *“cuyos titulares, en el marco de lo decidido en esta última resolución (Sentencia 101/2012) y en este auto, resolverán como entiendan que procede en derecho”*.

Naturalmente ese *“como...procede en derecho”* ya está indicado por el Tribunal Supremo: lo que procede en Derecho es irretroactividad, amnistía y prescripción. Siendo así, la atribución a los Juzgados territoriales es inefectiva para hacer valer las pretensiones de las víctimas, pues se imponen la irretroactividad, la amnistía y la prescripción. Hasta tal punto es así, que el propio Auto de 2012 indica a las víctimas cuáles son las vías que pueden recorrer para intentar hacer efectivos sus derechos. Así se señalan como posibilidades de actuación cuatro:

1ª) La *“Ley 52/2007, de 26 de diciembre, establece deberes para las administraciones”*. Ciertamente es que la llamada Ley de la Memoria Histórica marca algunas posibilidades, ya vistas o que analizaremos en breve, aunque ya puede adelantarse que son insuficientes, cosa que el mismo Auto del Tribunal Supremo reconoce al decir que respecto de la Ley *“por más que su suficiencia se discuta”*.

2ª) Otra de las posibilidades que se recoge en el Auto se refiere a la *“Ley de En-*

*juiciamiento Civil de 1881 (que) contiene previsiones sobre expedientes de jurisdicción voluntaria (en vigor, en virtud de la Disposición derogatoria única, 1,1ª 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”.*

3ª) Se indica también la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil que “*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”.*

4ª) Hay una cuarta vía de actuación cuando de recuperación de restos se trata; el Auto del Tribunal Supremo entiende que no está vedada por su fallo. Se dice que la imposibilidad de iniciar un proceso penal sin imputado sobre el que pueda recaer una responsabilidad no es óbice para otro tipo de actuación judicial. Así se lee en el Auto lo siguiente:

*“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 (el subrayado es mío)— 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. Pues si hay algo inobjetable desde cualquier punto de vista —por imperativo del respeto debido a la dignidad de todas las personas (art. 10,1º 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”*

¿Quiere lo anterior decir que ante la presencia de restos de acciones posiblemente delictivas ha de actuar el Juez de Instrucción? Eso parece, pero en el caso que nos ocupa no es así, toda vez que se excluye esa actuación del Juez “*cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querrela se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible”*. En definitiva, si los hechos y restos humanos a los que se refiere una denuncia o querrela están vinculados a las atrocidades acaecidas durante la Guerra Civil y la posguerra, entonces el Juez no debe actuar porque, según el Tribunal Supremo, en esos casos se impone “*la inexistencia*

*de responsabilidad penal actualmente exigible*”. Luego esta cuarta vía que nos indica el Auto de 28 de marzo de 2012, es un espejismo. Y la realidad ya ha puesto de manifiesto que estamos ante una vía muerta, ante un imposible, primero fáctico, y ahora jurídicamente ordenado por el Tribunal Supremo: los Jueces de Instrucción competentes no acuden a las aperturas de fosas cuando se les reclama su presencia. Me refiero a un caso reciente, pero que no es una anécdota. En Espinosa de los Monteros (Burgos) se localizaron dos fosas con restos de 12 personas, una de ellas ocupaba parte del jardín de una vivienda y parte de la vía pública<sup>33</sup>. El Juez competente fue advertido el 23 de febrero de que se iba a proceder a la apertura y se requirió su presencia, pero no acudió; luego se pretextó que el Juez no había interpretado el escrito como una petición de que acudiese, sino como una mera notificación de lo que se iba a hacer<sup>34</sup>. En este punto me parece conveniente insistir en que el Auto de 28 de marzo de 2012, en realidad no encomienda a los Jueces de Instrucción territorialmente competentes el conocimiento de los hechos relativos a las fosas, dado que su obligación de actuar se cortocircuita en el momento en el que se confirme que las víctimas lo fueron por la represión de la guerra o de la posguerra.

Naturalmente esta tesis del Tribunal Supremo podrá ser eludida por algún Juez de Instrucción que, acatándola, sin embargo haga la siguiente interpretación: ante la denuncia de la existencia de un cadáver no identificado de forma absolutamente fehaciente debe procederse como manda la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o sea, practicando las diligencias de comprobación y averiguación del delito previstas en los arts. 326 y siguiente de la Ley citada. En estos preceptos se contemplan, entre otras diligencias, la inspección ocular con recogida, custodia y análisis de huellas o vestigios, la recogida de instrumentos del delito, el reconocimiento pericial, la identificación por testigos del cadáver y la autopsia en casos de “*muer-te violenta o sospechosa de criminalidad*” (art. 340). Una vez practicadas estas diligencias, datado el hecho e identificado el cadáver, entonces el Juez podrá considerar “*la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible*”, por tratarse de una muerte violenta provocada en el marco de la Guerra Civil o la posterior represión y, en consecuencia, acatando la doctrina del Tribunal Supremo, no realizar actividad alguna tendente a un futuro e imposible enjuiciamiento. Una actuación como la que se acaba de describir fue llevada a cabo por el Juzgado de Instrucción número 4 de Palencia en 2009, mediante un Auto de obtención de información: se habla del deber del Estado de localizar e identificar a los desaparecidos conforme al convenio Europeo de Derechos Humanos, sin que a ello

<sup>33</sup> “Tengo una fosa en mi jardín”, en *El País* de 2 de abril de 2012.

<sup>34</sup> Ver *El País*, de 5 de abril de 2012. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León asegura en una nota que los juzgados de Villarcayo (Burgos) se ponen “a disposición de los familiares” de los 13 fusilados en las dos fosas de Espinosa de los Monteros exhumados esta semana. En el escrito, explican que si ningún juez acudió a las exhumaciones fue porque en el escrito que los familiares de las víctimas le presentaron el pasado 23 de febrero no entendieron que les estuvieran reclamando “ningún tipo de auxilio judicial”.

pueda oponerse la presunción de fallecimiento de los responsables; se encontraron e identificaron restos, se informó a la familia de la reconstrucción de los hechos y se archivó la causa. Por su parte, el Juzgado de Instrucción número 1 de Carrión de los Condes, por Auto de 30 de junio de 2009, ordeno pruebas de ADN relativas a cinco cadáveres aparecidos en una fosa y, más tarde decretó el sobreseimiento provisional.

Esta vía de investigación de los hechos, aun sin exigencia de responsabilidad penal, es compatible con la afirmación hecha en el Auto de 28 de marzo de 2012, allí donde dice que *“si hay algo inobjetable... 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”*. Esta que se ha descrito es una opción; la otra consiste en considerar desde el principio que no hay hecho criminal actualmente enjuiciable y no practicar por ello diligencia alguna, o sea, lo que viene ocurriendo en la práctica.

## 5. La cuestión de la amnistía

La aplicación de una amnistía requiere saber quiénes son sus posibles destinatarios y qué delitos quedan alcanzados por tal amnistía. Lo anterior es una obviedad, pero en el caso de la investigación iniciada por Garzón se ha prescindido de constatar tan elementales extremos y de ahí se han derivado una cascada de afirmaciones –dentro y fuera de España, salidas de boca de juristas y no jurista- que, en mi opinión, deben ser revisadas.

La Ley de Amnistía de 1977 ha sido uno de los argumentos utilizados para considerar errónea la investigación iniciada por el Juez Garzón; ante ello la respuesta de muchos ha sido la siguiente:

- 1º) creerse que la Ley de Amnistía era aplicable al supuesto sin discutirlo o analizarlo;
- 2º) dar por bueno que se ha hecho aplicación de la Ley de Amnistía;
- 3º) culpabilizarla por ello y demonizarla por ser la mordaza de la “verdad” y el impedimento de la “justicia”.

La campaña contra la Ley de 1977 ha sido tal que ha llegado a algunos organismos internacionales y estos han requerido a España para que derogase inmediatamente tal Ley. Ese discurso también ha calado en España. En mi opinión todo lo anterior está de más y es consecuencia de no haberse constatado qué sujetos y qué delitos están abarcados por la amnistía contemplada en la Ley de 1977 y, sobre todo, cómo debe ser aplicada.

Un repaso histórico puede ser útil para entender cuál era la finalidad de la amnis-

tía, o mejor dicho, de las amnistías, porque hubo dos, la de 1976 -modificada en 1977- y la de 1977.

Antes de las amnistías se concedió un indulto general, en noviembre de 1975, con motivo de la proclamación de Juan Carlos I como rey. Se articuló en el Decreto 2940/1975 de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de su Majestad Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España (B. O. E. de 26 de noviembre). En su Preámbulo podía leerse que el indulto se concedía al amparo del artículo sexto de la Ley Orgánica del Estado y que era “un homenaje a la egregia memoria del Generalísimo Franco (q. e. G. e.) artífice del progresivo desarrollo en la Paz de que ha disfrutado España en las últimas cuatro décadas, durante las cuales otorgó once indultos generales e innumerables indultos particulares”. El indulto alcanzaba a las penas aplicadas o aplicables a hechos realizados antes del 22 de noviembre de 1975 constitutivos de delito o falta previstos en el Código Penal, en el Código de Justicia Militar y en las leyes especiales, reduciéndose las penas en distinta medida según los casos. Así, para las penas pecuniarias y las privativas de libertad hasta tres años el indulto era total y para penas más graves el indulto era por la mitad o por una cuarta, quinta o sexta parte de la pena (art. 1). Se exceptuaban del indulto los delitos de terrorismo y conexos, los de propaganda terrorista y los de pertenencia a organizaciones o grupos terroristas (art. 3), así como los delitos monetarios (art. 4). Para la pena de muerte se contemplaba la conmutación o la sustitución por la inferior en grado (art. 7). Este indulto alcanzó a todos los delitos comunes, exceptuados los monetarios, y a delitos políticos, dejando fuera a los de terrorismo. Esta medida no fue suficiente y se entendió que cualquier movimiento hacia un cambio de régimen tenía que partir de una amnistía. Debe recordarse aquí que la amnistía era una reivindicación de la oposición de izquierdas al régimen de Franco. En la calle se escuchaban gritos de “libertad, amnistía y estatuto de autonomía”. Primero llegó el Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio sobre Amnistía, en cuyo Preámbulo podía leerse lo siguiente:

“Al dirigirse España a una plena normalidad democrática, ha llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia fraterna de los españoles. Tal es el objeto de la amnistía de todas las responsabilidades derivadas de acontecimientos de intencionalidad política o de opinión ocurridos hasta el presente, sin otros límites que los impuestos por la protección penal de valores esenciales, como son la vida e integridad de las personas”.

Parece innecesario decir que “el legado discriminatorio del pasado” es el que sufrieron quienes fueron perseguidos, o sea, a quienes padecieron discriminación por “intencionalidad política” u “opinión”, y no a los que no sufrieron cárcel o

represión por actuar de acuerdo con el régimen dictatorial. Luego, ya en una primera aproximación podemos decir que la amnistía del 76 parecía estar dirigida a la oposición antifranquista y no a los responsables del régimen que no habían padecido tal discriminación, sino, muy al contrario, la habían hecho posible. La amnistía no abarcaba a los delitos comunes ni a los delitos contra la vida o la integridad o que las hubiesen puesto en peligro (art. 1). Ciertamente es que este Decreto fue modificado por uno posterior, el Real Decreto 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (B. O. E. de 17 de marzo)<sup>35</sup>. En el mismo se reformaba el art. 1 del Decreto de 1976 para eliminar el inciso “*puesto en peligro*”, de manera que la amnistía seguía dejando fuera los delitos consumados contra la vida o la integridad, pero no aquellos en los que se hubiesen puesto en peligro la vida o la integridad; también seguían al margen de la amnistía los delitos de terrorismo con resultado de muerte o lesiones, pero no otros actos de terrorismo que solo habían supuesto la puesta en peligro de tales bienes jurídicos. La ampliación de la amnistía de marzo de 1977 se acompañó de un nuevo indulto general otorgado por Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general (B. O. E. de 18 de marzo). El indulto alcanzaba al resto de penas pendientes de cumplimiento o a delitos de intencionalidad política o de opinión no abarcados por la amnistía y no cometidos a título de autor (art. 1); se contemplaban reducciones de penas para otros delitos de intencionalidad política o de opinión (arts. 2 y 4) y el indulto para faltas penitenciarias (art. 5); el indulto en caso de delitos monetarios se condicionaba a la repatriación del capital evadido (art. 7); para las faltas se contemplaba el indulto anticipado y para los casos de indulto total se eximía de la necesidad de celebrar juicio oral, procediendo el dictado de Auto de sobreseimiento libre, previo dictamen del fiscal (art. 8). Con todo lo anterior, sin embargo quedaban todavía casos fuera de la gracia del indulto o de la amnistía y la movilización en la calle exigía amnistía total. Mientras, algunos presos de ETA no beneficiados por las medidas aprobadas fueron extrañados; el Partido Comunista fue legalizado; ETA seguía actuando; y las manifestaciones se saldaban con heridos y muertos. Así se llegó a las elecciones de junio de 1977 y la culminación de la amnistía se residenció en las Cortes salidas de las urnas.

He traído aquí a colación el Decreto de 1976, no solo por ser antecedente de la Ley de Amnistía, sino porque, tal como ha afirmado la Jurisprudencia, el mismo debe ser integrado en la interpretación del ámbito objetivo de la Ley de 1977 (STS, Sala 3ª, de 13 de junio de 1994 –con cita de algunas otras– y STC 76/1986, de 9 junio). Al Decreto Ley de 1976 siguió la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía. En la misma hay una ampliación del ámbito de aplicación, toda vez que se declaran amnistiados:

<sup>35</sup> Se decía en el Preámbulo de este Real Decreto que el anterior, el de 1976, al excluir los delitos que ponían en peligro la vida y la integridad había conducido a una aplicación no equitativa a la vista de la heterogeneidad de los casos.

1º) “*Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976*” (art. 1. I. a).

2º) Se extendía la amnistía a los actos de intencionalidad política cometidos entre el 15 de diciembre de 1976 y el 15 de junio de 1977 “*cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España*” (art. 1. I. b).

3º) “*Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas*” (art. 1.I. c).

Lo anterior permitía que la amnistía alcanzase a miembros de ETA o de otros grupos de extrema izquierda que pudiesen cobijarse bajo el paraguas de la lucha por las libertades y por la autonomía aún con delitos de sangre.

Se daba así el paso que faltaba en las normas anteriores: los delitos con resultado de muerte o de lesiones. Es aquí donde se ha querido ver que la amnistía también alcanzaba a los crímenes del franquismo –o a cualesquiera otros- aunque su resultado fuese de muerte o lesiones. Sin embargo esta interpretación no es única y caben otras, concretamente las que sostienen que las desapariciones o los asesinatos acaecidos durante las posguerra no son actos de intencionalidad política y que la amnistía, por ello, no les alcanza. Lo que sí incluía la amnistía eran los delitos cometidos por funcionarios del orden en la represión política, o sea “*con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley*” (art. 2 e) o “*contra el ejercicio de los derechos de las personas*” (art. 2 f). La amnistía del 77 pensaba en la represión policial del franquismo, en sus autores y en sus víctimas, y en el terrorismo, a caso con la idea que la suma de amnistía y democracia acabaría con él, pero no en las atrocidades de la guerra civil que nadie se había planteado juzgar y que además estaban, al menos en su gran mayoría, prescritas conforme a la legislación entonces aplicable<sup>36</sup>.

Volviendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1986, ya citada, al referirse a la Ley de Amnistía, dice lo siguiente “*la amnistía... está estrechamente vinculada a la existencia de una previa responsabilidad por actos ilícitos, ya sean administrativos, penales o de otra índole: sobre este presupuesto operará la amnistía extinguiendo la responsabilidad, según unos (el delito o la falta, según otros), para hacer desaparecer, con fundamento en una idea de justicia, las consecuencias*

<sup>36</sup> Que la Ley de Amnistía no se refería a los represores lo confirma Jaime Sartorius que, en representación del PCE, fue miembro y secretario de la Comisión Parlamentaria responsable de redactar el Proyecto de Ley de Amnistía (“La Ley de Amnistía no ampara al franquismo”, en *El País*, de 15 de marzo de 2010).

*de un derecho anterior, que se repudian al constituirse un orden político nuevo, basado en principios opuestos a los que motivaron la tacha de ilicitud de aquellas actividades”.*

De la lectura de este párrafo dos cosas saltan a la vista.

Primera, la referencia a las consecuencias de un derecho anterior que se repudian en el nuevo y que quieren borrarse con la amnistía, parece indicar que para el Tribunal Constitucional la amnistía estaba dirigida a la oposición antifranquista, o sea a quienes soportaron “*las consecuencias de un derecho anterior*”.

Segunda, la efectividad de la amnistía no opera directamente por la existencia de la ley que la contempla, sino que requiere un acto de intermediación judicial que la declare para un caso concreto, o sea, caso por caso, previa la comprobación de una responsabilidad por actos ilícitos. Por otro lado, y en el sentido de lo que se acaba de afirmar, la propia Ley de Amnistía, en su art. 9.1 dice que “*La aplicación de la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los jueces, Tribunales y autoridades judiciales correspondientes, quienes adoptarán, de acuerdo con las leyes procesales en vigor y con carácter de urgencia, las decisiones pertinentes en cumplimiento de esta Ley, cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso y la jurisdicción de que se trate*”, añadiéndose en el apartado tercero del mismo artículo que la aplicación de la amnistía requiere audiencia del Ministerio Fiscal. En definitiva, aun en el caso de que se sostenga que la Ley de Amnistía también era aplicable a los delitos cometidos por los rebeldes del 36, resulta que no se ha aplicado, que ningún juez, tras escuchar al Fiscal, ha declarado amnistiados tales delitos, por lo que, en este caso, la amnistía no ha desplegado sus efectos, ni puede ser tenida como un impedimento para la investigación iniciada por Garzón: en esa investigación no se llegó a determinar presuntos responsables a los que, de oficio o a instancias suyas, poder aplicarles la amnistía. Esta, en su caso, podría haber jugado en un estadio más avanzado, con responsables identificados y por declaración judicial.

Al margen de lo anterior, y sea cual sea la interpretación que se quiera sostener, lo que no parece admisible es la reacción virulenta que se ha desatado contra la Ley de Amnistía de 1977. Recordemos que no fue una auto-amnistía del estilo de las que se dieron a sí mismos genocidas y dictadores en algunos países garantizarse la impunidad de sus actos mientras estaban en el poder. Nuestra amnistía se aprueba después de la muerte del Dictador, en unas Cortes democráticas salidas de las elecciones del 15 de junio de 1977, sentándose en los bancos del Congreso 166 Diputados de UCD, 118 del PSOE, 19 del PC, 16 de AP, 6 del PSP y otros 25 más de diversos partidos. La Ley fue aprobada por 296 votos a favor, 2 en contra, 1 nulo y 18 abstenciones (16 de ellas eran las de todos los Diputados de AP). Estos datos deberían darnos alguna pista sobre cuál era el objetivo de la Ley y dejar claro que no fue una ley de punto final elaborada por y para genocidas o represores.

Sobra decir que en la investigación de Garzón había desaparecidos a los que encontrar y, por el contrario, no se perseguía ningún delito de opinión o intencionalidad política.

Sea cual sea el ámbito de aplicación de la Ley –para vencedores y vencidos a la búsqueda de la reconciliación nacional a través del olvido o solo para la oposición antifranquista- lo que debería ahora revisarse es el valor de la petición de derogación de la Ley. Esta petición se hace en España y fuera, por Naciones Unidas<sup>37</sup> y organizaciones de derechos humanos ¿De qué serviría tal derogación? ¿Podrían abrirse causas contra los represores franquistas que puedan quedar vivos? ¿Realmente se quieren abrir causas contra sujetos de tan avanzada edad? La hipotética derogación de la Ley no produciría ningún efecto verdaderamente relevante; además como fácilmente se comprende, una Ley de Amnistía opera hacia el pasado, o sea, hacia las responsabilidades penales anteriores a la misma y no hacia el futuro, por más que sea después de su vigencia cuando los Tribunales la hacen entrar en juego, lo que quiere decir que los efectos de la Ley se agotaron ya hace tiempo. En el caso de la Ley de 1977, su eficacia acababa, según la conducta a la que se refiera, el 15 de diciembre de 1976, el 15 de junio de 1977 o el 6 de octubre de 1977 (art. 1).

Para acabar lo relativo a la amnistía, deben recordarse algunas cuestiones:

- Las investigaciones de Garzón han sido consideradas erróneas por el Tribunal Supremo, no solo por razón de amnistía, sino también por razones de irretroactividad y prescripción y estas razones no cederían por derogación de la Ley de Amnistía.

- La Ley de Amnistía fue un triunfo de la oposición antifranquista, de los Diputados de izquierdas y de los que no siéndolo buscaban ganar la democracia.

- La Ley se aprobó en un momento político delicadísimo, con miedo a los sables y con unos poderes que miraban con recelo los pasos dados para acabar con el régimen anterior.

- Es posible que en esos momentos no cupiese una mejor alternativa y que cualquier planteamiento tendente a exigir responsabilidades penales a los represores hubiese fracasado y puesto en peligro la transición.

- La transición, el espíritu de reconciliación que la guió y las renunciaciones que supuso fueron, probablemente, lo máximo que en aquel momento podía ganarse; pero fue un pacto injusto y asimétrico: “unos pusieron muy poco para seguir conservándolo todo, y otros pusieron mucho para conseguir muy poco, dejándose en el camino el recuerdo del sufrimiento y aceptando un silencio que hoy sigue pesando”<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha recomendado a España la derogación de la Ley de Amnistía (Observaciones finales del CDH, España, Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009).

<sup>38</sup> Así lo he sostenido en “El olvido de la Memoria”, en *El País*, de 6 de marzo de 2012.

## 6. Más sobre la Ley de Memoria Histórica<sup>39</sup>. El tratamiento de la represión durante la Guerra Civil y la posguerra. Ilegitimidad y nulidad. El exilio.

### 6.1. *El derecho a la verdad*

Cuando se habla de derecho a la verdad en relación a violaciones de derechos humanos deben considerarse dos facetas: el derecho a la verdad individual de la víctima y sus familiares y el derecho a la verdad colectiva, que tiene como presupuesto el deber del Estado a preservar la Memoria en contra del revisionismo y del negacionismo; la idea es “*preservar del olvido la memoria colectiva*”<sup>40</sup>. Lo primero que puede decirse es que la Ley de la Memoria Histórica no tiene como fundamental objetivo la búsqueda de la verdad –individual o colectiva–, sino más bien el de reparar a las víctimas, por más que la reparación sea “a demanda” del interesado y parcial. De hecho, esta Ley que todos conocemos como de “Memoria Histórica” no lleva tal título, sino otro, a saber: *Ley 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*. La Ley parte –y así se reconoce en su Preámbulo– del “espíritu de reconciliación y concordia”, al que se apela en más de una ocasión y que aparece como algo irrenunciable. Ciertamente es que también se reconoce en el Preámbulo la necesidad de que se establezcan “políticas públicas dirigidas al conocimiento de nuestra historia y al fomento de la memoria democrática”.

<sup>39</sup> Un tratamiento completo de la Ley de la Memoria Histórica puede verse en Terradillos Basoco, J., “La revisión del pasado y la ley de la memoria histórica”, en Muñoz Conde, F., y Vormbaum, T. (Directores), *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs.245-291. También puede consultarse Martín Pallín, J. A. y Escudero Alday, R. (editores), *Derecho y Memoria Histórica*, Trotta, Madrid, 2008 y Arangüena Fanego, C, “La Ley de la Memoria Histórica y sus limitaciones: una visión desde la óptica del Derecho Procesal”, en Tamarit Sumalla, J. (coordinador), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010.

<sup>40</sup> Así se declara en el *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad* de Naciones Unidas de 8 de febrero de 2005 (puede consultarse en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>). Se reproducen los Principios que aquí interesan. PRINCIPIO 2. EL DERECHO INALIENABLE A LA VERDAD: Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones. PRINCIPIO 3. EL DEBER DE RECORDAR: El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas. PRINCIPIO 4. EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A SABER: Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

La verdad individual aparece en el art. 1.1 cuando se refiere a “*la recuperación de (la) memoria personal y familiar*”, mientras que la verdad colectiva aparece en el art. 1.2 que se refiere a facilitar “*el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos durante la Guerra civil y la Dictadura, y asegurando la preservación de los documentos relacionados con ese período histórico y depositados en archivos públicos*”.

Especial mención merece en el caso español -como en otros en los que también se recurrió a la desaparición forzada- la tarea de recuperar los cuerpos todavía perdidos, y con ello hacer realidad el derecho a la verdad. En este punto –ya lo hemos visto- la Ley no consagra un verdadero derecho a la verdad, sino un permiso para que los particulares busquen “su verdad” con una subvención y acciones facilitadoras por parte de la Administración.

En lo que a la verdad colectiva se refiere, más allá de la declaración del art. 1.2, las acciones que contempla la Ley son la creación del Centro Documental de la Memoria Histórica (art. 20)<sup>41</sup>, la confección de un censo de edificios y obras realizados por los que acabaron como “esclavos del franquismo”<sup>42</sup> y la confección de los mapas territoriales y general de fosas (art. 12)<sup>43</sup>.

No se contempla en la Ley la creación de ninguna Comisión de Investigación o de la Verdad, como las que han funcionado en otros países y que parecen una

<sup>41</sup> Son funciones de este Centro, según el art. 20.2, las siguientes:

*a) Mantener y desarrollar el Archivo General de la Guerra Civil Española creado por Real Decreto 426/1999, de 12 de marzo. A tal fin, y mediante el procedimiento que reglamentariamente se determine, se integrarán en este Archivo todos los documentos originales o copias fidedignas de los mismos referidos a la Guerra Civil de 1936-1939 y la represión política subsiguiente sitos en museos, bibliotecas o archivos de titularidad estatal, en los cuales, quedará una copia digitalizada de los mencionados documentos. Asimismo, la Administración General del Estado procederá a la recopilación de los testimonios orales relevantes vinculados al indicado período histórico para su remisión e integración en el Archivo General.*

*b) Recuperar, reunir, organizar y poner a disposición de los interesados los fondos documentales y las fuentes secundarias que puedan resultar de interés para el estudio de la Guerra Civil, la Dictadura franquista, la resistencia guerrillera contra ella, el exilio, el internamiento de españoles en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial y la transición.*

*c) Fomentar la investigación histórica sobre la Guerra Civil, el franquismo, el exilio y la Transición, y contribuir a la difusión de sus resultados.*

*d) Impulsar la difusión de los fondos del Centro, y facilitar la participación activa de los usuarios y de sus organizaciones representativas.*

*e) Otorgar ayudas a los investigadores, mediante premios y becas, para que continúen desarrollando su labor académica y de investigación sobre la Guerra Civil y la Dictadura.*

*f) Reunir y poner a disposición de los interesados información y documentación sobre procesos similares habidos en otros países”.*

<sup>42</sup> Según el art. 17 “*El Gobierno, en colaboración con las demás Administraciones públicas confeccionará un censo de edificaciones y obras realizadas por miembros de los Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores, así como por prisioneros en campos de concentración, Batallones de Trabajadores y prisioneros en Colonias Penitenciarias Militarizadas*”.

<sup>43</sup> El Mapa de Fosas es un instrumento vivo que se nutre de las informaciones suministradas por cada territorio o entidad subvencionada dedicada a la recuperación de la Memoria. Se señalizan con distintos colores las fosas ya exhumadas, las localizadas y perdidas, las no intervenidas y las trasladadas al Valle de los Caídos, indicándose si en una misma localidad hay más de una fosa y las que están dignificadas (el Valle de los Caídos). El Mapa de Fosas puede consultarse en:

[http://mapadefosas.mjusticia.es/exovi\\_externo/CargarInformacion.htm](http://mapadefosas.mjusticia.es/exovi_externo/CargarInformacion.htm).

alternativa válida para reconstruir la verdad colectiva, máxime en aquellos casos en los que la misma no ha sido abordada por los Tribunales de Justicia<sup>44</sup>; por otro lado debe recordarse que, en opinión de algunos, cuando lo que importa es recuperar la Memoria Histórica, la acción de los Tribunales es parcial dado que la verdad judicial queda restringida a hechos concretos y singulares.

Puede concluirse que, en lo que al derecho a la verdad se refiere, la Ley no lo garantiza en su faceta individual, ni lo hace primar sobre otros aspectos en su faceta colectiva.

## 6.2. *El tratamiento de la represión durante la Guerra Civil y la posguerra. Ilegitimidad y nulidad. El exilio.*

Uno de los aspectos más débiles de la Ley de la Memoria Histórica es el tratamiento de la represión que se plasmó en decisiones judiciales o sancionadoras durante la Guerra Civil y la dictadura. En este sentido deben destacarse los siguientes contenidos de la Ley:

- *“se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal (el subrayado es mío) producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura”* (art. 2.1). En el apartado 2 del mismo artículo se aclara que entre las razones aludidas se encuentran las que se refieran a *“la pertenencia, colaboración o relación con partidos políticos, sindicatos, organizaciones religiosas o militares, minorías étnicas, sociedades secretas, logias masónicas y grupos de resistencia, así como el ejercicio de conductas vinculadas con opciones culturales, lingüísticas o de orientación sexual”*

- *“Se declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos (el subrayado es mío) que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones”* (art. 3.1)<sup>45</sup>.

- *“se declaran ilegítimas (el subrayado es mío), por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por*

<sup>44</sup> A la conveniencia de crear una Comisión de la Verdad se refería Baltasar Garzón recientemente a la vista de *“la falta de respuesta desde el Estado por la desaparición de más de 150.000 personas entre 1936 y 1951 en España como consecuencia directa de la represión franquista”* (“El lugar de la verdad, la justicia y la reparación”, en *El País*, de 1 de abril de 2012).

<sup>45</sup> En el art. 3.2 se especifica que *“Por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, se declara en todo caso la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la presente Ley”*.

*cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución” (art. 3.3).*

En resumen, las condenas y sanciones fueron injustas y además ilegítimas “*por vicios de forma y fondo*” y los organismos que las dictaron eran ilegítimos. Lo anterior merece algunas consideraciones.

En primer lugar, y siempre que se esté manejando un lenguaje técnico jurídico, los vicios de forma o fondo dan lugar a la nulidad de pleno derecho, a la anulabilidad o a la posibilidad de subsanar, pero no a una declaración de ilegitimidad. El entendimiento de una resolución como ilegítima obedece a consideraciones morales –compatibles o no-, pero no a criterios jurídicos, y lo mismo puede decirse de la calificación de injustas. Por otro lado catalogar una decisión de ilegítima o injusta no tiene consecuencias en el ámbito de su validez.

Esta catalogación tan tímida e insuficiente que da la Ley a las resoluciones represoras tiene una respuesta igualmente tímida e insuficiente: el derecho a obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal, que se dice compatible con otros derechos y reclamaciones ante los Tribunales (art. 4.1), pero -se aclara- no es título para instar la responsabilidad patrimonial del Estado o de una Administración, ni se traduce en reparación o indemnización económica o profesional (art. 4.4). Se trata simplemente de una reparación moral y de una forma de recuperar la memoria individual y familiar<sup>46</sup>.

La verdad, es que tanto derroche de palabras contenido en los artículos 2, 3 y 4 de la Ley, con tan poca consecuencia real, es el fruto de no haberse hecho lo correcto, que en mi opinión, era declarar la nulidad de todas las sentencias y resoluciones que sirvieron para actuar la represión política. La declaración de nulidad hubiese supuesto un posicionamiento contundente de repudio a los instrumentos jurídicos con los que se actuó la represión puesto que se les habría privado de realidad jurídica.

Por otro lado, y ya en el plano de la reparación que se debe a las víctimas, no es lo mismo declarar que sus condenas fueron ilegítimas e injustas que declarar la nulidad –o sea, la falta de validez y de existencia jurídica- de las mismas. Con un ejemplo –que ya he manejado en otro lugar- se comprenderá lo anterior: “La declaración de ilegitimidad no es suficiente porque supone decir, por ejemplo, que el abuelo fue condenado por ser republicano o concejal socialista, que la condena es hoy todavía válida, o sea, que el abuelo es un delincuente, pero que esa condena es

<sup>46</sup> Así se aclara en la información que el Ministerio de Justicia ofrece al explicar el modo en el que se puede solicitar la Declaración de reparación y reconocimiento personal (puede verse en [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1200666550200/Tramite\\_C/1215326457665/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1200666550200/Tramite_C/1215326457665/Detalle.html)).

injusta; por el contrario, una declaración de nulidad supondría decir que el abuelo nunca fue un delincuente. Les parecerá un pequeño matiz, pero es más: es la diferencia entre olvidar el pasado sin sanarlo y restablecer la dignidad”<sup>47</sup>. La insuficiencia de la Ley de 2007 en este punto es subrayada, entre otros, por Portilla Contreras que afirma en relación a la misma lo siguiente: “no satisface mínimamente las expectativas de un modelo procesal penal de revisión de los crímenes de la dictadura así como de los procedimientos penales sin garantías. Asistimos a un estéril y resignado alegato sobre la ilegitimidad e injusticia de las sanciones sin entrar en el fondo del asunto (nulidad)”<sup>48</sup>.

Las razones que se alegaron a favor de no declarar la nulidad de las resoluciones represoras fueron, fundamentalmente, que la nulidad rompería el ordenamiento jurídico y el principio de continuidad del Estado. Lo anterior merece algún comentario. Respecto a la ruptura, caso de producirse, no sería del “ordenamiento jurídico”, sino de nuestro ordenamiento jurídico actual –el que nace con la Constitución– respecto de las leyes represoras de la Guerra y la Dictadura, ruptura esta que parece bastante saludable<sup>49</sup> y no impedida por la Constitución. En este sentido debe recordarse que el Tribunal Constitucional interpreta que la Constitución no impone la ruptura con el ordenamiento anterior en general, pero sí con aquellas de sus normas que no puedan interpretarse conforme a la Constitución. Así la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 76/1986, de 9 de junio, ha establecido que “*la Constitución ha optado por un criterio de continuidad del ordenamiento jurídico, como lo evidencia lo establecido en su Disposición derogatoria, 3, que admite la efectividad de las normas anteriores en cuanto no se opongan a ella. Como ha dicho ya*

<sup>47</sup> “El olvido de la Memoria”, en *El País*, de 6 de marzo de 2012.

<sup>48</sup> “Nulidad de las sentencias dictadas los tribunales de excepción franquistas. Especial consideración al recurso de revisión por ausencia de garantías penales y procesales en las sentencias dictadas por el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo”, en Pérez Cepeda, A. I. (directora), *El principio de Justicia Universal: fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 506. A la vista de la ausencia de declaración general de nulidad, el autor analiza las posibilidades de alcanzarla por otras vías en lo que se refiere a las resoluciones dictadas por el Tribunal Especial de Represión de la Masonería y el Comunismo. Se destaca que los procesos carecían de las más básicas garantías (irretroactividad, defensa letrada, presunción de inocencia, publicidad y *non bis in idem*) y se indaga sobre la posibilidad de aplicar retroactivamente las garantías y derechos fundamentales contemplados en la Constitución de 1978 a actuaciones judiciales anteriores. Recuerda el autor que el Tribunal Constitucional ha declarado que tal posibilidad es absolutamente excepcional y solo cabe respecto de resoluciones que no hayan agotado sus efectos. A la vista de lo anterior, afirma Portilla Contreras que las decisiones del Tribunal Especial, no solo afectaron a la libertad de los condenados, sino también a sus bienes (las sentencias se remitían al Tribunal de Responsabilidades Políticas que hacía efectiva la responsabilidad civil, con la consiguiente confiscación de bienes) y a su honor familiar y personal; deduce el autor citado que se dan los requisitos para anular las sentencias del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo por aplicación retroactiva de las garantías constitucionales.

<sup>49</sup> A estos argumentos y a la falta de ruptura democrática durante la transición se ha referido Gerardo Iglesias en el Epílogo a su libro *Por qué estorba la memoria. Represión y guerrilla en Asturias. 1937-1952*, Madera Noruega Editores, Oviedo, 2011. Se contienen en este texto otras consideraciones que aquí se comparten plenamente sobre la necesidad de acabar con el olvido, la insuficiencia de la llamada Ley de Memoria Histórica y la pretendida, falsa y vergonzosa equidistancia entre la dictadura y la II República.

*este Tribunal, «la promulgación de la Constitución no ha roto la continuidad del orden jurídico preconstitucional más que con respecto a aquellas normas que no pueden ser interpretadas de conformidad con la Constitución» (Sentencia 32/1981, de 28 de julio, fundamento jurídico 6.º)». Me parece evidente que las normas que permitieron la represión política del régimen anterior no pueden entenderse conformes a la Constitución, luego anular sus consecuencias, o sea las Sentencias y decisiones que las aplicaron, no supone ninguna “ruptura” impedida por la Constitución, muy al contrario, tal anulación llevaría el mandato constitucional hasta sus últimas consecuencias.*

Pero volviendo a la ausencia de declaración de nulidad, debe decirse que la misma no se ve paliada por el hecho de que la Disposición Derogatoria de la Ley afirme lo siguiente:

*“En congruencia con lo establecido en el punto 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución, se declaran expresamente derogados el Bando de Guerra de 28 de julio de 1936, de la Junta de Defensa Nacional aprobado por Decreto número 79, el Bando de 31 de agosto de 1936 y, especialmente, el Decreto del general Franco, número 55, de 1 de noviembre de 1936: las Leyes de Seguridad del Estado, de 12 de julio de 1940 y 29 de marzo de 1941, de reforma del Código penal de los delitos contra la seguridad del Estado; la Ley de 2 de marzo de 1943 de modificación del delito de Rebelión Militar; el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947, sobre Rebelión militar y bandidaje y terrorismo y las Leyes 42/1971 y 44/1971 de reforma del Código de Justicia Militar; las Leyes de 9 de febrero de 1939 y la de 19 de febrero de 1942 sobre responsabilidades políticas y la Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y el comunismo, la Ley de 30 de julio de 1959, de Orden Público y la Ley 15/1963, creadora del Tribunal de Orden Público”.*

Sobra decir que esta Disposición Derogatoria es un brindis al sol, toda vez que las normas citadas ya fueron derogadas por la Constitución. Por otro lado, es claro que la derogación operada por la Constitución (y que ahora simplemente se recuerda) obedece al mecanismo normal de derogación de una norma por otras posteriores y para nada afecta a la validez que tales normas tuvieron durante su vigencia; en definitiva, la Disposición Derogatoria transcrita no nos sitúa ante una ruptura con el Ordenamiento Jurídico anterior, sino ante la normal y natural sucesión de normas.

Ha habido intentos de obtener una declaración de nulidad individual a través de un recurso de revisión con distinto resultado. Me refiero en primer lugar al acuerdo de la Generalitat de Cataluña de octubre de 2009 para instar al Fiscal General del Estado a fin de que plantease, de oficio, un recurso de revisión tendente a anular la

condena a muerte de Lluís Companys<sup>50</sup>. Por Decreto del Fiscal General del Estado de 5 de abril de 2010 se da la siguiente respuesta: no procede interponer, por falta de objeto, recurso de revisión dado que las Sentencias dictadas contra Lluís Companys “*son inexistentes y nulas de pleno derecho sin que subsista actualmente apariencia alguna de legalidad o validez de las mismas, al haber sido expulsadas del ordenamiento jurídico*”. La interpretación transcrita alcanza un resultado deseable, pero no es el que se deduce de la Ley de Memoria Histórica que –se insiste– evita la declaración de nulidad. La ilegitimidad de los Tribunales y sus Sentencias y la derogación –innecesaria– que se hace del aparato jurídico represor no equivalen a una declaración de nulidad, aunque así parece entenderlo el Decreto del Fiscal General. Por otro lado, se recuerda en el texto del Decreto que el recurso de revisión es extraordinario y excepcional, se dirige contra Sentencias firmes para impugnar la cosa juzgada material y procede cuando aparecen hechos nuevos que cuestionen la declaración de culpabilidad. Siendo esta la naturaleza del recurso de revisión, me parece claro que no es un remedio idóneo para alcanzar la revisión de una Sentencias –las que consumaban la represión– que, en realidad, “no se equivocaron”, puesto que no carecieron de datos, sino que fueron uno de los instrumentos de una persecución que hoy entendemos inadmisibles. Estas Sentencias deberían anularse, no, una por una, porque hayan aparecido hechos nuevos que cuestionen la declaración de culpabilidad, sino todas de golpe por lo que fueron, y tal declaración general solo puede hacerse mediante una Ley del Parlamento y no a través del estrechísimo cauce que es el recurso de revisión. La conclusión del Decreto que comentamos es que el recurso de revisión requiere una previa resolución judicial “firme y plenamente vigente<sup>51</sup>” que no aparece en el caso relativo a Lluís Companys y que el efecto que se persigue es la “desaparición” jurídica de las Sentencias condenatorias que “se ha producido *ope legis*, al ser consideradas por expresa disposición legal injustas e ilegítimas... (y) privadas totalmente de eficacia y validez”. Como ya se ha razonado, no comparto que la declaración de ilegitimidad e injusticia se pueda traducir en declaración de nulidad. Con todo, debe señalarse que el Tribunal Supremo ha manejado este argumento para rechazar los distintos recursos de revisión que han pretendido la anulación de Sentencias condenatorias dictadas durante la Guerra y después por razones políticas (así, en el caso de Miguel Hernández entre otros)<sup>52</sup>.

Radicalmente opuesta –en lo que se refiere al tratamiento de las resoluciones judiciales del momento político anterior– fue la decisión que se plasmó en la Ley de 8

<sup>50</sup> Lluís Companys fue condenado por el Tribunal de Responsabilidades Políticas de Barcelona el 13 de diciembre de 1939 y por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales el 14 de octubre de 1940.

<sup>51</sup> La vigencia o la no vigencia se predicán de las normas jurídicas no de las resoluciones judiciales que serán, por un lado, firmes o no y, por otro, válidas, nulas o anulables.

<sup>52</sup> Sobre la posibilidad de acudir al recurso de revisión en relación a las sentencias del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y del Comunismo, ver la amplia exposición que hace Portilla Contreras (“Nulidad de las sentencias...”, ob. cit., págs. 509-521).

de mayo de 1939 –bando de guerra de los golpistas-; en su Preámbulo se lee lo siguiente:

“Es una realidad inconcusa que desde la fecha del Glorioso Alzamiento Nacional la jurisdicción ejercida en los territorios de dominación roja se convirtió en meramente de hecho y quedó privada de legitimidad. Todas las actuaciones tramitadas por los jueces extraños al Movimiento Nacional son, pues, absolutamente nulas”

En congruencia con tal declaración, la Ley de 1939, y otras normas posteriores que la desarrollaron, establecen los mecanismos de anulación de las resoluciones judiciales y sustitución de los órganos y procedimientos anteriores. Así, por ejemplo, el art. 5 dice que “*Se declaran nulas todas las actuaciones judiciales practicadas en pleitos de separación y divorcio por funcionarios al servicio de la dominación roja*”; lo anterior condenaba al adulterio obligado a personas casadas en segundas nupcias tras haber obtenido el divorcio.

Esta normativa del 39 no ha de extrañarnos porque tres años antes ya se había iniciado la aniquilación –que no derogación- del ordenamiento jurídico republicano. Así, el decreto de 1 de noviembre de 1936 establecía en su Preámbulo lo siguiente:

“La naturaleza del movimiento nacional no necesita de normas derogatorias para declarar expresamente anuladas todas cuantas se generaron por aquellos órganos que revestidos de una falsa existencia legal mantuvieron un ficticio funcionamiento puesto al servicio de la anti-patria”

La conclusión: “*se declara sin ningún valor o efecto todas las disposiciones que, dictadas con posterioridad al 18 de julio último no hayan emanado de las autoridades militares dependiente de mi mando, de la Junta de Defensa Nacional de España o de los organismos constituidos por ley de 1º de octubre próximo pasado*” (art.1)<sup>53</sup>.

No es novedosa en España esta idea de negar validez a la legislación precedente; ya lo hizo en su momento Fernando VII en dos ocasiones. La primera, tras el golpe de 1814, mediante un Decreto de 4 de mayo, se reinstauraba la monarquía absoluta y se declaraba “*aquella Constitución (la de 1812) y aquellos decretos (los de las Cortes de Cádiz) nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos y se quitasen de enmedio del tiempo*”. Más tarde, tras la invasión de los Cien mil Hijos de San Luís, se impuso el

<sup>53</sup> Para un tratamiento completo de cómo los rebeldes acabaron con el ordenamiento jurídico de la República ver Jiménez Villarejo, C., “La destrucción del orden republicano (apuntes jurídicos)”, en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 7, 2007 (puede consultarse en <http://hispanianova.rediris.es/7/dossier/07d006.pdf>).

absolutismo (la “década ominosa”), para acabar con el trienio Liberal y se expresó en el Manifiesto de 1 de octubre de 1823<sup>54</sup> lo siguiente: *“Son nulos y de ningún valor todos los actos del gobierno llamado constitucional (de cualquiera clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el día 7 de marzo de 1820 hasta hoy día 1 de octubre de 1823 declarando como declaro que en toda esta época he carecido de libertad obligado a sancionar las leyes y a expedir las órdenes, decretos y reglamentos que contra mi voluntad se meditaban y expedían por el mismo gobierno”*.

Ahí quedan dos ejemplos de cómo un tirano o un dictador pueden acabar con el aparato jurídico y judicial de un régimen anterior.

Volviendo a la Ley de la Memoria Histórica y para acabar este apartado, debe hacerse una mención breve –tan breve y de poco alcance como la que hace la Ley– al exilio. No es necesario recordar que el exilio fue una de las consecuencias más brutales de la Guerra y de la represión que siguió; a algunos les duró toda la vida y no volvieron a España porque no pudieron o porque pudiendo, ya no sentían que fuese su tierra; para muchos el lugar de acogida fue un lugar de maltrato o les llevo a padecer la II Guerra Mundial o a permanecer en un campo de concentración.

En el art. 2.3 de la Ley de la Memoria Histórica se dice lo siguiente:

*“se reconoce y declara la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles durante la Guerra Civil y la Dictadura”*

A lo anterior se añade la posibilidad de solicitar la nacionalidad española para los hijos de españoles de origen y para los nietos de los que la perdieron por el exilio (Disposición adicional séptima)<sup>55</sup>. Y nada más.

<sup>54</sup> También podía leerse en el Manifiesto lo siguiente: *“Bien públicos y notorios fueron a todos mis vasallos los escandalosos sucesos que precedieron, acompañaron y siguieron al establecimiento de la democrática Constitución de Cádiz en el mes de marzo de 1820; la más criminal situación, la más vergonzosa cobardía, el desacato más horrendo a mi Real Persona y la violación más inevitable, fueron los elementos empleados para variar esencialmente el gobierno paternal de mis reinos en un código democrático, origen fecundo de desastres y de desgracias”*. Tras la reinstauración absolutista de 1823 se inició el exilio de muchos liberales y la ejecución de otros (así, Rafael de Riego fue ahorcado y luego decapitado en Madrid; María Pineda sufrió garrote vil; Juan Martín Díez, *El Empecinado*, fue condenado a la horca).

<sup>55</sup> Pueden adquirir la nacionalidad española: 1. Los hijos de madre y padre españoles de origen, aunque estos últimos hubiesen nacido fuera de España. 2. Los nietos de quienes perdieron la nacionalidad española o renunciaron a ella por el exilio antes de tener descendencia, de manera que el vínculo con ascendiente español del nieto lo es con el abuelo. 3. Quienes ya habían optado por la nacionalidad española no de origen, pueden ahora optar por la nacionalidad española de origen. La Ley ha permitido obtener la nacionalidad española a 240.000 personas (*ABC*, de 30 de marzo de 2012).

Otras medidas de concesión de nacionalidad se refieren a los voluntarios de las Brigadas Internacionales; respecto de ellos el art. 18.1 establece lo siguiente *“Con el fin de hacer efectivo el derecho que reconoció el Real Decreto 39/1996, de 19 de enero, a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales que participaron en la Guerra Civil de 1936 a 1939, no les será de aplicación la exigencia de renuncia a su anterior nacionalidad requerida en el artículo 23, letra b, del Código Civil, en lo que se refiere a la adquisición por carta de naturaleza de la nacionalidad española”*. La no exigencia de renuncia a su nacionalidad para adquirir la española ha hecho posible que algunos de los brigadistas se hayan acogido tras la Ley de la

Con esto –declaración de injusticia general y nacionalidad para hijos y nietos- se resuelve toda la reparación a las víctimas del exilio. No se contemplan compensaciones económicas, ni cabe para los exiliados la Declaración de reparación y reconocimiento prevista para los condenados y sancionados: la memoria de cada uno de ellos queda anónima bajo el manto de una insuficiente declaración genérica de injusticia.

## 7. Los últimos acontecimientos: ¿El olvido de la Memoria?

Para acabar, me referiré a algunos acontecimientos que pueden indicar cuál podría ser el futuro de la Memoria.

En primer lugar debe tenerse en cuenta la investigación seguida en Argentina como consecuencia de la denuncia presentada en 2010 por familiares de víctimas. En el marco de esta causa, la Jueza María Servini de Cubría solicitó de las Autoridades españolas información relativa a la existencia o no de investigación en España sobre los hechos de la denuncia. La actuación de la Jueza era consecuencia de lo ordenado por el Tribunal Superior de Apelaciones en lo Criminal que le indicaba la necesidad de seguir adelante en “*la investigación de los crímenes contra la Humanidad llevados a cabo por el franquismo desde el 17-7-1936 al 15-6-1977*”, es decir desde el golpe de Estado hasta las primeras elecciones de la Democracia. España contestó pasados ocho meses desde la petición, en junio de 2011, indicando que en nuestro país había causa abierta en el Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, lo que no deja de ser llamativo dado que en esa fecha la investigación de este Juzgado estaba ya abortada y su titular acusado de prevaricación en el Tribunal Supremo por el intento de investigación. Se informaba también de la relación de Juzgados a los que Garzón había enviado la causa una vez que se inhibió de su conocimiento. Como es sabido, en aquellos momentos los Juzgados territoriales no estaban avanzando ninguna investigación, entre otras cosas porque el Tribunal Supremo tenía palizada su decisión sobre qué Juzgado o Juzgados tenían competencia sobre el asunto (a esta cuestión de competencia y su resolución ya me he referido). Parece claro, que se quería transmitir a la Justicia argentina una imagen de actividad judicial en España para que por ese motivo la jurisdicción argentina se paralizase al estar actuando una jurisdicción preferente. Pero lo cierto

Memoria Histórica a este derecho antes condicionado y que por ello les llevó a no hacer efectiva la concesión. El desarrollo de lo contenido en el art. 18.1 transcrito se hace por Real Decreto 1792/2008, de 3 de noviembre (por el que se deroga el anterior 39/1996, de 19 de enero), que entiende que en el caso de los brigadistas se da la situación excepcional a la que alude el art. 21 del Código Civil en lo relativo a la nacionalidad por carta de naturaleza, sin que se exija para la concesión el requisito previsto en el art. 23 del Código Civil de renuncia a la anterior nacionalidad.

es que en España no había causas efectivas y en funcionamiento<sup>56</sup>; de ahí que en Argentina se haya proseguido con la investigación, lo que tiene toda su lógica porque en España entonces, ahora o en el futuro podrá existir –o no- alguna intervención judicial alrededor de una fosa o ante el hallazgo de un cadáver, pero lo que no hay es una investigación judicial por crímenes contra la Humanidad y esto es precisamente lo que se está investigando en Argentina. Ganada la impunidad en España, se facilita la vía de la Justicia argentina que podrá conocer los hechos sin el obstáculo que hubiese supuesto una acción de nuestros Tribunales. Es difícil en este punto que las Autoridades españolas puedan seguir manteniendo que en España hay investigación de los crímenes de la Guerra y de la Dictadura, como lo hicieron en un momento anterior.

En definitiva, lo que la Justicia española no ha hecho frente a criminales españoles con víctimas españolas y por delitos cometidos en nuestro suelo, podrá hacerse en Argentina por aplicación del principio de Justicia Universal. Ciertamente es que el seguimiento de la causa fuera de España puede dificultar su desarrollo, toda vez que las pruebas serán más difíciles de obtener; quizás por eso, recientemente, en marzo de 2012, la jueza argentina María Servini de Cubría ha solicitado a los abogados de los denunciantes en la causa que sigue por los crímenes de la Guerra Civil española una lista de posibles testigos de cara a interrogarlos en España en los meses de junio y julio<sup>57</sup>.

Por lo que se refiere a la situación dentro de España, hay algunos datos que puede indicarnos un cambio de rumbo a la baja en la aplicación de la ya escasa Ley de la Memoria Histórica. En febrero de 2012, el Gobierno de Mariano Rajoy suprimió la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura que se había creado en 2008 por el Gobierno anterior. A la vista de la supresión, el Grupo Socialista ha presentado en el Congreso una proposición no de ley en la que se pide la reapertura de la Oficina y el mantenimiento de las subvenciones a las ONG y a las asociacio-

<sup>56</sup> En este punto conviene aclarar que lo que puede –salvo que se esté ante un caso de actuación concurrente de más de una jurisdicción- paralizar una investigación seguida en un país que no es el territorialmente competente –aunque lo sea por razón de Justicia Universal- o en un Tribunal internacional no es la alegación del país territorialmente competente de que está investigando, sino la constatación de que tal investigación es efectiva. Se trata de una cláusula de subsidiariedad originaria por litispendencia: si el Tribunal territorialmente competente o un Tribunal Internacional ya están conociendo del asunto de forma efectiva, entonces no puede activarse la jurisdicción no preferente. Pero puede ocurrir que el país territorialmente competente –y por ello, en principio, preferente- no esté llevando a cabo una investigación efectiva. A esta posibilidad se refiere el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su art. 17, indicando que el impedimento procesal de que un Tribunal nacional competente esté actuando o haya actuado no opera en casos de incapacidad o falta de interés para investigar y enjuiciar, o cuando se busca eludir la responsabilidad ante la Corte. Quiere lo anterior decir que las cláusulas de subsidiariedad no deben funcionar cuando la actuación de otro Tribunal sea un fraude que solo busca sustraer a un individuo de su responsabilidad ante el Tribunal Penal Internacional. Puede servir este texto para determinar qué ha de entenderse por persecución efectiva y aplicado al caso que nos ocupa, nos permite concluir que en España no ha habido una investigación efectiva de los crímenes de la Guerra Civil y de la Dictadura.

<sup>57</sup> *El País*, de 26 de marzo de 2012.

nes de la Memoria que se destinaban a la recuperación de los cuerpos<sup>58</sup>. Habrá que esperar para determinar la voluntad del actual Gobierno en el sentido de, al menos, aplicar la Ley según las posibilidades que contiene o, por lo contrario, ir vaciando de contenido en la práctica; parece que esta última va a ser la tendencia toda vez que en los Presupuestos de 2012 se han mantenido las subvenciones para la búsqueda e identificación de restos –lo que atañe a la memoria individual-, pero se han suprimido las encaminadas a apoyar la investigación histórica –lo que afectará negativamente a la memoria colectiva<sup>59</sup>-; el recorte total en las partidas vinculadas a la recuperación de la Memoria histórica es de un 60% respecto al Presupuesto anterior.

Finalmente, hay que referirse a una reciente decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; esta fue la vía seguida, después de un largo y fracasado periplo por los Tribunales españoles, por una mujer y su hijo que buscaban los restos de su padre y abuelo, un diputado del PSOE detenido el 18 de julio de 1936, que estuvo retenido 10 días, sin saberse nada de él desde entonces. Sus familiares presentaron una denuncia en un Juzgado de Córdoba, que entendió que se trataba de un presunto asesinato común prescrito; la decisión fue confirmada por la Audiencia de Córdoba; se interpuso recurso de amparo y el Tribunal Constitucional lo inadmitió. En 2006 acudieron a la Audiencia Nacional presentando denuncia de la que conoció el Juzgado Central número 5; como es sabido este Juzgado se inhibió a favor de los Juzgados territoriales. Acudieron entonces al TEDH que ha rechazado la demanda en Sentencia de 27 de marzo de 2012, al entender que se había sobrepasado el plazo para recurrir a la Justicia, toda vez que el derecho de petición individual al Tribunal Europeo contemplado en el Convenio de Roma era posible en España desde 1981 y la familia esperó 25 años, hasta 2006, para denunciar los hechos ante la Justicia Nacional y 28 para recurrir al Tribunal Europeo; concluye la resolución que los demandantes no fueron diligentes a la hora de reclamar Justicia y que superaron el plazo legal<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> *El País*, de 6 de marzo de 2012.

<sup>59</sup> *El País*, de 8 de abril de 2012.

<sup>60</sup> Puede traerse aquí la andadura de otro caso ante la justicia española que se resolvió con una declaración de prescripción sin investigación previa; me refiero al asunto “Arroyo de la Coja de Jauja”. En 2004 Rocío Borrego denunció en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lucena la desaparición de su madre en noviembre de 1936, tras ser detenida por la Guardia Civil y sospechándose que había sido asesinada en el Arroyo de la Coja de Jauja (Lucena, Córdoba). El Juez decidió incoar Diligencias Previas y, a la vez, las archivó por entender que los hechos no eran constitutivos de delito. Recurrida la decisión en reforma, estimó el Juez que se trataba de un asesinato prescrito que merecía el sobreseimiento provisional y el archivo. La Audiencia Provincial de Córdoba conoció el recurso de apelación contra la decisión del Instructor, que fue confirmada por Auto de 21 de febrero de 2005 (Sección Primera), con los siguientes razonamientos: “*debe evitarse en todo caso que cualquier iniciativa como la que hoy deduce la recurrente sirva para “reavivar viejas heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil. Y ello es necesario dejarlo sentado cuando nos encontramos ante un ámbito, el penal, que precisamente por cuanto en el mismo prima el principio de legalidad (art. 9.3 de la Constitución Española) no debe ser instrumento de satisfacción de lo que pueden ser legítimas pretensiones, pero en todo caso ajenas al ordenamiento punitivo”*. Inadmitido el incidente de nulidad de actuaciones planteado por la denunciante y recurrente, se formuló demanda de amparo; el

Puede aventurarse que otras demandas similares que están a la espera de decisión o que quisieran interponerse ante el Tribunal de Estrasburgo, correrían la misma suerte si respecto de las mismas se observa que el plazo para recurrir ha pasado ya. No parece que por esta vía los familiares de desaparecidos durante la Guerra o la posguerra vayan a encontrar amparo legal.

A la vista de todo lo hasta aquí dicho, podemos concluir que pocas parecen las oportunidades que le quedan a la Memoria Histórica: en España se ha cerrado la vía de los Tribunales, en Estrasburgo, parece que también. Queda la esperanza puesta en la Justicia argentina, por más que parece triste este “exilio judicial” a la hora de hacer realidad los derechos de víctimas españolas, que lo fueron en España y a manos de españoles. Por otro lado –ya se ha indicado–, podría ocurrir que el actual Gobierno adelgazase en la práctica la respuesta tímida e insuficiente que la Ley de la Memoria Histórica ofrece, lo que nos obligaría a defender esta conquista de mínimos como la “solución buena” ante un indeseable silencio como única respuesta legal.

Tribunal Constitucional no admitió a trámite el recurso, confirmando su decisión tras el recurso de súplica del Ministerio Fiscal. En este recurso se sostenía que la prescripción había sido acordada de forma precipitada, pues todo indicaba que se trataba de un delito de detención ilegal que, al ser un delito permanente, conlleva que la prescripción no empieza a correr hasta el cese de la situación antijurídica, momento que no aparecía determinado y que hubiese requerido un mínimo de investigación (Sobre este asunto puede verse, Miranda Estrampes, M., “Caso del Arroyo de la Coja de Jauja (Una desaparición forzada en 1936 sin resolver. Crónica de una ocasión perdida)”, en *La Ley*, de 15 de diciembre de 2006, núm. 7076.