Raül Digón Martín y Oriol Dueñas Iturbe

La responsabilidad del Estado ante las víctimas del franquismo y el papel del poder judicial

1. Introducción

Baltasar Garzón Real fue expulsado de la judicatura por sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012, que lo condenó a 11 años de inhabilitación por un delito de prevaricación realizado al investigar la trama Gürtel. El mismo órgano acordó el archivo –por prescripción– del caso de las irregularidades imputadas por los cursos que impartió en la Universidad de Nueva York (auto de 13 de febrero de 2012), y mediante sentencia de 27 de febrero de 2012 le absolvió por su investigación de los crímenes franquistas. Esta última causa puso de manifiesto la deuda del Estado con los familiares de las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura, que reclaman “verdad, justicia y reparación”. También plantea dudas sobre las carencias de la democracia española, las contradicciones entre la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, o la inacción de los poderes públicos ante la demanda social de localizar a millares de desaparecidos. Este artículo presenta una aproximación al desarrollo de dicha causa, núcleo de los tres procesos que, en conjunto, han acabado con la carrera del juez que pretendió investigar las atrocidades del franquismo. Para ello, el texto [1] expone las fases fundamentales de dicho intento e identifica a sus principales actores, y trata de aportar elementos de reflexión sobre sus implicaciones éticas y políticas.

2. Los crímenes del franquismo

El 14 de diciembre de 2006, varias asociaciones de familiares de víctimas del franquismo presentaron denuncias ante la Audiencia Nacional por presuntos delitos de detención ilegal, cometidos por motivos políticos durante 1936 y los años subsiguientes en diferentes puntos geográficos del territorio español. Posteriormente, se añadieron las de otras entidades, memorialistas o sindicales, hasta sumar 22 denuncias a fecha de 6 de octubre de 2008. Desde distintos lugares, se pretendía esclarecer la realidad de unos hechos que podían ser calificados como crímenes contra la humanidad.

Todas las denuncias presentadas ante la Audiencia Nacional se basaban en que a partir del 17 de julio de 1936 se ejecutó un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos mediante muertes, torturas y desapariciones forzadas. Hechos que supusieron la detención y posterior desaparición de miles de personas.

Es evidente que durante la Guerra Civil se produjeron detenciones ilegales y desapariciones forzadas en las zonas donde el golpe militar triunfó. En ocasiones, cuando se habla de tales hechos, no queda del todo claro si las desapariciones se dieron durante todo el conflicto armado y la posterior posguerra en todo el territorio, o únicamente se produjeron en algún momento concreto y en zonas determinadas.

Antes de pasar a responder esta cuestión, cabe definir el concepto de desaparición forzada. La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones

forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 14 de julio de 2009, define, en su art. 2, la desaparición forzada como el “arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o de personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de una negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la Ley” [2].

Esta definición es totalmente aplicable a los terribles hechos que se produjeron durante la Guerra Civil, y especialmente a los acaecidos durante los primeros meses del conflicto. Fue en este periodo cuando se produjo la mayor parte de detenciones forzadas y posteriores desapariciones de hombres y mujeres en las zonas donde los golpistas se impusieron a la legalidad republicana. Una vez pasados los primeros meses, las desapariciones y muertes arbitrarias dejaron paso, a excepción de casos aislados, a la actuación represiva de la “justicia” militar. A partir de este momento, los sublevados dejaron constancia documental de las detenciones, encarcelamientos, juicios, sentencias, ejecuciones e inhumaciones de las víctimas, por lo que la definición de desaparición forzada no se podría aplicar a tales casos en su sentido estricto.

El fracaso de intento de golpe de Estado contra el gobierno democrático de la II República acabó desembocando en una larga y cruenta Guerra Civil. La acción desplegada por los sublevados entre los días 17 y 19 de julio de 1936 en contra del Estado de derecho se apoyó en un plan preconcebido que incluía la caída del gobierno y el uso de la violencia como instrumento básico para su ejecución [3]. Un plan que tenía entre sus objetivos detener y hacer desaparecer a los considerados enemigos de la insurrección. Esta idea quedó perfectamente expresada por el general Emilio Mola, uno de los responsables del alzamiento, en las Instrucciones Reservadas que redactó entre mayo y junio de 1936:

“Producido el movimiento y declarado el Estado de Guerra [...] se tendrá en cuenta que la acción ha de ser en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo, que es fuerte y bien organizado. Desde luego serán encarcelados todos los directivos de los Partidos Políticos, Sociedades o Sindicatos no afectos al Movimiento, aplicándose castigos ejemplares a dichos individuos para estrangular los movimientos de rebeldía y huelgas.” [4]

Tan pronto tenga éxito el movimiento nacional, se constituirá un Directorio, que lo integrarán un Presidente y cuatro vocales militares [...] El Directorio ejercerá el poder con toda amplitud, tendrá la iniciativa de los decretos leyes que se dicten, los cuales serán refrendados por todos sus miembros [...] Los primeros decretos leyes que se dicten serán los siguientes: A. Suspensión de la Constitución de 1931. B. Cese del Presidente de la República y miembros del Gobierno. C. Atribuirse todos los poderes del Estado, salvo el judicial [...] D. Defensa de la Dictadura Republicana. Las sanciones de carácter dictatorial serán aplicadas por el Directorio sin intervención de los Tribunales de Justicia [...]” [5]

Otro de los ideólogos del golpe de estado, el veterano general Guillermo Cabanellas, también dejó su testimonio sobre cómo se debía actuar en contra de los enemigos del Movimiento:

“Basta para ser eliminado, en una forma o otra, el haber votado a favor de los partidos del Frente Popular; el no concurrir a misa, el haber votado a favor de los partidos de izquierdas; pertenecera la masonería; no demostrar fervorosa adhesión al nuevo Régimen [...]” **[6]**

Para llevar a cabo la persecución y represión de todos esos colectivos, los golpistas utilizaron dos instrumentos: los bandos de guerra y, posteriormente, los consejos de guerra sumarísimos de urgencia. Los bandos que se aplicaron en los primeros meses de guerra sirvieron como argumento jurídico a los sublevados para llevar a cabo la represión y las desapariciones indiscriminadas de defensores de la legalidad republicana. La aplicación del Bando de Guerra **[7]** fue la fórmula bajo la cual se escondió la aniquilación del enemigo. Bajo su amparo, todo estuvo permitido. Durante los primeros meses de la guerra, miles de personas fueron ejecutadas sin juicio y desaparecieron en un descampado, en la cuneta de una carretera o en una fosa común. Posteriormente, a partir de enero de 1937, la violencia extrajudicial fue dejando paso a la acción a través de la justicia militar **[8]**.

La mayoría de bandos y proclamaciones del estado de guerra citaban como causa de muerte segura la tenencia de armas. Tras advertir que el restablecimiento del principio de autoridad exigía inexcusablemente que los castigos fueran ejemplares, por la seriedad con que se impondrían y la rapidez con que se llevarían a cabo, sin titubeos ni vacilaciones, aquellos bandos dejaban la puerta abierta a una aplicación indiscriminada, con apartados tan laxos como los que designan a un amplio espectro de personas susceptibles de ser merecedoras de la pena capital. Quizá uno de los bandos que más claramente muestra el carácter de aquella represión fue el que proclamó el general Queipo de Llano seis días después del golpe:

“Al comprobarse en cualquier localidad actos de crueldad contra personas, serán pasadas por las armas sin formación de causa las directivas de las organizaciones marxistas o comunistas que en el pueblo existan, y en el caso de no darse con tales directivos, serán ejecutados un número igual de afiliados arbitrariamente elegidos.” **[9]**

Las muertes acaecidas durante los primeros meses de conflicto fueron perpetradas por grupos organizados formados por miembros de Falange, Acción Popular, Renovación Española, Requetés, etc., que, con el consentimiento de las autoridades militares rebeldes, detenían y asesinaban a quienes consideraban opositores al alzamiento. Este elemento organizativo es, juntamente con la práctica sistemática de la detención ilegal, lo que nos permite argumentar que los sucesos acaecidos en dicho periodo cabrían en la definición de desaparición forzada.

En la mayoría de ocasiones, todas esas muertes no fueron inscritas en el registro civil, y, en los pocos casos en que se hizo, aparecían bajo la fórmula de “aplicación del bando de guerra” **[10]**. No obstante, hay que destacar el alto número de personas que en dicha etapa quedaron sin inscribir en los registros civiles, y de cuya muerte no queda rastro documental alguno. Tales víctimas fueron las que a la larga, y hasta el día de hoy, se consideraron desaparecidas.

El resultado de esta represión fue terrible. A día de hoy sabemos que la cifra de asesinatos en la zona que quedó bajo control de los rebeldes supera ampliamente las 80.000 muertes, acercándose a 100.000. Aunque no dispongamos de todos los datos, los que se han conocido no dejan lugar a ninguna duda:

Cuadro 1: número de represaliados por provincias durante la guerra

Galicia	4.109
Canarias	2.600
Aragón	9.395
Baleares	1.000
La Rioja	2.241
Andalucía	42.718
Extremadura	8.868
Asturias	5.952
Castilla y León	13.772
Navarra	3.000
Ceuta y Melilla	768

Total 94.423 **[11]**

Desde principios de 1937 la encargada de ejercer la represión y decidir entre la vida y la muerte de los y de las inculpadas fue la justicia militar **[12]**. Como ya se ha expuesto anteriormente, la aplicación de la justicia castrense mediante consejos de guerra provocó que la figura del desaparecido se fuera desvaneciendo, como mínimo en su concepción legal. Los hombres y las mujeres que eran juzgados sin ninguna garantía jurídica, condenados a muerte y ejecutados, eran enterrados habitualmente en grandes fosas comunes de los cementerios de las poblaciones donde tenían lugar los juicios, normalmente capitales de provincia, de modo que a las personas represaliadas no se las pudiera considerar desaparecidas ya que de todas ellas quedó un rastro documental que nos permite saber la fecha y el lugar de su muerte e inhumación.

La institucionalización por parte de los sublevados de los consejos de guerra sumarísimos de urgencia, motivó la burocratización de los procesos, lo que ha permitido reconstruir la represión a partir de la extensa documentación existente. El régimen fue extremadamente burocrático y este hecho permite a investigadores/ras y a familiares saber, a través de los rastros documentales, el fin de los hombres y mujeres condenados a muerte en consejo de guerra. De esta manera se puede conocer el número de personas ejecutadas y su destino final.

La aplicación de la justicia militar fue más allá del final de la guerra. Durante la posguerra la represión franquista no fue resultado de un momento extremo de pasión y odio, sino que fue fría, metódica y calculada. Un aspecto que se alargó año tras año, con una voluntad selectiva y ejemplarizante hacia los actos e ideas de los acusados. Esto hizo que fuera aún más

incomprensible la ejecución de personalidades destacadas de la sociedad, dado que a quien más afectó la represión fue a quienes habían pertenecido a instituciones autonómicas, republicanas y sindicales. Las víctimas, principalmente, provenían de tres grandes grupos: personas que habían ocupado cargos político-sociales durante la II República y los años de guerra; acusados de participación directa en hechos considerados de extrema gravedad, como delitos de sangre, vejaciones religiosas y personalidades destacadas en el ámbito local.

Los consejos de guerra sumarísimos de urgencia se mantendrían hasta los primeros meses de 1945. Podría parecer que el final de la guerra marca una separación, pero realmente fue lo mismo; quizás la disminución del ritmo represivo iniciado en el 36 se perciba a partir de 1943. A finales de la década de los cuarenta una tercera oleada represiva volvió a invadir el país, dirigida a la eliminación de docenas de guerrilleros y de cientos de personas acusadas de servirles de apoyo.

Cuadro 2: número de represaliados por provincias durante la guerra y la posguerra

Albacete	1.600 estudio parcial
Alicante	742
Almería	373
Asturias	5.952
Badajoz	7.603 estudio parcial
Baleares	1.300
Barcelona	1.716
Burgos	1.038 estudio parcial
Cáceres	1.680
Cádiz	3.071 estudio parcial
Canarias	2.000
Cantabria	2.535
Castellón	1.052
Castilla y León	4.660
Ceuta y Melilla	768
Ciudad Real	1.614 estudio parcial
Córdoba	9.579

Galicia 3.588
Girona 519
Granada 5.048
Huelva 6.019
Huesca 1.519
Jaén 3.040
La Rioja 2.241
Las Palmas 1.000
Lleida 450
Madrid 2.663 estudio parcial
Málaga 7.000 aprox.
Murcia 177 estudio parcial
Navarra 3.240
País Vasco 1.900
Palencia 359 estudio parcial
Salamanca 284 estudio parcial
Sevilla 11.694
Tarragona 703
Tenerife 1.600
Teruel 1.340
Toledo 3.826
Valencia 3.128
Valladolid 3.430
Zaragoza 6.029

Total 129.472 **[13]**

Aunque la herramienta principal de la represión continuó siendo el consejo de guerra, el régimen franquista reaccionó ante las presiones internacionales y en 1959 promulgó la Ley de Orden Público, que permitía declarar el estado de excepción y detener masivamente, además de crear el Tribunal de Orden Público (TOP) en 1963 para perseguir los delitos políticos. A pesar de estos cambios, la represión continuó siendo implacable y las ejecuciones arbitrarias continuaron siendo habituales, tal como demuestran los casos de Julián Grimau, de Francisco Granados y Joaquín Delgado en 1963; la muerte, en extrañas circunstancias de Enrique Ruano, en 1969; o la ejecución por garrote vil de Salvador Puig Antich y Heinz Chez en 1974. Finalmente, en septiembre de 1975, se ejecutaron las últimas condenas a muerte, las de dos integrantes de ETA, Juan Paredes Manot (Txiki) y Ángel Otaegui; y tres del FRAP, José Humberto Baena, José Luís Sánchez Bravo y Ramón García Sanz.

La represión fue sin duda alguna la principal característica que definió a la dictadura franquista durante sus casi cuarenta años de existencia. Desde el primer momento empleó la violencia para eliminar a sus opositores y consolidarse en el poder, y no dudó en seguir utilizándola hasta sus últimos días.

3. Los límites de la transición a la democracia: la Ley de Amnistía

Con la muerte del dictador –el 20 de noviembre de 1975– se abrieron nuevas posibilidades para el cambio político en España. Con el objetivo de aprovechar tales posibilidades, la oposición antifranquista dio un salto cuantitativo y cualitativo, y salió a la calle para ocupar el espacio público. El nuevo régimen monárquico, con Juan Carlos I como jefe de Estado de un sistema político aun antidemocrático y heredero de la dictadura, intentó frenar los ánimos democratizadores con pequeñas reformas, a iniciativa del presidente del gobierno Arias Navarro, medidas que fracasarían gracias a la presión popular.

Ejemplo de todo ello fueron las importantes manifestaciones a favor de la amnistía del 1 y el 8 de febrero de 1976 en Barcelona. Con la ocupación de la calle por parte de la oposición, la famosa frase que pronunció Manuel Fraga, como ministro de Gobernación del gobierno Arias Navarro, “la calle es mía”, perdió cualquier atisbo de credibilidad.

Ese mismo año 1976 se produjeron multitudinarias manifestaciones en diversas poblaciones catalanas, así como en otras ciudades del Estado, como Madrid y Vitoria. La salida a la luz de la oposición demostraba que en las grandes ciudades la dictadura se encontraba totalmente deslegitimada, lo que significaba que el franquismo, o lo que quedaba de él, ya no tenía mucho recorrido.

A pesar de todo, el régimen franquista aún disponía de instrumentos represivos para alargar considerablemente su agonía. Los hechos violentos de Vitoria el 3 de marzo de 1976, de Montejurra el 9 de mayo del mismo año, o la matanza de abogados laboristas en Madrid el 24 de enero de 1977, fueron algunos de los últimos coletazos violentos protagonizados por los defensores de la continuidad del franquismo. La mejor prueba del límite del proceso de cambio democrático la tenemos en la huelga del 12 de noviembre de 1976, convocada por una coordinadora sindical integrada por CCOO, Unión Sindical y la UGT. La protesta no consiguió

alcanzar los objetivos previstos y poco después, con el referéndum del 15 de diciembre de 1976 para la aprobación de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, recibió, a pesar de la llamada a la abstención que realizaron las fuerzas democráticas, el apoyo de la mayoría de los ciudadanos. Todo ello evidenció las virtudes y las carencias del movimiento opositor. Un movimiento que había luchado contra la dictadura y la había deslegitimado, que había hecho caer al primer gobierno de la monarquía en julio de 1976 y que había impuesto una agenda democratizadora al segundo gobierno de la transición, encabezado por Adolfo Suárez; aunque, a pesar de su fuerza, no fue capaz de dirigir el proceso de cambio político instaurando un gobierno provisional integrado por fuerzas antifranquistas. El cambio sería dirigido por un gobierno monárquico heredero del anterior régimen político, que aplicaría las reformas democráticas (en 1977 fueron legalizados partidos y sindicatos y se convocaron elecciones generales que dieron pie a la redacción y posterior aprobación de la Constitución española de 1978). Todo ello supuso la desaparición de la dictadura franquista, aunque al precio de la supervivencia política de sus representantes, que continuaron, conjuntamente con los representantes de la antigua oposición antifranquista, dentro de la nueva democracia.

Fruto de la debilidad que mostró la oposición antifranquista durante los años de la transición son el olvido de las víctimas de la represión franquista y la aprobación de la Ley de Amnistía. La política de olvido del franquismo no podía seguir marginando a la España vencida en la guerra y represaliada por el dictador. Por ello, desde el primer momento se alzaron voces a favor de la amnistía, y se convocaron manifestaciones para solicitar su aplicación. Pedían suspender los juicios pendientes incurso por el régimen franquista; en suma, la rehabilitación del vencido. La amnistía para los vencidos y víctimas del régimen suponía poner en marcha procesos de lucha contra el olvido y la exclusión, de recuperación del recuerdo de los condenados, silenciados, represaliados o ausentes. También supuso borrar la causa de la inculpación, y finalmente, la rehabilitación y compensación de las víctimas – la amnistía, propiamente dicha. En cuanto a la justicia para los verdugos, comportó la amnistía y el perdón. Por tales derroteros podía llegarse a la reconciliación, tan invocada en la transición española **[14]**.

Todas las organizaciones de la oposición antifranquista, la Junta Democrática y la Plataforma de Convergencia Democrática (posteriormente fusionadas con el nombre de Platajunta), llevaban en sus programas la demanda de amnistía absoluta y la liberación de presos por motivos políticos y sindicales. En el manifiesto conjunto de Coordinación Democrática, fruto de la unión de ambas organizaciones, se insistía de nuevo en la necesidad de la amnistía.

Pero a parte de este discurso, también se iba tejiendo otro en paralelo en una parte importante de la sociedad que no había participado en la Guerra Civil, que pedía el fin del conflicto civil y, con él, una amnistía mutua y la reconciliación. Como afirma Santos Juliá, la reconciliación vino a ser el gran relato que sustituyó a otro gran relato que se había impuesto hasta el momento, el de la guerra civil como inútil matanza fratricida. La reconciliación liquidaba todos los grandes relatos **[15]**

El proceso de amnistía de los condenados por el franquismo fue temprano, inmediatamente anterior al proceso constitucional, intenso, difícil, y no aceptado por toda la sociedad española. La coronación del Rey, una semana después de la muerte de Franco, fue acompañada de un primer indulto con el que se pretendió vincular a la nueva monarquía con el concepto de reconciliación **[16]**.

De modo que el indulto general con el que Juan Carlos de Borbón abrió su reinado sirvió como acicate a la reclamación de amnistía que dio origen a una permanente movilización durante el primer semestre de 1976: colegios de médicos y de abogados, rectores de universidad, jueces y fiscales, ayuntamientos, asociaciones de vecinos, incluso la conferencia episcopal; no hubo ningún partido, ningún organismo unitario, ningún sindicato, que no reivindicara en sus programas y en sus convocatorias la amnistía total como primer requisito para avanzar hacia la democracia. El clamor por la amnistía lo llenaba todo y se convertía en una demanda permanente: libertad, amnistía y estatuto de autonomía **[17]** fueron las consignas repetidas una y mil veces en las decenas de manifestaciones convocadas hasta la dimisión/destitución de Carlos Arias como presidente del gobierno.

Dos importantes normas de amnistía se sucedieron en este periodo histórico. En julio de 1976 (Real Decreto Ley 10/1976, de 20 de julio) el Gobierno de Suárez concedía la primera amnistía **[18]**. En el entorno del movimiento pro amnistía, esa primera medida fue acogida como un primer paso de superación de la guerra, aunque también se consideraba muy limitada e insuficiente. En octubre de 1977, el Parlamento nacido de las elecciones de junio aprobaba la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, de mayor amplitud **[19]**. Desde el punto de vista jurídico, la amnistía acogía tanto a quienes habían sido objeto de instrucción, condena, sanciones o cumplimiento de penas de prisión, como a quienes no, y consideraba que los hechos imputables ya no eran delito. En definitiva, no había perdón porque el hecho condenado o sancionado nunca hubiera tenido que ser considerado delito. Así, los beneficiarios podían exigir su rehabilitación e incluso una indemnización económica por los daños ocasionados.

La Ley de Amnistía solo tuvo dos “agujeros negros”: no se podían acoger a ella ni los militares de la Unión Militar Democrática ni las personas acusadas de haber colaborado en la interrupción voluntaria de un embarazo. Ambas exclusiones demuestran el poder e influencia que todavía tenían en aquellos momentos el Ejército y la Iglesia.

Con la aprobación de esta Ley se cerraba, jurídicamente, la división entre vencedores y vencidos impuesta durante 40 años, y desde un punto de vista formal se ponía fin a la Guerra Civil y a una larga dictadura. La contrapartida a esta norma preconstitucional fue la impunidad para quienes habían perpetrado violaciones de los derechos humanos desde los aparatos del Estado del régimen franquista **[20]**. Este aspecto de ley “de punto final” contradice importantes disposiciones de Derecho Internacional, contradicción que se ha acentuado con el paso del tiempo y ha sido objeto de crítica y de exigencias de derogación desde diversas instancias **[21]**. La exoneración generalizada de culpas comportó que nunca se haya constituido en España ningún tipo de Comisión de la Verdad para investigar los hechos y depurar responsabilidades, y permitió la continuidad de elementos de la dictadura en las estructuras institucionales de la nueva monarquía parlamentaria. Gracias a la ley, las autoridades y personas vinculadas al franquismo y a sus delitos conquistaban dos impunidades. Por un lado, la impunidad jurídica: ninguno de ellos

tendría que responder ante la justicia por la violación de derechos humanos o por delitos de índole económica. Por otro lado, la impunidad política. Los partidos con representación parlamentaria acordaron poner a cero el contador de la justicia histórica y no hacer causa de la memoria de la represión de la dictadura [22]. Al mismo tiempo, el relato oficial de reconciliación entre todos los españoles afirmaba la equiparación tácita de responsabilidades entre vencedores y vencidos de la Guerra Civil, y silenciaba institucionalmente la memoria de las víctimas, cuyo reconocimiento, a pesar de la adopción de algunas medidas de compensación económica [23], fue excluido de la agenda política. Se trataba de pasar página y mirar adelante sin que nadie tuviera que rendir cuentas por los hechos terribles de un pasado reciente y muy duro, y transcurrió mucho tiempo hasta que se dieron las condiciones para reconsiderar críticamente las carencias de la transición y abrir un debate sobre las obligaciones de los poderes públicos para con las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo. (Entre la confluencia de factores que contribuyeron a sensibilizar a la sociedad ante dicha necesidad, destacan la repercusión de nuevas aportaciones historiográficas y la creciente importancia del movimiento memorialista y las asociaciones de apoyo a los represaliados, cuyas reivindicaciones han cobrado fuerza durante los últimos años.)

4. Antecedentes judiciales de los autos de Garzón

Con anterioridad a la investigación iniciada por Baltasar Garzón, otros jueces ya habían abierto diligencias judiciales sobre casos de desaparecidos durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, algunas de ellas sustanciadas varios años antes de la entrada en vigor de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

Entre esos jueces destacan los casos de la magistrada María del Carmen Santos González, titular del juzgado de primera instancia e instrucción único de Villablino (León) en julio de 2002, que admitió a trámite la denuncia de un colectivo de familiares de 37 hombres desaparecidos a manos de falangistas en noviembre de 1937. Su actuación dio paso a la excavación de una fosa común en Piedrafita de Babia, que permitió recuperar los huesos de 7 fusilados, con la práctica de los subsiguientes análisis de ADN para lograr identificarlos. Asimismo, la acción del magistrado Julio Álvarez Merino, titular del juzgado de primera instancia e instrucción número 1 de Talavera de la Reina (Toledo) en agosto de 2003, hizo posible la exhumación de una fosa en la localidad de Pepino, con la recuperación de restos de 11 hombres ejecutados por los franquistas y la correspondiente realización de pruebas de ADN. También cabe señalar la apertura de diligencias judiciales a raíz de la aparición de una fosa común en Gordaliza del Pino, por parte de la magistrada Rosa María Serreta Pesquera, titular del Juzgado de primera instancia e instrucción único de Sahagún (León) en julio de 2007, que facilitó la recuperación de los esqueletos de cinco vecinos de Grajal de Campos fusilados por falangistas en otoño de 1936.

Ninguno de estos ni otros casos parecidos, escasos, ha obtenido siquiera una pequeña parte de la gran atención mediática que se ha prestado a la investigación de Garzón, pero son relevantes porque sentaron precedente, al mostrar que la vía judicial podía servir para satisfacer la petición de los familiares a conocer el destino final de sus seres queridos represaliados durante la Guerra Civil, en contraste con las diversas negativas de otros magistrados a abrir diligencias judiciales ante situaciones similares [24].

5. Dos autos para la historia

El 28 de agosto de 2008 el magistrado-juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional dictó una providencia (Diligencias Previas Proc. Abreviado 399/2006 V) [25] por la que requería documentación a las entidades denunciadas de los presuntos delitos, “sobre las personas responsables que estén practicando las exhumaciones de víctimas de desapariciones forzadas”, y a diversas instituciones (la abadía benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos; los ayuntamientos de Granada, Córdoba, Sevilla y Madrid; el Centro Documental de la Memoria Histórica; el Ministerio de Defensa y la Conferencia Episcopal Española, entre otros), “relacionada con desaparecidos a partir de julio de 1936, como consecuencia directa del denominado alzamiento nacional y la situación de Guerra Civil que provocó y la posguerra bajo el mandato del nuevo régimen de España.” De este modo, Garzón pretendía reunir datos sobre el número de víctimas y la naturaleza de los hechos, y en base a los mismos, mediante auto de 16 de octubre de 2008, dispuso “aceptar la competencia” para tramitar la causa derivada de aquellas denuncias. Con ello, desoía el dictamen del Fiscal de la Audiencia de 29 de enero de 2008, que al considerar improcedente dicha admisión a trámite propició la presentación de un escrito de oposición de las partes constituidas en la causa, que defendieron la calificación jurídica de genocidio. Dudas que tengo al leer este párrafo: ¿Garzón actuó a instancia de parte o a iniciativa propia? Por otra parte, la referencia a la ‘calificación jurídica de genocidio’ no queda clara. Creo que tiene interés aclararle al lector estas dos cuestiones.

La repercusión del auto de 16 de octubre de 2008 trascendió con creces el ámbito estricto de lo jurídico, dada su alta carga simbólica. Su contundente redactado generó un revuelo notable en la opinión pública, en un contexto en que muchos discutían vivamente las responsabilidades, nunca depuradas, por los crímenes de la dictadura (entre la presentación de las denuncias y el auto ¿qué auto? ¿El del 16 de octubre de 2008? del exjefe, las Cortes Generales habían aprobado la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, “de la Memoria Histórica” [26], cuyas disposiciones sobre desaparecidos y fosas comunes nunca han satisfecho plenamente las demandas de las asociaciones de víctimas del franquismo).

Leído con la perspectiva del tiempo, podemos afirmar que el auto de octubre de 2008, muy atípico, constituye un documento histórico de gran interés. En sus primeros razonamientos jurídicos se expone que los hechos denunciados “nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española” y que, por tanto, “la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad (artículo 607 bis del Código Penal).” Asimismo, se anuncia que la acción del Juzgado se desarrolla con el máximo respeto para todas las víctimas, sin distinción por adscripción política, ideológica, religiosa o de otra clase, y se advierte que el procedimiento trata de investigar la desaparición forzada de personas, no de promover una causa general similar a la que se llevó a cabo entre 1940 y 1945

para las víctimas del “terror rojo”, de cuyas tareas de localización e identificación se excluyó a los vencidos. La investigación planteada, según se precisa, abarca el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y 1952, cuando miles de personas sufrieron los efectos de los bandos y los consejos de guerra, entre otros medios de represión [27].

El texto alude a los primeros decretos militares que dictaron la anulación de normas básicas del Estado de derecho proclamado por la Constitución de la II República y cita graves alegatos de los generales golpistas que, en los albores del alzamiento, incitan al terror y anuncian la intención implacable de aniquilar a sus oponentes. Sobre esta base, y con abundantes referencias historiográficas, el magistrado constata que la insurrección armada fue una decisión planeada para acabar con la forma de Gobierno de España y con quienes ostentaban altas responsabilidades en el mismo, y que el “alzamiento” fue el instrumento para perpetrar, de forma sistemática y por motivos ideológicos, miles de detenciones ilegales sin dar razón del paradero de la víctima (desapariciones forzadas), torturas, tratos inhumanos y asesinatos, y empujar a su vez al exilio a millares de personas.

La investigación judicial pretende concretar la realidad de los hechos para individualizar las conductas y sus responsables, y resolver sobre la extinción de su posible responsabilidad penal cuando hubieran fallecido. El juez estima necesario responder procesalmente a la acción iniciada, pues todavía se desconoce el paradero de miles de personas (bien porque fueron desaparecidas o bien porque, habiendo sido ejecutadas, no se sabe donde se hallan sus cuerpos, que fueron inhumados en lugares sin identificación alguna), y cree que sólo con su búsqueda y localización cesará la comisión del “delito permanente de detención ilegal, sin ofrecer razón sobre el paradero de la víctima, en el marco de crímenes contra la humanidad.” Dicha calificación jurídica se defiende a la luz de un amplio elenco de tratados y principios, como la Convención de Ginebra de 1864; las convenciones de la Haya de 1899 –“Cláusula Martens”– [28] y 1907; los principios de Nuremberg, o el Convenio de Ginebra de 1949, entre otras muchas referencias de Derecho Internacional que se consideran vinculantes para las normas del ordenamiento jurídico español de distintas etapas históricas.

En la parte central del auto se incluye una lista extraída de los datos aportados por las partes de la acusación, desglosada por comunidades, que arroja un número total de 114.266 víctimas desaparecidas en todo el territorio del Estado durante el período estudiado. Una cifra provisional pendiente de análisis y actualización. A continuación, se da noticia de la composición de las sucesivas juntas militares y gobiernos que, junto con la Falange y otras estructuras paramilitares, coordinaron y dirigieron la acción represiva del nuevo régimen. Los nombres relacionados (Francisco Franco Bahamonde, Gonzalo Queipo de Llano y Sierra, o Ramón Serrano Súñer entre muchos otros) se presentan como los de los principales responsables de un “plan sistemático de exterminio dilatado en el tiempo”.

El séptimo razonamiento jurídico y los siguientes son esenciales para la fundamentación del auto, ya que afrontan “los principales escollos que se plantean en el caso”: 1. La irretroactividad de la ley penal, 2. La permanencia delictiva de los hechos, 3. La posible aplicación de la Ley de Amnistía, 4. La competencia del Juzgado y de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, 5. La identificación de los posibles responsables y 6. La identificación de las víctimas. En esta parte se desarrolla una compleja argumentación que enlaza diversa jurisprudencia [29] con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los artículos 474 a 476 del Código Penal de 1932 (y 163 a 168

del vigente) y la resolución 95 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946. Con ese trasfondo, se concluye que las circunstancias que convierten un delito en crimen contra la humanidad –artículo 607 bis. 1 del Código Penal vigente– [30] plantean la cuestión de su imprescriptibilidad, y que “aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal.” A su vez, se remarca que los hechos delictivos estaban descritos y penados en el Código Penal de 1932, se perpetraron en un contexto de crímenes contra la humanidad (por su naturaleza sistemática y generalizada) e integran un delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero de las víctimas, que seguirá cometiéndose hasta que se encuentren sus cuerpos. La inexistencia hasta la fecha de una investigación policial o judicial sobre los hechos confirma la permanencia del delito [31].

Por otra parte, se considera que la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, no es aplicable a los hechos que, según el derecho penal internacional, son crímenes contra la humanidad, tal como se deduce de la jurisprudencia de órganos como el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuyas resoluciones hay que poner en relación con el Convenio para la protección de los DDHH y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966; la Convención contra la tortura, de 1984; el artículo 62 de la Constitución española, que prohíbe los indultos generales a partir de su entrada en vigor; la Convención de la ONU sobre desaparición forzada de personas, de 26 de diciembre de 2006, o los principios generales para combatir la impunidad – 61ª sesión de la Comisión de DDHH de la ONU, 8 de febrero de 2005). Cualquier ley que pretendiese un indulto general para los perpetradores de los crímenes a investigar sería nula de pleno derecho, dado que las normas y principios de Derecho Internacional sobre protección de derechos humanos, a cuya luz hay que interpretar la Ley de Amnistía, vinculan al legislador español. Además, hay que tener en cuenta que, según lo razonado, el delito sigue cometiéndose, y la permanencia delictiva de los hechos evita que les sea de aplicación una medida limitada a lo acontecido antes del 15 de diciembre de 1976 (artículo 1.a) de la Ley de Amnistía.

La atribución de competencia al Juzgado Central de Instrucción nº 5 y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se resuelve conforme a distintos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial (65.1a) y 88), junto con otros preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal. Garzón argumenta que, en conexión con el delito producido –muerte sistemática, desaparición forzada (detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad–, concurrió un delito contra los altos organismos de la Nación y la forma de gobierno, y que la valoración conjunta de ambos delitos determina, por doctrina del Tribunal Supremo, que la Audiencia Nacional sea el órgano competente para conocer de la discutida causa.

Con respecto a la identificación de los presuntos responsables, se considera que algunos de ellos podrían seguir vivos, aunque se sabe que los que lo fueron en grado de alta responsabilidad ya murieron. No obstante, aún en caso de declararse oficialmente la extinción de su responsabilidad (por fallecimiento), se arguye que las víctimas tienen un derecho inalienable a la verdad y a conocer los lugares de inhumación de sus familiares, así como el Estado la obligación de investigar los hechos y tomar las medidas adecuadas. Según los principios reconocidos en la

resolución 60/147 de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, para víctimas de violaciones graves de DDHH, aquellas tienen derecho “a la verdad, al debido proceso, a la reparación y a las garantías de no repetición.” Su acceso a la acción penal, compatible con la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (artículo 4.1 y disposición adicional 2ª), hace posible el derecho a la memoria, de ámbito y contenido internacional.

Finalmente, en la parte dispositiva del auto, se acepta la competencia para la tramitación de la causa y se dispone que se curse oficio a los registros civiles para que aporten certificado de defunción de 35 individuos –lista encabezada por Francisco Franco Bahamonde– que integraron las juntas militares rebeldes y los primeros gobiernos del nuevo Estado, a fin de poder declarar oficialmente la extinción, por fallecimiento, de su responsabilidad. A los mismos efectos, se decide reclamar al Ministerio del Interior los datos identificativos de los máximos dirigentes de la Falange en el período en cuestión. También se dispone la formación de un grupo de expertos designados por las partes para dictaminar sobre el número, lugar, situación e identificación de las víctimas del período estudiado, cuyos miembros finalmente no tuvieron tiempo de cumplir con su cometido [32], así como la de un grupo de Policía Judicial para acceder a cualquier registro y actuar en coordinación con el grupo de expertos. Por último, el juez autoriza el inicio o continuación de las peticiones de exhumación deducidas de la causa, bajo la supervisión y dirección de los juzgados territorialmente competentes (a los que se debía cursar los correspondientes exhortos), y con el auxilio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y de otras instituciones. Las diligencias tenían que practicarse con la mayor urgencia.

Resulta obvio que el auto dictado en octubre de 2008, cuya síntesis hemos tratado de exponer, iba a acarrear importantes consecuencias. Como se comentó, la recuperación de un sistema de libertades homologable a las democracias europeas se logró al precio del silencio institucional sobre lo sucedido y la impunidad de los perpetradores. Así lo impuso la correlación de fuerzas. El discurso oficial promovió una “reconciliación” sin responsabilidades que permitió la continuidad de muchos elementos franquistas en las estructuras de la nueva monarquía parlamentaria. La transición política, que jurídicamente tuvo en la Ley de Amnistía su clave de bóveda, y que para muchos fue un proceso modélico, dejó al margen los derechos de los represaliados y condenó al olvido a muchas personas, a pesar de la adopción de algunas mediadas de compensación económica. Por tanto era previsible que el intento de abordar el tabú de la represión franquista desde uno de los poderes del Estado desencadenase la reacción acontecida.

A raíz de la publicación del auto se sucedieron distintos actos y resoluciones judiciales, con incidente de competencia incluido, que expresan el pulso librado entre el ex magistrado y el Ministerio Fiscal [33], resuelto a favor de éste último cuando –el 7 de noviembre de 2008– el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ordenó suspender cautelarmente la práctica de toda diligencia sobre exhumaciones de fosas, y acordó –el 2 de diciembre de 2008– declarar la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional (constando el voto particular discrepante de tres de los magistrados de la sala y el voto particular concurrente de otro de ellos). Con anterioridad –el 18 de noviembre de 2008– Garzón había dictado un muy extenso auto de inhibición en favor de los juzgados de instrucción de las localidades afectadas, que complementa el ya examinado e introduce, entre otros elementos de interés, la cuestión de “los niños perdidos del franquismo”. Por su insólito contenido, merece un comentario específico.

El auto de 18 de noviembre de 2008, del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, sirve en primer lugar para que el instructor se ratifique y abunde en la tipificación de los hechos como delito de consumación permanente –con efectos jurídicos actuales– de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima (desaparición forzada), en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con un delito contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno. Garzón refuerza la fundamentación de dicha calificación jurídica insistiendo en numerosas referencias normativas (la Constitución de 1931, la cláusula Martens o el Pacto Brian-Kellog de 1928 entre muchas otras) y jurisprudenciales (sentencias del TEDDHH de 15 de noviembre de 2001 – caso Papon contra Francia, de 22 de marzo de 2001 – caso Estralez y otros contra Alemania, y de 17 de enero de 2006 – Kalk contra Estonia) que indican que la legalidad penal internacional sobre crímenes de lesa humanidad, de origen consuetudinario y cristalizada en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg (1948), es de *ius cogens* e impone, con eficacia *erga omnes*, deberes para los estados. Particularmente reafirmada resulta la obligación estatal de investigar los hechos, procesar y castigar a los culpables si todavía están vivos y resarcir a sus víctimas (Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y sentencias del TEDDHH de 27 de julio de 2006 –Ihsan Bilgin contra Turquía, y de 4 de abril de 2006 – Korsakov contra Moldavia). Sobre este punto, se subraya que el esclarecimiento de las circunstancias relacionadas con las violaciones de derechos humanos no debe recaer en las propias víctimas.

Asimismo, el magistrado se enzarza en una amplia discusión de los argumentos esgrimidos por el Ministerio Fiscal de la Audiencia Nacional en contra de la investigación impulsada. Concretamente, destaca la incoherencia que se da entre su posicionamiento en la causa y el mantenido con respecto a las Diligencias Previas nº 211/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 2, de 14 de julio de 2008 (contra Leprich, Tittjung, Kumpf y Demjanjuk), en un caso relacionado con el nacionalsocialismo. También cita íntegramente un recurso de súplica de 10 de junio de 2008, en que el Fiscal del Tribunal Constitucional, a raíz de la denegación de la apertura de una fosa de la Guerra Civil en Córdoba, sostiene una tesis diametralmente opuesta a la del Fiscal de la Audiencia Nacional [34], y subraya la inseguridad jurídica que supone dicha discordancia. Incidiendo en estas contradicciones del ministerio público, el instructor niega nuevamente la prescripción de los hechos y la aplicación de la Ley de Amnistía, y cita en apoyo de su criterio la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 27 de octubre de 2008 (94 período de sesiones) [35].

No obstante, el aspecto de mayor interés en el auto mencionado, sin perjuicio del debate doctrinal sobre cuándo se produce el tipo de detención ilegal, importante para el cómputo de la prescripción, consiste sin duda en la ampliación que se da al concepto de víctima de las desapariciones forzadas, al incluir, junto a las personas que previsiblemente están muertas, a aquellas que pueden estar vivas y durante su infancia fueron sustraídas de sus madres naturales. Se trata del caso de los llamados “niños del franquismo”, categoría no siempre empleada con rigor por parte de los medios. Garzón se hace eco de la Recomendación 1736 (2006) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre la necesidad de una condena internacional del régimen de Franco (puntos 65 y 72-75), para introducir en este nuevo auto datos de la represión franquista que no se explicaron en el de 16 de octubre de 2008. Se trata, por ejemplo, de la práctica de experimentos psiquiátricos con presas/os para identificar “genes rojos”, bajo la dirección y según las tesis aberrantes de Antonio Vallejo Nájera; y, fundamentalmente, del

fenómeno de los hijos de reclusos/as a los que se cambió el nombre y los apellidos para que fueran adoptados por familias adictas al régimen, o bien enviados a instituciones del nuevo Estado que los alejaron de las suyas. Así como de las operaciones de secuestro o repatriación forzada de hijos de refugiados en el extranjero, dirigidas por los servicios exteriores de Falange. Todas las personas afectadas por dichas acciones delictivas entran de lleno en la categoría de víctimas del franquismo, aunque su verdadera identidad, falseada documentalmente, sea muy difícil de determinar.

Con el apoyo de las principales referencias historiográficas en la materia [36], el instructor da noticia del complejo entramado normativo (Orden de 30 de marzo de 1940, Decreto de 23 de noviembre de 1940 y Ley de 4 de diciembre de 1941, sobre niños abandonados y repatriados) y de las múltiples complicidades burocráticas y sociales que fueron necesarias para acometer una asignación arbitraria de filiación e identidades que pudo haber perjudicado a decenas de miles de personas. Bajo el pretexto de garantizar su protección, y a fin de expiar los pecados de sus progenitores, numerosas personas perdieron su identidad y fueron objeto de malos tratos físicos y psicológicos, tal como atestiguan los relatos citados en el auto, algunos de ellos estremecedores.

En último lugar, el magistrado dispone declarar extinguida la responsabilidad penal –por fallecimiento acreditado– de 45 individuos (los 35 que integraron las primeras juntas militares de los sublevados y las primeras formaciones de Gobierno del nuevo régimen, con el general Franco en primer lugar, más los principales dirigentes de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS). En base a esta constatación, y de conformidad con los artículos 21, 23, 65 y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acuerda la inhibición del Juzgado de Instrucción Central nº 5 de la Audiencia Nacional en favor de los juzgados de instrucción de las localidades en cuyos partidos pudieran hallarse los restos de las víctimas de los delitos denunciados.

6. La labor de los juzgados territoriales

A la luz del auto dictado el 18 de noviembre de 2008 por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, y del dictado por la Sala de lo Penal de la misma AN el 2 de diciembre de 2008, se reconocía, por tanto, a los juzgados territoriales la competencia para investigar los hechos denunciados. No obstante, el resultado de la inhibición en favor de dichos órganos judiciales (los correspondientes juzgados de instrucción y de primera instancia e instrucción) ha sido decepcionante para los familiares de las víctimas, según revela un importante estudio de Amnistía Internacional [37]. Tras lograr acceder a la documentación de 21 de los 47 casos [38] en que hubo derivación de competencia, Al constató que los distintos juzgados [39], con el apoyo de las fiscalías, archivaron la mayoría de casos transferidos sin practicar diligencias para investigar los hechos, y no notificaron exhaustivamente su asunción de competencia a las personas interesadas, que perdieron, en consecuencia, la posibilidad de personarse, de hacer un seguimiento del proceso y de recurrir, si hubiese sido preciso, las correspondientes decisiones judiciales ante instancias superiores. Por otra parte, que en la derivación de competencias en favor de los juzgados se tomase como criterio de asignación la ubicación de las fosas perjudicó –al excluirlas de su derecho a la tutela judicial efectiva– a muchas personas que ignoran dónde se hallan los restos de sus familiares. (El descontento ante la evolución final de las denuncias se observa con claridad en los casos del Juzgado de Instrucción nº 10 de Palma de Mallorca –DP 1169/2009– y el Juzgado de Instrucción nº 12 de Valencia –DP 2198/09–, que propiciaron la

interposición de sendos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, ambos rechazados).

Por consiguiente, podemos afirmar que la exigua labor procesal de estos órganos no ha contribuido de forma significativa a paliar los incumplimientos del Estado para con las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo. (Únicamente en dos casos se abrieron diligencias que permitieron recuperar e identificar restos de personas desaparecidas y entregárselos a sus familiares: Juzgado de instrucción nº 2 de Villarcayo – Burgos, DP 281/2009, y Juzgado de instrucción nº 2 de Benavente, DP 541/2009).

7. El olvido de la memoria (o la miseria de la magistratura)

La polémica sobre la investigación de los crímenes del franquismo no terminó con la inhibición comentada. El 26 de mayo de 2009, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó un auto admitiendo a trámite la querrela formulada por el Sindicato de Funcionarios Públicos “Manos Limpias”, a la que se había acumulado la causa 3/200153/2009, incoada por querrela de la Asociación Civil Libertad e Identidad. Ambas entidades, ultraderechistas, alegaban que la actuación del juez Garzón en el caso de los desaparecidos constituía un delito de prevaricación.

Por otra parte, el 28 de enero de 2010, la misma Sala Segunda del TS dictó auto por el que admitía a trámite la querrela de Antonio Panea Yeste y José Luis Mazón Costa contra Baltasar Garzón, por presuntos delitos de cohecho, prevaricación y estafa en relación con su actividad académica en la Universidad de Nueva York, y el 2 de febrero de 2011, la Sala dictó a su vez auto de admisión a trámite de otra querrela –de Ignacio Peláez Marqués– contra el magistrado, por incurrir presuntamente en delito de prevaricación y en delito cometido por funcionario público de uso de artificios de escucha y grabación con violación de garantías constitucionales en la instrucción de la llamada “trama Gürtel”.

La imputación del juez en las tres causas aludidas encendió aún más el debate sobre el insuficiente tratamiento de los derechos de las víctimas del franquismo y la impunidad de sus victimarios. Desde distintos sectores, se denunció la paradoja que quien había tratado de abrir una nueva vía ante esa vieja asignatura pendiente, se viese sometido a un proceso ignominioso y paralelo a otras dos causas que, como si de un todo se trataran, ponían en tela de juicio su honorabilidad personal. Sentar en el banquillo a Garzón provocó estupefacción para muchos (“¡Juzgad a los fachas, no al demócrata!”, rezaba la pancarta de una manifestación de sus partidarios) y tuvo una amplia repercusión internacional. Algunos elementos relevantes en estos procesos, como el perfil ideológico de los querellantes, el discutible orden cronológico de los respectivos trámites procesales, o la participación de jueces claramente adversos a Garzón (se trató de recusar a Luciano Varela Castro y a Manuel Marchena Gómez – parte en el tribunal que dictó la sentencia nº 79/2012 sobre las escuchas de la trama Gürtel e instructor de la causa especial nº 20339/2009, sobre el caso de los cursos de Nueva York), no hicieron sino suscitar graves sospechas entre numerosos juristas progresistas y buena parte de la ciudadanía.

La trama Gürtel, en alemán “correa”, fue llamada así debido al apellido del cabecilla de la presunta red de corrupción que salpica a distintos empresarios, cargos públicos y dirigentes del Partido Popular, principalmente del País Valencià y la comunidad autónoma de Madrid. Actualmente es objeto de una investigación que comenzó cuando Garzón era titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de Madrid. A consecuencia de la querrela mencionada y del proceso subsiguiente, la sentencia nº79/2012, de 9 de febrero, falló que Garzón era autor

responsable de un delito de prevaricación (artículo 446.3, en relación con el 536, del Código Penal) por haber ordenado, mediante sendas resoluciones judiciales de 19 de febrero y 20 de marzo de 2009, la escucha y grabación de las comunicaciones mantenidas entre los imputados presos de la trama Gürtel y sus abogados defensores, en el marco de la investigación desarrollada por el entonces juez (diligencias previas nº 275/2008), por hechos que podían ser constitutivos de delitos de blanqueo de capitales, defraudación fiscal, cohecho, asociación ilícita y tráfico de influencias. A su vez, la sentencia le condenó a la multa de 14 meses con una cuota diaria de 6 €, con responsabilidad personal subsidiaria, y 11 años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado. Jurídicamente, el núcleo del proceso versa sobre cómo interpretar conforme a derecho el artículo 51.2 de la Ley General Penitenciaria y la obligación de respetar en su integridad el derecho de defensa y la confidencialidad entre acusado y defensor.

El 9 de mayo de 2012, los abogados del ya ex juez presentaron recurso de inconstitucionalidad –de más de 200 folios– ante el Tribunal Constitucional, al considerar que la sentencia es “arbitraria, irrazonable y manifiestamente injusta”, así como contraria a la independencia judicial y lesiva de derechos fundamentales. Un estudio distanciado de la sentencia recurrida permite objetar que si bien pudo haberse dado una equivocación por parte de Garzón al ordenar las escuchas, la calificación de su actuación como dolosa y no meramente culpable conlleva una pena muy superior a la que, en aplicación del artículo 447 del Código Penal, hubiese procedido: “El juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”. Además, aunque la interpretación que siguió Garzón para dictar aquellas resoluciones se aparte de la del Tribunal Supremo, se puede considerar que, en cierto modo, fue avalada entre otros por el juez del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que le sucedió en la instrucción (de conformidad con el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y por las dos fiscales anticorrupción adscritas a la causa.

En relación con la querrela por el patrocinio por BSCH, BBVA, TELEFÓNICA, CEPSA –todas ellas investigadas por hechos imputados a sus directivos en el juzgado del que era titular el querrellado– y por ENDESA de los cursos jurídicos que la Universidad de Nueva York llevó a cabo con Garzón como docente en 2005 y 2006, el auto dictado el 13 de febrero de 2012 por el instructor de la causa especial nº 20339/2009, Manuel Marchena Gómez, en contra del criterio compartido por la defensa y la fiscalía (solicitud de sobreseimiento), califica los hechos como constitutivos de un delito de cohecho impropio (artículo 426 del Código Penal), si bien se acuerda su archivo por prescripción. Lo cierto es que el contenido del auto, cuya parte dispositiva impidió en la práctica que Garzón pudiese defenderse de una acusación tan grave para su imagen, ha sido criticado por especulativo y mal fundamentado.

Anteriormente, el 12 de mayo de 2010, el juez del Tribunal Supremo Luciano Varela, el mismo que intervino en la reelaboración formal y argumental de los escritos de acusación de Manos Limpias, decretó la apertura del juicio oral contra Garzón por su investigación de los crímenes del franquismo. (Poco importó que el Ministerio Fiscal hubiese interesado que se dictase auto de sobreseimiento por no estimar la existencia del delito de prevaricación del artículo 446.3 del Código Penal.) Dos días después, el Consejo General del Poder Judicial decidió la suspensión de Garzón. La vista oral subsiguiente se celebró entre el 24 y el 31 de enero de 2012, y dio lugar a que testificasen en ella familiares de personas desaparecidas que, según explicaron a las claras, recuerdan como un día “los nacionales” sacaron de casa a un ser querido y nunca más volvieron

a verlo. También se registró el testimonio de algún historiador, pero la Sala Penal del alto tribunal vetó la participación de juristas argentinos y chilenos en la fase testifical, denegando así una importante petición de la defensa.

El 27 de febrero de 2012, 18 días después de dictarse la sentencia que expulsó a Garzón de la carrera judicial por prevaricación al investigar la trama Gürtel, y 14 después del auto de archivo por prescripción de la causa por los cobros de la Universidad de Nueva York, el propio Tribunal Supremo, con seis votos a favor y uno en contra, dictó sentencia absolutoria (nº 101/2012) de la acusación de prevaricación por haberse declarado competente para investigar los crímenes franquistas. El argumento básico de dicha resolución judicial, según se desprende de su primer fundamento de derecho, consiste en que el proceso penal y su fase de instrucción no serían el cauce adecuado, ni previsto por el legislador, para establecer la verdad histórica:

“Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados. El método de investigación judicial no es el propio del historiador. En definitiva, si son patentes las diferencias entre memoria e historia, también lo son las que existen entre ésta y las resultantes de una indagación judicial realizada con una finalidad distinta de la que persigue el historiador.”

“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, cuya función aparece definida en la ley procesal con un objeto de indagación que se va concretando en el devenir procesal y ve limitado su ejercicio por las normas que rigen el proceso penal y el derecho penal sustantivo. Es preciso un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo.”

Estas consideraciones de fondo subyacen a todos los puntos de motivación de la sentencia (irretroactividad, prescripción de los delitos, aplicación de la Ley de Amnistía, etc). Los distintos fundamentos jurídicos desgranar varias críticas a Garzón, y a la vez contienen apreciaciones subjetivas y juicios de valor que parecen más propios de un artículo de opinión que de un texto emanado del Tribunal Supremo. En este sentido, hay que destacar la elogiosa valoración que recibe el proceso de transición política en el punto 3 del tercer fundamento jurídico, y su defensa de la Ley de Amnistía (“Precisamente, porque la “transición” fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento.”). También destaca la insistencia en que “en los dos bandos se cometieron atrocidades”, subrayada, por ejemplo, en el cuarto fundamento jurídico.

Más técnicamente, el alto tribunal considera insostenible la construcción formal de la calificación jurídica (“delito de detención ilegal en el marco de crímenes contra la humanidad”) con la que Garzón pretendió “salvar los problemas de retroactividad, imprescriptibilidad y prohibición de la amnistía”, así como la asunción de competencia para conocer de los hechos en base a la conexión con un delito contra Altos Organismos de la Nación. Además, el órgano se muestra muy restrictivo con la aplicación del Derecho Penal Internacional cuando sus disposiciones no hayan sido objeto de transposición en el derecho positivo del Estado, según se desprende del artículo

9.3 de la Constitución española, y en consecuencia niega que puedan aplicarse directamente normas y principios internacionales sobre una base meramente consuetudinaria. Con todo, la sentencia expone que la actuación del magistrado (incoación de un proceso penal para tutelar judicialmente a unas personas que han sido víctimas de una lesión constatada), errónea para la Sala, no se puede considerar arbitraria ni constitutiva de delito de prevaricación, dados los requisitos de dicho tipo. El juez, de quien se reconoce que trató de mejorar la situación de las víctimas y su derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de las desapariciones, hizo suya la interpretación de los hechos defendida por los denunciadores de los crímenes cometidos, según la cual las violaciones de derechos humanos perpetradas en la guerra civil se perpetúan e incrementan tras la misma, y la falta de investigación de los hechos, asimilables a la desaparición forzada, como delito contra la humanidad, sería contraria al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España en 1976 (artículo 2.3) y al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, ratificado el 26 de septiembre de 1979 (artículo 13).

Asimismo, se estima que su visión del caso es semejante a la mantenida por otros juristas, como se observa por ejemplo en algunos informes del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional (recurso de amparo 9367/2005) y en el emitido al Juzgado Central número 2, Diligencias Previa 211/2008, cuyo contenido argumental es similar al de los autos de Garzón. No obstante, se afirma que la interpretación del juez es contraria al principio de legalidad en su concepción estricta (exigencias de *lex previa*, *lex certa*, *lex scripta*) y a la interdicción de la aplicación retroactiva de la norma desfavorable, que implica que los tratados internacionales rigen desde su entrada en vigor, de acuerdo con las previsiones constitucionales. Por otra parte, la sentencia subraya que se daría una contradicción y un cambio de opinión jurídica entre el auto de 16 de octubre de 2008 y el dictado el 16 de diciembre de 1998, en el que Garzón rechazó de plano la querrela presentada por los sucesos de Paracuellos del Jarama. El alto tribunal considera que esa pretendida reorientación, suficientemente razonada, y debida en parte a “la fuerza expansiva de los derechos humanos en los últimos tiempos”, no incurre en prevaricación. Sin embargo, la contraposición del caso con lo acaecido en Paracuellos es muy sesgada, dado que en la página 49 del citado auto de octubre de 2008 Garzón señala que:

“En este punto debe hacerse una referencia breve a las Diligencias Indeterminadas 70/1998 de este Juzgado tramitadas en su día por el supuesto crimen de Paracuellos del Jarama, contra Santiago Carrillo y otros. La inconsistencia de las denuncias y planteamiento de la acción penal iniciada determinó su rechazo en esta instancia y ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.”

“Los hechos allí denunciados, sin restar un ápice a la importancia, trascendencia y gravedad de los mismos, no podían determinar la apertura de un procedimiento porque, tras la finalización de la contienda civil, tales hechos se investigaron, se procuró sancionar a los posibles responsables y las víctimas fueron identificadas. Y además, nunca se pretendió con tales hechos atentar contra Altos Organismos de la Nación y por ende la competencia nunca sería de este Juzgado ni de la Audiencia Nacional, sino del Juez competente en razón al lugar en el que se cometieron los hechos.”

Los parientes de las víctimas de aquella matanza, a diferencia de los de millares de represaliados por el franquismo, conocen el lugar donde pueden honrar los restos de sus familiares. Esta

diferencia de trato, que vulnera a todas luces el principio de igualdad proclamado en la Constitución de 1978, constituye sin duda un gran agravio comparativo entre las víctimas de la Guerra Civil.

Con todo, las referencias a las diligencias del caso de Paracuellos no ocupan un lugar central en la sentencia, cosa que sí ocurre en el voto particular contrario de José Manuel Maza Martín, que discrepa de la decisión de la mayoría por razones de fondo, entendiendo que la conducta del juez, al actuar supuestamente con plena consciencia de lo irregular de su comportamiento procesal, sí constituye un delito de prevaricación judicial dolosa (artículo 446.3 del Código Penal), por dictar a sabiendas una resolución injusta. Otro elemento a destacar de dicho voto, más remarcable que la mera discrepancia técnico-jurídica expresada en el voto particular concurrente de Julián Sánchez Melgar, es la forma en que, en el de Maza Martín, se enfatiza el papel de las “leyes patrias” (“las dictadas por nuestro parlamento soberano”) ante el Derecho Internacional.

Finalmente, a nuestro modo de ver, es significativo que el Tribunal Supremo, si bien remarcando que el derecho penal procesal español no contempla la posibilidad de los juicios de la verdad “en la manera en que se han desarrollado en otras latitudes”, conceda al menos lo siguiente:

“Es cierto que las leyes y disposiciones posteriores a la Ley de Amnistía, que culminan con la Ley de Memoria Histórica, han reparado, en gran medida, las consecuencias de la guerra y la posguerra, pero no han concluido las actuaciones concretas en orden a la localización y recuperación de los cadáveres y procurar la efectiva reconciliación que la Ley de Amnistía persiguió.”

Sin embargo, creemos que el verdadero problema ético y político de fondo es que en la sociedad española existe una deuda de Estado ante millares de personas. Para muchas de ellas, y para las asociaciones que realizan una tarea admirable en su nombre, resulta indiferente si sus demandas las debe satisfacer el legislador o el poder judicial, vías que, de hecho, pueden ser complementarias [40]. En realidad, es bien lógico acudir a los tribunales [41] cuando el resto de puertas se cierran. Y ningún poder del Estado debería eludir la responsabilidad de rendir cuentas ante la ciudadanía.

8. Las reivindicaciones de justicia, verdad y reparación: ¿punto muerto o nuevas estrategias?

Agotada, como parece, la vía judicial española para investigar los crímenes sobre desapariciones forzadas durante la Guerra Civil y el franquismo, surgen dudas sobre el futuro de estas demandas de justicia: ¿Dónde pueden acudir quienes tratan de esclarecer las circunstancias de la desaparición de sus familiares?; ¿tendrán estas reclamaciones el mismo resultado que las peticiones de revisión jurídica y anulación de las sentencias de los Consejos de Guerra y otros órganos punitivos de la dictadura?; ¿queda zanjado el tema con la ley 52/2007, de 26 de diciembre, y su errático desarrollo reglamentario?

Las incertidumbres son múltiples. Asistimos a un grave retroceso en materia de derechos sociales de todo tipo, con la imposición de medidas que hacen que las clases populares paguen la crisis que otros provocaron. Este contexto de ofensiva ideológica y material contra las bases del Estado del Bienestar tiene traducción directa en el tema que nos ocupa, pues amenaza con reducir al mínimo las políticas públicas de memoria histórica en España, cuyo despliegue es

apenas incipiente.

Durante el mes de marzo de 2012, con la última reestructuración del Ministerio de Justicia, se suprimió la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura. Asimismo, las instituciones de ámbito autonómico que se han significado por promover la recuperación de la memoria, atraviesan por un período de dificultades. En casos como el de Cataluña, las drásticas reducciones presupuestarias comprometen el pleno desarrollo de lo dispuesto en el artículo 54 de su Estatuto de Autonomía [42], y es evidente que la coyuntura económica y política del conjunto del Estado es muy desfavorable para las reivindicaciones planteadas desde la sociedad civil con respecto a las vulneraciones de derechos humanos que se cometieron entre el golpe de 1936 y bien entrado el período de transición política.

En abril de 2012 [43], Baltasar Garzón propuso otras vías para que se reconozca a las víctimas del franquismo su derecho a la justicia, como son las del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [44]. Además, señaló que el artículo 87 de la Constitución reconoce la iniciativa legislativa popular, y que por esa vía, que exige reunir 500.000 firmas para presentar una proposición de ley al Congreso, se podría impulsar una ley que regulase la creación y desarrollo de una Comisión de la Verdad sobre los crímenes franquistas. Un instrumento de carácter integrador e independiente, abierto a los testimonios de los hechos y a la colaboración de los expertos, que “hiciera un trabajo serio y exhaustivo y diera respuesta a todos los interrogantes que aún penden sobre este período de nuestra historia.” Tal vez las conclusiones de dicha comisión contribuirían a la reparación personal y colectiva que merecen las víctimas.

Sea como fuere, todo lo visto pone de manifiesto que la problemática sobre las desapariciones, la violencia y los crímenes perpetrados durante la Guerra Civil y la posterior dictadura franquista no está ni mucho menos resuelta. Las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo parecen indicar que la vía judicial para investigar tales hechos está bloqueada, aunque existen otras vías que siguen abiertas. Lo que está claro es que la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de “Memoria Histórica”, no ha sido suficiente para cerrar la cuestión, y que las familias de las víctimas siguen esperando respuesta a su exigencia de “verdad, justicia y reparación”. La actuación de Baltasar Garzón en este sentido, al margen de las filias y fobias que suscite su figura [45], no ha servido para resolver esta injusticia, pero ha contribuido a ponerla en primera línea de la actualidad estatal e internacional. Los poderes públicos del Estado español, 35 años después de la recuperación de las libertades y la democracia, no parecen preparados para asumir nuestro pasado más reciente. De esta manera, las heridas entre los derrotados de la Guerra Civil siguen abiertas, sin poder cicatrizarse.

Notas:

[1] Una primera versión de esta aproximación a la problemática de las víctimas del franquismo y la responsabilidad del Estado se presentó como comunicación al I Congreso de Víctimas del Franquismo (Rivas-Vaciamadrid, 20-22/04/2012).

[2] En el mismo sentido, el artículo 2.2 de la Ley 10/2009, de 30 de junio, sobre la localización e identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, y la

dignificación de las fosas comunes, aprobada en el Parlamento de Cataluña, establece que “A los efectos de la presente Ley, se entiende por desaparición forzada de personas la aprehensión, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad de personas por parte de los poderes públicos o de organizaciones políticas o sindicales o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o a dar información sobre el destino o el paradero de dichas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la Ley”.

[3] Para un estudio más detenido sobre los preparativos del golpe de estado y posterior represión se han publicado en los últimos meses dos estudios que de manera complementaria estudian tales hechos, así como la represión en la zona republicana: ESPINOSA, Francisco. *Violencia roja y azul. España 1936-1950*. Barcelona: Ed. Crítica, 2010; PRESTON, Paul. *El holocausto español*. Barcelona: Ed. Base, 2011.

[4] Instrucción reservada núm.1, reproducida en PÉREZ MADRIGAL, J. *Augurios, estallidos y episodios de la guerra civil (cincuenta días con el ejército del Norte)*. Ávila: Imp. Católica Sigiriano Díaz, 1936, pp. 291-292.

[5] Instrucción reservada núm. 6. reproducida como todas las otras instrucciones del general Mola en PÉREZ MADRIGAL, J. *Augurios, estallidos y episodios de la guerra civil...*

[6] CABANELLAS, Guillermo. *La guerra de los mil días: nacimiento, vida y muerte de la II República española*. 2 vol. Madrid: Ed. Heliasta, 1975 p. 841.

[7] El 28 de julio de 1936 la Junta de Defensa Nacional con sede en Burgos decretó el Estado de Guerra total para el territorio español, lo que significaba que a partir de este momento todos los delitos civiles y militares quedaban sometidos al Código de Justicia Militar mediante juicios sumarísimos.

[8] Según el testimonio de Antonio Bahomonde y Sánchez de Castro, que como delegado de Prensa y Propaganda de los rebeldes recorrió los territorios de Sevilla, Málaga, Córdoba, Huelva, Cádiz, Granada y Badajoz, la represión que llevaron a cabo los rebeldes se podía dividir en tres etapas: “En la represión hay que señalar tres etapas bien definidas. Primera: Fusilamientos en las calles, a las salidas de las carreteras y en las tapias de los cementerios, sin expediente ni trámite de ninguna clase [...] Esta época duró hasta principios de octubre de 1936. Segunda: En la que se instruía expediente a los detenidos, sin ser oídos la mayoría de veces. Las sentencias de muerte las firmaban las diversas autoridades encargadas de la represión, ya que ni aun para eso había unidad de criterio. Esta época duró hasta febrero del 37. Y la tercera que rige en la actualidad, en la que la parodia de unos Consejos de Guerra, ya prejuzgados de antemano, quiere dar la sensación de justicia para acallar el rumor, cada vez más denso, que en torno a tantas vidas segadas se está levantando”. Bahomonde y SÁNCHEZ DE CASTRO, Antonio. *Un año con Queipo de Llano. Memorias de un nacionalista*. México: Ediciones Nuestro Tiempo, 1938 p. 81.

[9] Bando de guerra firmado por Queipo de Llano el 24 de julio de 1936. Citado por ARMENGOU, Montse; BELIS, Ricard. *Las fosas del silencio ¿Hay un holocausto español?* Barcelona: Plaza y Janés – Televisió de Catalunya, 2004 p. 123

[10] El propio régimen franquista, consciente de los problemas de toda índole que esta situación estaba creando, abrió una puerta a la inscripción de desaparecidos con el Decreto núm. 67 de 10 de noviembre de 1936, que sirvió para que a partir de aquel momento, y hasta entrados los años cincuenta, se practicaran cientos de inscripciones diferidas. ESPINOSA, Francisco. *Informe sobre la represión franquista. Estado de la cuestión*.

[11] Datos obtenidos del estudio de PAGÉS, Pelai. “La represión franquista (1936-1939)”, dentro de *II Col·loqui Internacional del Memorial Democràtic*, celebrado en Barcelona el 11 de junio de 2010.

[12] En algunos territorios – como el caso de Segovia – los primeros consejos de guerra se llevaron a cabo ya durante el año 1936. En otros casos, no se generalizaron hasta los primeros meses de 1937. Fue el caso de los que quedaron bajo el control de la II División – la que desde el norte de África, pasando por Sevilla, avanzó hasta Badajoz –. Hasta inicios del mes de abril de 1937 no pasaron a disposición de la Jurisdicción Militar todos los detenidos. Para un estudio más detallado de todo ello consultar: VEGA SOMBRÍA, Santiago. *De la esperanza a la persecución. La represión franquista en la provincia de Segovia*. Barcelona: Crítica, 2005; Espinosa, Francisco. *La columna de la muerte. El avance del ejército franquista de Sevilla a Badajoz*. Barcelona: Crítica, 2003.

[13] Datos recogidos por ESPINOSA, Francisco. *Informe sobre la represión franquista... Cuadro 1*.

[14] CUESTA, Josefina. “Recuerdo, silencio y amnistía en la transición española y en la democracia española (1975-2006). *Estudios de historia contemporánea*, núm. 25, Salamanca, 2007 p. 134.”

[15] JULIÁ, Santos. *Historia de las dos Españas*. Madrid: Ed. Taurus, 2004 p. 437.

[16] Este primer indulto general de la monarquía podría entenderse como el último de la dictadura, muy pródiga en la utilización de esta controvertida figura. Por lo que se refería a presos políticos, y aunque cerca de 700 fueran excarcelados, la eficacia del indulto era nula mientras no se despenalizaran los “delitos” por los que habían sido condenados: son numerosos los casos de trabajadores de Comisiones Obreras, UGT y USO detenidos por la policía, encarcelados o multados por participar en reuniones no autorizadas, repartir propaganda o realizar alguna pintada. Todavía a principios de abril de 1976, Manuel Fraga, ministro de la Gobernación, ordenó la detención de varios dirigentes de la oposición democrática “tras una reunión donde se han montado esquemas claramente subversivos”, y un año después, con Suárez en la presidencia del Gobierno, la represión policial del Primero de Mayo se saldó con más de doscientos heridos y centenares de detenidos.

[17] Este fue el lema con el que la Asamblea de Cataluña logró una importante movilización de la sociedad desde inicio de la década de los 70.

[18] El propósito del nuevo gobierno consistía en “amnistiar todos los delitos ejecutados con intencionalidad político social, en tanto no afectasen a bienes como la vida y la integridad corporal”. No comprendía, pues, a diferencia del indulto, a los presos comunes. Quedaron

excluidos también los delitos de intencionalidad política que hubieren “puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas”. A esa exclusión se añadió, a propuesta del juez de delitos monetarios, la de quines hubieran puesto en peligro el patrimonio de la nación por algún delito de esa índole, como el contrabando o la evasión de divisas. Finalmente, las presiones de altos mandos militares introdujeron en el texto una nueva salvedad: los militares a quines se aplicare la amnistía no serían reintegrados en sus empleos ni carreras, de las que habrían de seguir definitivamente separados.

[19] Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 248, 17 de octubre de 1977. Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

[20] El artículo *segundo* de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía (BOE 248, de 17/10/1977), establece que “en todo caso están comprendidos en la amnistía: [...]e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley. f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.

[21] Véanse a modo de ejemplo las recomendaciones del informe del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 27 de octubre de 2008 – 94 período de sesiones (“el Estado parte debería considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977”), disponibles en http://www.ccprcentre.org/doc/ICCPR/AR/A_63_40%28Vol%20I%29_Sp.pdf, así como el debate mantenido en el Congreso (Diario de sesiones nº. 264, de 19 de julio de 2011) acerca de la presentación de la proposición de ley –rechazada en pleno por 320 votos en contra, 8 abstenciones y 8 votos favorables- de modificación de dicha Ley, para añadirle un nuevo artículo (*Once bis*) con este redactado: “1. Lo dispuesto en esta Ley no será de aplicación a los crímenes de genocidio o de lesa humanidad, a los que será de aplicación lo dispuesto en la normativa internacional que regula los mismos. 2. En lo referente a la definición de actos criminales de genocidio y lesa humanidad, a su ámbito de aplicación universal y a su carácter imprescriptible se estará a lo dispuesto en la normativa internacional en materia de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. 3. El presente artículo será aplicable retroactivamente a todas las resoluciones administrativas o judiciales que guarden relación con su objeto, pudiendo revisarse o reiniciarse al amparo de lo dispuesto en el mismo.” Así como las proposiciones de ley de 12 de enero y 8 de marzo de 2012, presentadas también para la modificación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre. (<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas>).

[22] GÓMEZ IZA, Felipe (dir.) *El derecho a la memoria*. Alaba: Alberdamia Editorial, 2006 p. 572.

[23] Véase en este sentido el Decreto 670/1976, de 5 de marzo, por el que se regulan pensiones a favor de los españoles que habiendo sufrido mutilación a causa de la pasada contienda no puedan integrarse en el cuerpo de caballeros mutilados de guerra por la patria (BOE 84 de 07/04/1976); la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas, y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada guerra civil (BOE 233 de 29/09/1979); la Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana (BOE 165 de 10/07/1980); o la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la guerra civil formaron parte

de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República (BOE 262 de 01/11/1984).

[24] La información sobre estos precedentes está extraída del reportaje “Los otros “Garzones” de la Memoria Histórica”, de Ana María Pascual (<http://www.interviu.es/reportajes/articulos/los-otros-garzones-de-la-memoria-historica>), que también da noticia de distintos casos donde el magistrado en cuestión se ha negado a abrir diligencias judiciales.

[25] Según se afirma en la página 121 del auto dictado por Garzón el 18 de noviembre de 2008 – Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E –, el asunto no entró en la jurisdicción del Juzgado de forma buscada, sino aleatoriamente, por riguroso turno de reparto hecho por el Decano.

[26] 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 (BOE nº. 310 de 27 de diciembre de 2007).

[27] No obstante, en la página 31 del auto se matiza que “el hecho de acotar el ámbito de esta investigación en el período reseñado (1936-1951) no excluye otros casos, siempre que se demuestre que los mismos no son hechos aislados, asimismo delictivos, sino que se hallaban integrados en el plan sistemático de desaparición, objeto de investigación en esta causa.”

[28] La cláusula de Martens forma parte del derecho de los conflictos armados desde que apareció en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y establece que “mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”. Fue ratificada por España y apareció publicada en la Gaceta Oficial del Estado de 22 de noviembre de 1900, dentro de los Convenios y declaraciones estipuladas en la Conferencia Internacional de la Paz celebrada en la Haya. Nunca dejó de estar vigente para España.

[29] Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000 (expolio de bienes a personas leales al gobierno republicano) y de 1 de octubre de 2007 (caso Scilingo), así como la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, fijada en las sentencias de 22 de marzo de 2001 –RDA; 10 de mayo de 2001 –Chipre contra Turquía, y 8 de julio de 2004 –caso Ilascu vs. Moldavia y Rusia, entre otras.

[30] Artículo 607 bis. 1 del Código Penal (Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre): “Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1. Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. 2. 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.”

[31] Página 40 del auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (Audiencia Nacional): “Oficialmente nunca ha existido una investigación policial o judicial de los hechos y con todo ello se confirma la permanencia del delito, tanto para el ámbito de la detención ilegal/desaparición forzada de las víctimas afectadas y sus familiares que ostentan la misma categoría, como para la catalogación de esa misma conducta como delito de torturas (artículos 173 a 177 del Código Penal) según la jurisprudencia del TEDDHH, con lo cual la posible prescripción del delito no habría comenzado siquiera su período de descuento.” También es interesante lo dicho en la página 42: “El suplicio para los familiares de los desaparecidos ha sido permanente porque no supieron si las víctimas fueron ejecutadas, desaparecidas o si estaban vivas o muertas, lo que les convierte asimismo en víctimas, hasta el día de hoy o en el momento del hallazgo. Esto supone una violación continuada del artículo 3 (“Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”), de la Convención (STEDDHH de 10 de Mayo de 2001, Chipre contra Turquía).”

[32] De conformidad con el auto, a finales de octubre de 2008, los familiares de los desaparecidos y las asociaciones para la recuperación de la memoria histórica eligieron a los cinco especialistas – los historiadores Julián Casanova, Francisco Espinosa y Queralt Solé, y los médicos forenses Francisco Etxebarria y Manuel Escarda – que junto con las dos personas designadas por el juez – los juristas Carlos Jiménez Villarejo y Antonio Doñate – debían integrar el grupo que asistiera al magistrado en la localización y la identificación de víctimas de la Guerra Civil y la dictadura. Sin embargo, el grupo apenas tuvo ocasión de celebrar alguna reunión antes de que la investigación impulsada por Garzón quedase paralizada.

[33] Entre las actuaciones que reflejan el primer momento de esta pugna pueden citarse las de 17 de octubre de 2008, por la que el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional acordó la transformación de las diligencias previas en sumario (procedimiento ordinario) 53/2008, y de 20 de octubre de 2008, cuando el Ministerio Fiscal formuló recurso de apelación ante la Sala Penal de la AN para que se revocase el auto de 16 de octubre de 2008 y se declarase su nulidad de pleno derecho, así como la incompetencia del órgano judicial por infracción de normas de competencia objetiva y funcional.

[34] Páginas 97 a 117 del auto dictado por Garzón el 18 de noviembre de 2008 – Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E –.

[35] “Aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, preocupa al Comité el mantenimiento en vigor de la Ley de Amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y

señala a la atención del Estado parte sus Observaciones generales N° 20 (1992), relativas al artículo 7, según el cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto, y N° 31 (2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. El Comité, aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte en el sentido de que la Ley de la memoria histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos, toma nota también con preocupación de las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas. El Estado parte debería: a) Considerar la derogación de la Ley de amnistía de 1977; b) Tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales; c) Prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura; y d) Permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas.” Igualmente, en febrero de 2012, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, pidió a España la derogación de la Ley de Amnistía de 1977 porque incumple la normativa internacional en materia de Derechos Humanos.

[36] VINYES, R. *Irredentas, las presas políticas y sus hijos en las cárceles franquistas*. Temas de Hoy. Historia. Madrid. 2010, VINYES, R; ARMENGOU, M; BELIS, R. *Los niños perdidos del Franquismo*. Plaza y Janés. Barcelona. 2002.

[37] *Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*. Amnistía Internacional (Sección española). 9 de mayo de 2012 (<https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/44110112-6297%20Informe%20heridas%20abiertas?CMD=VEROBJ&MLKOB=31218154242>).

[38] Cuatro de estos casos permanecieron suspendidos –a la espera de que finalizara el proceso contra B. Garzón Real- hasta que la Sala Penal del Tribunal Supremo resolvió, mediante auto de 28 de marzo de 2012 (recurso n° 20380/2009), la cuestión de competencia negativa planteada por los propios juzgados (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 2 de San Lorenzo de El Escorial –DP 427/2009; Juzgado de Instrucción n° 3 de Granada – DP 3209/2009; Juzgado de Instrucción n° 2 de Pontevedra – DP 2028/2009, y Juzgado de Instrucción n° 2 de Porriño – DP 383/2009) . Por otra parte, hay veintiséis casos que no se han examinado porque AI no ha obtenido la información solicitada a los juzgados y a las autoridades judiciales.

[39] El Anexo II del citado estudio de mayo de 2012 proporciona datos específicos de cada uno de los casos objeto de análisis.

[40] La Disposición Adicional Segunda de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, dispone que “las previsiones contenidas en la presente Ley son compatibles con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España.”

[41] De conformidad con el artículo 24.1 de la Constitución “todas las personas tienen derecho a

obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

[42] El artículo 54 – *Memoria histórica* – de la norma institucional básica de Cataluña, establece el siguiente mandato: “1. La Generalitat y los demás poderes públicos deben velar por el conocimiento y el mantenimiento de la memoria histórica de Cataluña como patrimonio colectivo que atestigua la resistencia y la lucha por los derechos y las libertades democráticas. A tal fin, deben adoptar las iniciativas institucionales necesarias para el reconocimiento y la rehabilitación de todos los ciudadanos que han sufrido persecución como consecuencia de la defensa de la democracia y el autogobierno de Cataluña. 2. La Generalitat debe velar para que la memoria histórica se convierta en símbolo permanente de tolerancia, de dignidad de los valores democráticos, de rechazo de los totalitarismos y de reconocimiento de todas aquellas personas que han sufrido persecución debido a sus opciones personales, ideológicas o de conciencia.”

[43] GARZÓN, Baltasar. “El lugar de la verdad, la justicia y la reparación”. *El País*, 1 de abril de 2012, p. 101.

[44] El 3 de abril de 2012 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo, declaró inadmisibile la primera demanda contra España por desapariciones de la Guerra Civil y las fosas del franquismo. Fue presentada por la hija, ya fallecida, y el nieto de Luis Dorado Luque, diputado del PSOE por Málaga en 1936, quien desapareció, tras ser detenido, el 28 de julio de 1936. El TEDH rechazó la demanda por entender que se presentó fuera de plazo. La decisión recuerda que, tras el final del régimen de Franco y la Ley de Amnistía de 1977, el derecho de petición individual es posible desde el 1 de julio de 1981, y que la hija de Dorado Luque no actuó hasta 2006. Es decir, pasaron 25 años entre esa fecha y la querrela interpuesta ante el juzgado cordobés. Para la Corte, “los demandantes no mostraron la diligencia necesaria para cumplir con los requisitos derivados del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal sobre desapariciones”. *El País*, 3 de abril de 2012.

Además de esta vía, el 14 de abril de 2010, víctimas y asociaciones de España y Argentina interpusieron una querrela ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº1 de Buenos Aires, cuyo titular es María Romilda Servini de Cubría, amparándose en el principio de jurisdicción universal, para investigar los crímenes de Derecho Internacional cometidos en España entre 1936 y 1977. La jueza libró un exhorto a las autoridades españolas para saber si “se ha estado investigando la existencia de un plan sistemático, generalizado y planificado” en aquella etapa “para aterrorizar a españoles por sus ideas políticas”. El 10 de junio de 2011, el Gobierno español remitió al juzgado un informe de la Fiscalía General del Estado, de 6 de mayo de 2011, sobre los procesos judiciales relacionados con la investigación de tales hechos.

[45] Las polémicas sobre la trayectoria del exmagistrado, doctor *honoris causa* por más de 20 universidades de distintos países, asesor del Tribunal Penal Internacional de la Haya y, más recientemente, defensor de Julian Assange, se hacen patentes en las críticas que reciben su paso por el mundo de la política en los años noventa y otros episodios discutibles de su currículum, críticas que no siempre provienen de la extrema derecha. En Cataluña, por ejemplo, el hombre que en 1999 promovió una orden de arresto contra el dictador Augusto Pinochet (por muerte y tortura de ciudadanos españoles y crímenes contra la humanidad en el marco de la Operación Cóndor), ha generado iniciativas bien diversas. El 20 de abril de 2010, la plataforma *Un Clam de Justícia*

, celebró un gran acto en su apoyo en el paraninfo de la Universitat de Barcelona, titulado “L’oblit és un insult a la consciència i a la dignitat col·lectives”, con la participación de distintas personalidades públicas y la adhesión de numerosos miembros de la sociedad civil catalana, incluyendo a juristas, sindicalistas, intelectuales, artistas, y políticos progresistas que compartían el rechazo a las maniobras de la ultraderecha para juzgar e inhabilitar a Garzón por su investigación de los crímenes franquistas. Por otra parte, más recientemente, algunos grupos han impulsado la producción de *Operació Garzón contra l’independentisme català*, documental estrenado en julio de 2012 sobre la actuación acaecida en 1992 ante el inminente comienzo de los Juegos Olímpicos de Barcelona, cuando era titular del juzgado central de instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional. Estos hechos significaron la detención de personas por vinculación a Terra Lliure, ya disuelta; condenas por pertenencia a organización armada, y la interposición de denuncias por torturas a los detenidos. El caso acabó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su sentencia 2004/65, de 2 de noviembre, condenó al Estado español por “la ausencia de una investigación oficial efectiva sobre dichas alegaciones” de malos tratos, aunque la efectiva responsabilidad de Garzón en todo ello, a tenor de la propia sentencia, resultaría poco clara. En cualquier caso, el propósito de este texto no es valorar las luces y las sombras de su carrera profesional, sino el objetivo, mucho más acotado, que se anuncia en la introducción.

[Raül Digón Martín es filósofo, jurista y profesor en la Universidad de Barcelona. Oriol Dueñas Iturbe es historiador y técnico del *Memorial Democràtic de la Generalitat de Catalunya*]

?