



FACULTAD DE DERECHO

La imposibilidad de juzgar los crímenes del franquismo

Autor: José Luis Carvajal Montero
5º E-5
Derecho penal

Tutora: María Concepción Molina Blázquez

Madrid, 2021

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I: LEY DE AMNISTÍA 1977	4
1. CONTEXTO HISTÓRICO Y POLÍTICO	4
2. LEY DE AMNISTÍA DE 1977	7
2.1. Supuestos de aplicación	8
2.2. Efectos y beneficios de la amnistía	11
3. ¿LEY DE IMPUNIDAD?	13
CAPÍTULO II: REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE LA DICTADURA Y LA GUERRA CIVIL	17
1. PRIMERAS MEDIDAS DE REHABILITACIÓN DE LA DEMOCRACIA	17
2. LEY DE MEMORIA HISTÓRICA DE 2007	19
2.1. Declaraciones generales	20
2.2. Extensión de las indemnizaciones	22
2.3. Localización e identificación de las víctimas	22
2.4. Símbolos y monumentos públicos	23
2.5. Cláusula derogatoria	24
3. RECAPITULACIÓN	24
CAPÍTULO III: RECLAMACIÓN DE LAS VÍCTIMAS A LOS TRIBUNALES Y EL FRACASO DE LA VÍA JUDICIAL	26
1. EL AUTO DE BALTASAR GARZÓN	27
1.1. Principio de legalidad y de irretroactividad	28
1.2. Prescripción	29
1.3. Ley de Amnistía	30
1.4. Extinción de la responsabilidad penal	30
1.5. Otras previsiones	31
2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	32
2.1. Principio de legalidad y de irretroactividad	32
2.2. Prescripción	33
2.3. Ley de Amnistía	34
2.4. Extinción de la responsabilidad penal	36
3. QUERRELLA ARGENTINA	36
CONCLUSIONES	42
1. LEGISLACIÓN	45
2. JURISPRUDENCIA	45
3. OBRAS DOCTRINALES	46
4. RECURSOS DE INTERNET	48

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con las Naciones Unidas, la justicia transicional se define como la “*variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación*”¹. Tales mecanismos incluyen tanto medidas judiciales como extrajudiciales para el enjuiciamiento de los culpables, la reparación económica y moral de las víctimas y la búsqueda de la verdad respecto a los hechos acontecidos.

La transición española ha que sido frecuentemente caracterizada como un proceso modélico de reconciliación nacional. Sin embargo, de acuerdo con la noción de justicia transicional, la experiencia española no parece cumplir con las exigencias de verdad, justicia y reparación de las víctimas. Por un lado, porque la Ley de Amnistía de 1977 concebía la superación del pasado como un olvido mutuo. Es decir, se amnistiaban los delitos con intencionalidad política cometidos durante la dictadura por los opositores al régimen. Pero al mismo tiempo, y como moneda de cambio, se amnistiaba los delitos de los agentes y funcionarios del franquismo contra los derechos de las personas. Esta amnistía acabaría transformándose en el futuro en uno de los argumentos empleados por los tribunales españoles para denegar el acceso a la justicia a las víctimas de la represión franquista, dejando así impunes los crímenes cometidos durante la dictadura.

Por otro lado, el Estado español tampoco a logrado satisfacer plenamente el deber de reparación a las víctimas. Desde la Ley de Amnistía de 1977, comenzará un proceso lento y gradual por el que se reconocen determinadas prestaciones en favor de las víctimas de la dictadura y la Guerra Civil. Sin embargo, estas compensaciones económicas han sido tardías e insuficientes en muchos casos. Ni siquiera la polémica Ley de Memoria Histórica de 2007 ha revertido esta situación, ya que tan solo ha venido a recoger una serie de declaraciones de carácter meramente simbólico y a complementar las prestaciones económicas existentes hasta el momento para las víctimas de la dictadura y la Guerra Civil.

¹ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, “*El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*”, 3 de agosto de 2004 (S/2004/616), (disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/527647?ln=es>; última consulta 15/04/2021).

En definitiva, pese a los esfuerzos de las víctimas y las asociaciones de derechos humanos por buscar verdad, justicia y reparación respecto a los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y el régimen dictatorial, la realidad es que en la actualidad tales delitos siguen impunes y no se ha abierto en España causa judicial alguna contra los presuntos responsables.

El siguiente trabajo tratará de abordar estas cuestiones, comenzado por la promulgación de la Ley de Amnistía de 1977 y sus implicaciones en el ámbito jurídico. En segundo lugar, se describirán las medidas de carácter reparador adoptadas por el Estado para compensar a las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura, haciendo especial hincapié en la Ley de Memoria Histórica. Por último, se analizará el fracaso de la vía judicial en España para perseguir e investigar los crímenes del franquismo.

CAPÍTULO I: LEY DE AMNISTÍA 1977

1. CONTEXTO HISTÓRICO Y POLÍTICO

Durante la transición en España la reconciliación de las históricas divisiones en la sociedad española figuró como un punto primordial para la construcción de un Estado democrático. De ese modo, desde la mayoría de las fuerzas políticas se defendió la necesidad de una amnistía generalizada como forma de poner fin a la sombra de la Guerra Civil y la dictadura e iniciar un proceso constituyente².

La amnistía que en ese momento se reivindicaba suponía, “*en primer lugar, poner en marcha procesos de lucha contra el olvido y la exclusión, de recuperar el recuerdo de los condenados, silenciados, represaliados o ausentes; en segundo lugar, la acción de borrar la causa de la inculpación; en tercero, rehabilitación y compensación de las víctimas —la amnistía, propiamente dicha—, y en cuarto, la justicia y el juicio para los verdugos o, en todo caso, la amnistía y el perdón*”³.

Sin embargo, las primeras disposiciones de la transición que buscaron hacer frente a estas reivindicaciones no consistieron propiamente en amnistías. Se utilizó más bien el mecanismo del indulto general, el cual había sido frecuentemente empleado durante la dictadura.

Conviene aclarar que tanto la amnistía como el indulto son manifestaciones del derecho de gracia, en la medida en que posibilitan la intervención del poder ejecutivo en la esfera del *ius puniendi*. No obstante, mientras que la amnistía consiste en el perdón u olvido total del delito, que se tiene por no cometido, el indulto implica la remisión total o parcial de la pena, presuponiendo, por consiguiente, que haya recaído una sentencia firme⁴.

En definitiva, el indulto simplemente supone la extinción de la responsabilidad penal derivada del delito y parte de la previa existencia de una sentencia firme. Pero la amnistía, iría un paso más allá, declarando la extinción de responsabilidad criminal tanto de las

² Orza Linares, R. M., “Amnistías e indultos durante el franquismo y la transición”, en Pérez Juan, J. A. y Moreno Tejada, S. (coords.), *Represión y orden público durante la II República, la Guerra Civil y el Franquismo. Una visión comparada*, Aranzadi, 2019, s.p. (versión online sin páginas).

³ Cuesta, J.: “Recuerdo, silencio y amnistía en la transición y en la democracia española (1975 - 2006)”, en *Studia Histórica. Historia contemporánea*, núm. 25, 2007, p. 134.

⁴ Landecho Velasco, C. M. y Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español: Parte General*, 10ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, p. 667.

penas impuestas como de las que se pudiesen imponer por hechos ya realizados. A su vez, la amnistía como olvido total del delito implica la “*derogación retroactiva de normas*”⁵, en la medida en que no solo se conmuta la pena, sino que también se declara como no punibles los hechos por los que la persona fue condenada. Es decir, la amnistía se convierte en una derogación parcial y transitoria de las normas penales respecto a hechos ya realizados⁶.

Como mencionábamos, la primera medida de gracia adoptada tras la dictadura fue un indulto general, a través del Decreto 2940/1975, concedido por el rey Juan Carlos con motivo de su coronación el 25 de noviembre de 1975⁷. Tal indulto, recordará en cuanto a su contenido y alcance a los promulgados durante la dictadura, siendo concebido como un homenaje a la “*memoria de la egregia figura del Generalísimo Franco (q. e. G. e), artífice del progresivo desarrollo en la Paz de que ha disfrutado España en las últimas cuatro décadas, durante las cuales otorgó once indultos generales e innumerables indultos particulares*”.

Mediante este Decreto, se indultarán “las penas y correctivos de privación de libertad, pecuniarias y de privación del permiso de conducción impuestas o que puedan imponerse por delitos y faltas previstos en el Código Penal, Código de Justicia Militar y Leyes penales especiales (...)”. Quedando exceptuadas, por otro lado, “las penas por delitos de terrorismo y conexos, por delitos de propaganda de sentido terrorista y por los delitos de pertenencia a asociaciones, grupos u organizaciones comprendidos en la legislación sobre terrorismo”.

El indulto afectó por tanto a todos los presos por delitos comunes, pero no hizo cesar las aspiraciones de una sociedad que consideraba fundamental una amnistía más extensa donde se incluyese la delincuencia política⁸. El nombramiento de Adolfo Suarez como Presidente del Gobierno por parte del Rey el 3 de julio de 1976, propiciaría un cambio en ese sentido al aprobar ahora sí una amnistía por delitos políticos.

⁵ En terminología del Tribunal Constitucional (STC 63/1983, de 20 de julio, Sala 2º).

⁶ Vallès Muñío, D., “Amnistía y responsabilidad civil”, *InDret: Revista para el Análisis de Derecho*, núm. 1, 2004, p. 9.

⁷ Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad don Juan Carlos de Borbón como Rey de España (BOE de 26 de noviembre de 1975)

⁸ Orza Linares, R. M., “Amnistías e indultos...”, cit. s.p.

En concreto, el nuevo gobierno promulgó el Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía, donde se amnistiaban “*los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión [...] en tanto no hayan puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas o el patrimonio económico de la Nación*”, además de “*los delitos de rebelión y sedición*”, e igualmente a los prófugos, desertores y a los objetores de conciencia del servicio militar durante la dictadura. Cabe destacar que en esta ley se excluía expresamente la responsabilidad del Estado por los perjuicios derivados de los supuestos que se amnistiaban (Disposición Adicional Primera): “*No procederá indemnización ni restitución alguna en razón de las sentencias penales o resoluciones, penas o sanciones administrativas comprendidas en la amnistía*”. En cambio, se dejaba “*a salvo la responsabilidad civil frente a los particulares*”.

En un primer momento, este Decreto-ley será acogido favorablemente por la opinión pública española al incluir los delitos de intencionalidad política. No obstante, la interpretación restrictiva por parte de la justicia de la cláusula “*en tanto no hayan puesto en peligro*”, haría que pocos presos se beneficiasen de la medida. Asimismo, la amnistía excluía a un colectivo que parte de la sociedad también consideraba como “presos políticos”, los condenados por delitos de terrorismo⁹, compuestos en su mayoría por miembros de la banda armada E.T.A.

De ese modo, las movilizaciones en defensa de la excarcelación de los condenados por delitos políticos continuaron en España, y sobretodo, con más intensidad en el País Vasco. La inestabilidad política imperante en esta región, y la exclusión de los presos vascos ligados a la banda terrorista E.T.A. de las amnistías anteriores, llevaron al gobierno de Suárez a aprobar en 1977 dos decretos-ley¹⁰ por los que se ampliaban los supuestos de extinción de responsabilidad penal¹¹. Entre otras medidas, se preveía la eliminación del inciso “*puesto en peligro*” (la vida o la integridad de las personas o el patrimonio económico de la Nación) respecto a los delitos de intencionalidad política y de opinión previstos en la amnistía de 1976. De esa forma, la medida de gracia se extendía a los

⁹ Juliá, S., “Memoria, historia y política de un pasado de guerra y dictadura”, *Memoria de la guerra y del franquismo*, Madrid, Taurus y Fundación Pablo Iglesias, 2006, p. 41.

¹⁰ Se tratarán del Real Decreto-ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia y el Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general.

¹¹ Juliá, S., “¿Culturas o estrategias? Notas sobre violencia política en la España reciente” en Carnicero Herreros C. y Rivera A. (eds.), *Violencia política. Historia, memoria y víctimas*, Madrid, Instituto Universitario Valentín de Foronda y Maia Ed., 2010, p. 183.

presos vascos acusados de terrorismo, pero sin delitos de sangre. Asimismo, en mayo de 1977, se ofrecía la pena del extrañamiento, es decir, la liberación al extranjero, a los presos de E.T.A. más importantes¹².

Con estas medidas se pretendía establecer un escenario político favorable de cara a las primeras elecciones democráticas tras la dictadura, convocadas para el 15 de julio de 1977¹³. Pese a que por parte de la izquierda abertzale se considerase insuficiente estas amnistías, se lograría que los partidos más moderados del nacionalismo vasco participasen en estos comicios. En este contexto, el partido de Adolfo Suárez, Unión de Centro Democrático lograría vencer en las elecciones, aunque sin mayoría absoluta.

2. LEY DE AMNISTÍA DE 1977

Tras la celebración de las primeras elecciones democráticas desde la dictadura, las Cortes emprenderían los trabajos constituyentes. En este nuevo contexto democrático, se mantenía vigente la reivindicación por parte de partidos políticos, sindicatos y movimientos opositores al régimen de una amnistía total, donde se incluyesen todas las condenas por motivaciones políticas que siguiesen aún sin resolver¹⁴. Por consiguiente, el 11 de octubre se presentó por parte de distintos grupos parlamentarios¹⁵ una Proposición de Ley de amnistía ante el Congreso de los Diputados. Tal proposición contó con el respaldo prácticamente unánime de las distintas fuerzas políticas, obteniendo 296 votos a favor, 2 en contra, 18 abstenciones y un voto nulo¹⁶. El único partido que no apoyaría la ley sería Alianza Popular (actual Partido Popular), la cual se abstendría en la votación. Se aprobaba así el 14 de octubre de 1977 la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía (de ahora en adelante, Ley de Amnistía de 1977).

¹² Juliá. S., “¿Culturas o estrategias?...”, cit. p. 184.

¹³ Moreno Fonseret, R. y Candela Sevilla, V.F., “Imprescriptibilidad vs impunidad en la transición española”, *Revista En-Contexto*, vol. 6, núm. 9, 2018, pp. 238.

¹⁴ Moreno Fonseret, R. y Candela Sevilla, V.F., “Amnistía y (Des)memoria en la transición española” *e-l@tina. Revista electrónica de estudios latinoamericanos*, vol. 16, núm. 64, 2018, s.p.

¹⁵ La proposición de ley fue formulada conjuntamente por los Grupos Parlamentarios de Unión de Centro Democrático, Socialista del Congreso, Comunista, de la Minoría Vasco-Catalana y Socialistes de Catalunya.

¹⁶ Diario de Sesiones del Congreso de Diputados Núm. 24, Sesión Plenaria Núm. 11, celebrada el viernes 14 de octubre de 1977

En el plano formal, la Ley de Amnistía presentaba diferencias sustanciales respecto a los Decretos-Leyes de los meses anteriores. Por un lado, en contraposición a las anteriores, esta carecía de una exposición de motivos que explicase o justificase la amnistía que ahora se promulgaba. Por otro lado, tras la constitución de las Cortes, se traba de un acto del poder legislativo y no del ejecutivo o del Jefe de Estado.

2.1. Supuestos de aplicación

Resulta de mayor trascendencia atender al plano material, y particularmente, a los nuevos supuestos que comprendía esta amnistía (artículo 1):

- a) *“Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis”.*

La diferencia fundamental respecto a las medidas anteriores, por tanto, era el elemento del “resultado”. Se incluían ahora aquellos delitos de intencionalidad política que sí hubiesen lesionado la vida humana, es decir, se trataba de amnistiar propiamente actos terroristas anteriores al 15 de diciembre de 1976, día en que se somete a referéndum la octava y última Ley Fundamental del franquismo, la Ley de Reforma Política.

- b) *“Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España”.*

Se extiende, por ende, el ámbito temporal de la amnistía hasta el 15 de junio de 1976 (día en que se celebran las primeras elecciones generales), siempre y cuando se acredite la motivación de restablecimiento de libertades o de autonomía, en referencia clara al terrorismo vasco.

- c) *“Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta*

y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas”.

De esa forma, se amplía la amnistía hasta prácticamente la concesión de la misma, para aquellos actos que no hayan lesionado la vida humana, pudiendo incluirse en estos supuestos distintas formas de colaboración con el terrorismo.

Por otro lado, en el segundo artículo de la citada Ley se contemplan otros supuestos heterogéneos de amnistía. Se amnistían así tanto los delitos de sedición y de rebelión, como los actos de expresión de opinión o de objeción de conciencia al servicio militar. Si bien estos supuestos ya estaban contemplados en los anteriores Decretos-Leyes, en los dos últimos apartados del segundo artículo se añade una novedad que no puede pasarse por alto:

“2. 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”.

Se establece por tanto la condonación de toda acción contra derechos que hubiera cometido la dictadura. Particularmente, se amnistiaban a los funcionarios, agentes y autoridades del régimen tanto por los delitos cometidos como por aquellos que hubiesen podido cometer. A este respecto, debe mencionarse que la aplicación de la amnistía para todos los supuestos correspondía exclusivamente a los jueces y tribunales, tal y como se recoge en el artículo noveno. No obstante, en estos supuestos al amnistiarse delitos de funcionarios de la dictadura, sobre los que en ningún caso había recaído condena o procesamiento alguno, no se daba espacio siquiera a la apreciación del ilícito penal por parte de la autoridad judicial competente para que extinguiese la responsabilidad penal caso por caso¹⁷. A la par, otra diferencia relevante respecto a los anteriores supuestos de

¹⁷ Clavero, B., España 1978: La amnesia constituyente, Marcial Pons Historia, Madrid, 2014, p. 113

amnistía era que no se exigía para los delitos de los funcionarios del régimen la *“intencionalidad política”*.

En el momento de la redacción de la ley, la inclusión en la amnistía a los agentes del franquismo no planteó ningún problema ya que se concibió como una contrapartida a las amnistías concedidas a los opositores al régimen. Es decir, se trataba de establecer un olvido penal generalizado en aras de la reconciliación nacional. Por ello, tal y como afirma Santos Juliá, *“ningún partido, ni siquiera la extrema izquierda ni los nacionalistas vascos radicales, plantearon en sus programas y objetivos la aplicación de una justicia retroactiva por las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura”*¹⁸.

Sin embargo, la condonación de los crímenes de la dictadura ha generado en las décadas posteriores una gran controversia. Especialmente, a raíz de las denuncias de diversas víctimas y asociaciones presentadas contra las autoridades del régimen por delitos de lesa humanidad. Como veremos en los próximos capítulos, la justicia se ha negado sistemáticamente a entrar en el fondo de la cuestión, entre otras razones, porque consideraba que los hechos denunciados se encontraban amparados por la Ley de Amnistía de 1977.

Junto con la amnistía a delitos de signo antifranquista y franquista, y la amnistía a ejercicios de derechos fundamentales como los actos de expresión de opinión, se añade un último supuesto para culminar así la mezcolanza de casos que contempla la Ley. Es lo que se conocerá como la *amnistía laboral o sindical*, en contraposición a la política. En este sentido, el artículo 5 dispone que:

“Están comprendidas en esta Ley las infracciones de naturaleza laboral y sindical consistentes en actos que supongan el ejercicio de derechos reconocidos a los trabajadores en normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad”.

Y se añade en el artículo 8 que la amnistía:

“deja sin efecto las resoluciones judiciales y actos administrativos o gubernativos que hayan producido despidos, sanciones, limitaciones o suspensiones de los

¹⁸ Juliá, S., “Echar al olvido. Memoria y amnistía en la transición de la democracia”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 129, 2003, p. 122.

derechos activos o pasivos de los trabajadores por cuenta ajena, derivados de los hechos contemplados en los artículos primero y quinto de la presente Ley”.

Se amnistían de nuevo ejercicios de derechos, laborales y sindicales, que se encontraban reconocidos en tratados internacionales suscritos por España, pero que en cambio la dictadura había tipificado como delitos. No se amnistían por consiguiente delitos en sentido estricto, sino que más bien se trata de cubrir la ilicitud que supone tipificar derechos como delitos¹⁹. Asimismo, no se hace referencia alguna a la posible responsabilidad del Estado por vulnerar tales derechos reconocidos en convenios internacionales.

2.2. Efectos y beneficios de la amnistía

La Ley de 1977 disponía que el efecto de la amnistía era *“la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que se pudieran imponer con carácter principal o accesorio”*. Como veíamos anteriormente, el principal efecto de una amnistía desde un punto de vista jurídico era precisamente el del olvido total del delito, lo cual implica entre otras cosas, la extinción de responsabilidad penal.

Respecto a la responsabilidad civil, en cambio, no se hace referencia alguna²⁰. Cabe destacar que gran parte de la doctrina entiende que la responsabilidad civil derivada de los delitos amnistiados no queda extinguida por la amnistía. El argumento principal es que la responsabilidad civil no se ve afectada por una amnistía a excepción de que la propia ley reguladora declare expresamente la extinción de la misma²¹. Por consiguiente, ante la omisión de referencias sobre la responsabilidad civil en la Ley de Amnistía de 1977, cabría interpretar que esta no quedó extinguida.

En relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, veíamos anteriormente que en el Decreto-Ley de 1976 sí que se excluía expresamente la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios derivados de los actos que se

¹⁹ Clavero, B., “España 1978...”, cit. p. 114.

²⁰ Aunque se declara expresamente la extinción de las penas accesorias, no cabe interpretar que aquí se incluya la responsabilidad civil derivada del delito teniendo en cuenta su naturaleza civil y no penal.

²¹ Vallès Muñío, D., “Amnistía y responsabilidad civil”, cit. p.10.

amnistían²². En la Ley de 1977, en cambio, no se hace ninguna mención sobre este extremo.

Teóricamente, se podría concluir que la Ley de amnistía deja abierta la posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad civil derivada del delito frente a los particulares. A la par, tampoco limita la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos como consecuencia de la privación de libertad. Sin embargo, en el siguiente capítulo desarrollaremos como se ha pretendido reparar a las víctimas de la dictadura y de la Guerra Civil través de ayudas económicas, que no tenían carácter de indemnizaciones, y excluyendo en todo caso la posibilidad de ejercitar acción alguna contra el Estado.

De otra parte, la Ley de 1977 también determinaba la eliminación de los antecedentes penales, aun cuando el sancionado hubiese fallecido. Ya vimos a este respecto que la institución de la amnistía suponía el perdón total del delito, de tal forma que este se tuviese por no cometido. La cancelación de antecedentes es por tanto una nota esencial de esta manifestación del derecho de gracia.

Sin embargo, se ha considerado que la amnistía debió ir un paso más allá, anulando al mismo tiempo los procesos y sentencias por los que se inculcó a las personas amnistiadas. Este tema será de especial importancia en las décadas posteriores, ya que muchos de los condenados por el franquismo (o sus familiares en caso de fallecimiento), presentarán demandas en relación con la anulación o revisión de los actos adoptados durante la dictadura. Como veremos posteriormente, la justicia se ha negado sistemáticamente a admitir estas demandas alegando razones de seguridad jurídica.

Por último, se establecen diferencias en cuanto a los efectos de la amnistía entre la administración civil y militar. Se prevé así la *“reintegración en la plenitud de sus derechos activos y pasivos de los funcionarios civiles sancionados, así como la reincorporación de los mismos a sus respectivos Cuerpos, si hubiesen sido separados”*. En cambio, para el personal militar tan solo se prevé el reconocimiento de los derechos pasivos, no incluyéndose la reincorporación a su empleo. Los principales perjudicados por esta exclusión fueron, por un lado, aquellos militares que habían llegado a constituir

²²Como se mencionó anteriormente, en el Decreto-Ley de 1976 también se dejaba expresamente a salvo la responsabilidad civil frente a los particulares.

una organización clandestina (Unión Militar Democrática - UMD) con el objetivo de derrocar la dictadura e instaurar la democracia, y que habían quedado por ello expulsados del ejército. Por otro lado, aquellos excombatientes del Ejército Republicano que tras la derrota en la Guerra Civil no pudieron reincorporarse en ningún momento al Ejército. La amnistía militar en este sentido fue descartada debido a la oposición y presión que ejercieron diferentes generales del Ejército, ya que se quería evitar en todo caso altercados políticos²³.

3. ¿LEY DE IMPUNIDAD?

En resumen, la Ley de Amnistía recoge una serie de supuestos tan distintos como lo son por un lado, los delitos relativos al ejercicio de derechos y libertades fundamentales y, por otro, los delitos en sentido estricto. Entre estos, a su vez, y para mayor confusión, se amnistían los delitos de “motivación política”, incluyéndose aquellos actos terroristas que atentaron contra la vida de las personas, pero también aquellos delitos cometidos por la dictadura contra la ciudadanía.

Se colmaba así, una de las principales reivindicaciones de los partidos democráticos emergentes: la amnistía de aquellos presos que hubiesen sufrido la represión franquista. Pero al mismo tiempo, y como moneda de cambio, se amnistiaba esa misma represión²⁴. Se trata por tanto de un “pacto del silencio” o de “olvido”, tal y como lo han venido definiendo diversos autores²⁵. Con ello se hace referencia a que la transición española no puede ser caracterizada como un proceso modélico de reconciliación²⁶. Más bien, se concibió la reconciliación como un olvido mutuo, como un olvido penal de los delitos

²³ Aguilar Fernández, P. “Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española” en Barahona de Brito, A., Aguilar, P., y González Enríquez, C. (editores): *Las políticas hacia el pasado. Juicios depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, Madrid, 2002, p. 24.

²⁴ Tamarit, J., “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, *Política Criminal*, vol. 7, n. 13, 2012, p. 76.

²⁵ Reig Tapia, A. desarrolla esta idea de la transición como un pacto de olvido en “La represión franquista y la guerra civil: consideraciones metodológicas, instrumentalización política y justificación ideológica” Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, 1983, Serie Tesis Doctorales. Otros autores, hablan de “transición amnésica” u “olvido con rehabilitación parcial”, Reyes Mate, M.: “Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación”. Anthropos, Barcelona, 2008 y Gil Gil, A.: “La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica”, Atelier, Barcelona, 2009; respectivamente.

²⁶ En palabras de Tamarit J.: “*los requisitos de un proceso de reconciliación tal como está es entendida en la literatura sobre justicia transicional, a partir de las experiencias de las comisiones de la verdad en algunos países, no concurren en el caso español*” - “Los límites de la justicia...” cit. p. 76.

cometidos durante la dictadura. A través de esta amnesia colectiva²⁷, aceptada por la mayoría de fuerzas democráticas y la opinión pública, se buscó favorecer el éxito de una transición marcada por el complejo contexto social que vivía España en aquel momento. De este modo, la transición española, y en particular, la Ley de Amnistía, ponía fin a la responsabilidad penal de los delitos cometidos a lo largo de la dictadura en pos de la reconciliación nacional.

A estos efectos, resulta pertinente contrastar la experiencia española con otro proceso transicional muy cercano en el tiempo como es el caso argentino.

Casi una década después de la Ley de Amnistía española, el 24 de diciembre de 1986, se promulgaba en Argentina la Ley 23.492, más conocida como la ley de Punto Final. Dicha ley, decretaba la extinción de *“la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983”*, es decir, hasta el día en que la dictadura militar²⁸ entregó incondicionalmente el poder a un gobierno constitucional. La ley de Punto Final, junto con la Ley de Obediencia Debida dictada un año después, determinaban prácticamente la extinción de responsabilidad penal de los agentes militares de la dictadura por las vulneraciones de los derechos humanos cometidos durante su gobierno. Estas disposiciones, conocidas por sus detractores como *leyes de impunidad*, generaron una gran polémica en la sociedad argentina al suponer la condonación de crímenes de lesa humanidad.

Tales leyes serían sin embargo anuladas por el propio Congreso federal en 2003. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia en 2005 ratificaría la anulación al entender que las dos leyes eran inconstitucionales. En ese sentido se ha pronunciado en diversas ocasiones²⁹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual entiende que son *“inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos*

²⁷ Moreno Fonseret, R. y Candela Sevilla, V.F., “Amnistía y (Des)memoria...” cit. s.p.

²⁸ Autodenominada “Proceso de Reorganización Nacional” (1976-1983)

²⁹ Desde 1978, comienzan a proliferar leyes de impunidad en aquellos países latinoamericanos que han padecido largos episodios de violencia política por parte del Estado. El caso argentino es tan solo un ejemplo de estas auto-amnistías. Para más información ver: Norris, R.E.; “Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: una respuesta legal”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 15, 1992, pp. 47-121.

humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³⁰.

Retomando el caso español, lo sucedido en Argentina es pertinente en la medida en que se han venido comparando estos dos supuestos de amnistía. Por un lado, porque se ha entendido que la Ley de Amnistía española, dentro de su heterogeneidad de supuestos, contiene una suerte de ley de impunidad o de ley de punto final al extinguir la responsabilidad penal de los agentes y funcionarios de la dictadura por los delitos cometidos contra las personas³¹. Por otro lado, por el diferente recorrido que han tenido ambas leyes, ya que en el caso español no ha sido todavía derogada por el Poder Legislativo o declarada inconstitucional.

A este respecto resulta oportuno recordar que tan solo unos meses después de la promulgación de la Ley de Amnistía de 1977, la Constitución Española era ratificada por la ciudadanía el 6 de diciembre de 1978, la cual entraría en vigor el 29 de diciembre de ese mismo año. La Carta Magna, a parte de establecer las bases de un Estado social y democrático de Derecho, tenía un efecto derogatorio sobre las normas jurídicas anteriores a su publicación en la medida en que no fuesen compatibles con esta, tal y como viene recogido en la cláusula tercera de la Disposición Derogatoria³².

Sin embargo, la Ley de Amnistía mantuvo su vigencia en este nuevo contexto democrático a pesar de su dudoso encaje constitucional. Específicamente, esta Ley contrariaba el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española, al impedir el acceso a la justicia a las víctimas de los crímenes de

³⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos contra Perú*, de 14 de marzo de 2001 (§41). Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Para un análisis extenso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con las leyes de impunidad ver: Donde Matute, J.; “El concepto de impunidad: Leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos K., Elsner K., Malarino E. (Eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2010, pp. 263-293.

³¹ Clavero, B., “España 1978...”, cit. pp. 119.

³² La Constitución, al igual que cualquier norma jurídica, deroga las anteriores de igual o inferior rango en la medida en que la contradigan. Todo ello en base al principio de “lex posterior”. Por consiguiente, no era necesario que en la Constitución hubiese una disposición derogatoria expresa. No obstante, y con una intención clarificadora, se recogen en la Constitución tres cláusulas derogatorias. El primer y segundo apartado son derogatorias específicas, privando de vigencia las Leyes Fundamentales del franquismo y determinadas leyes relativas a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, respectivamente. El tercer apartado es una cláusula derogatoria de alcance general, en el que se recoge que “*quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución*”.

la dictadura. Tal y como veremos en el Capítulo III, efectivamente, la Ley de Amnistía ha sido utilizada por la justicia como argumento para inadmitir a trámite las denuncias presentadas contra los agentes del régimen³³, reafirmando así su carácter de ley de impunidad.

Por otro lado, la Ley de Amnistía española también planteaba una dudosa compatibilidad con el Derecho Internacional. Sin ánimo de entrar más en detalle en este momento, los derechos de las víctimas a la reparación, la verdad, y la justicia, junto con la garantía de la no impunidad, son a día de hoy principios jurídicos del Derecho internacional; no admitiéndose, por ende, las amnistías o auto-amnistías incondicionadas³⁴.

En definitiva, la Ley de Amnistía surgió como fruto de una voluntad por enterrar el pasado y establecer las bases para una nueva convivencia democrática. Pese a esta voluntad inicial, la ley se ha transformado actualmente en uno de los argumentos para denegar el acceso a la justicia a las víctimas de la represión franquista. Todo ello, ha suscitado en las últimas décadas un intenso debate político y jurídico. Especialmente, en lo relativo a la compatibilidad de esta ley con el Derecho Internacional y la Constitución, y en lo referente al tratamiento de los crímenes de la dictadura exclusivamente desde una perspectiva reparadora e indemnizatoria. Todas estas cuestiones serán desarrolladas en los próximos capítulos.

³³ Tal y como se desarrollará después, La Ley de Amnistía de 1977 no es el único argumento para denegar el acceso a la justicia a las víctimas de los crímenes cometidos por los funcionarios y autoridades de la dictadura. Entre otros, cabe destacar también la prescripción de los delitos, el principio de irretroactividad o la extinción de responsabilidad penal por fallecimiento.

³⁴ Cfr.: Tamarit, J., “Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 59. doi:dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.02

CAPÍTULO II: REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE LA DICTADURA Y LA GUERRA CIVIL

Hacíamos referencia en el capítulo anterior a que la transición española se ha caracterizado por diversos autores como un pacto de olvido más que como un pacto de reconciliación nacional. Algunos autores llegan incluso a hablar de un pacto de “olvido con rehabilitación parcial”³⁵, en la medida en que el pasado se ha afrontado únicamente a través de la reparación a las víctimas. Efectivamente, desde la Ley de Amnistía de 1977, el Estado adoptó de forma gradual una serie de medidas compensatorias e indemnizatorias a las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura. Sin embargo, se renunció a toda medida de carácter sancionador o a toda forma de investigar la verdad.

1. PRIMERAS MEDIDAS DE REHABILITACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Desde 1978 hasta mediados de los ochenta se promulgaron una serie de normas jurídicas que abordaban la reparación de los daños civiles causados a los víctimas de la Guerra Civil³⁶. Se trataba de un proceso paulatino de compensación y equiparación, por el cual se reconocían prestaciones a los perdedores de la guerra de las que hasta el momento solo se beneficiaban los vencedores³⁷. En estas primeras medidas de la democracia, se resarcían por tanto exclusivamente a los perjudicados por la Guerra Civil, sin tener en cuenta a las víctimas de la dictadura.

En 1990 se amplía, sin embargo, la política compensatoria mediante indemnizaciones en favor de los damnificados por la represión del régimen franquista³⁸. De ese modo, a través de una Disposición Adicional en la Ley para los Presupuestos Generales del Estado de 1990³⁹, se contemplan indemnizaciones para quienes sufrieron prisión durante la

³⁵ Gil Gil, A.: “La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica”, Atelier, Barcelona, 2009, p. 100.

³⁶ Véanse: Real Decreto-Ley 35/1978, de 16 de noviembre, por el que se conceden pensiones a los familiares de los españoles fallecidos como consecuencia de la guerra civil; Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico- farmacéutica y asistencia social a favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos a consecuencia de la Guerra Civil; Ley 6/1982, de 29 de marzo, de pensiones a los mutilados civiles de guerra.

³⁷ Tamarit, J., “Memoria histórica...”, cit. p. 47.

³⁸ Pucho Gil, J.: “Las reparaciones económicas de la democracia por privación de libertad durante la dictadura franquista: otra fuente para investigar la represión de estado del franquismo”, *Historia Actual Online*, Nº 31, 2013, p. 80.

³⁹ Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, por el que se reconocen indemnizaciones a favor de quienes sufrieron prisión en

dictadura a partir de los supuestos contemplados en la Ley de Amnistía de 1977⁴⁰. Las Comunidades Autónomas a su vez, complementarían en los años posteriores dichas prestaciones con sus propios sistemas de indemnizaciones al entender que determinados supuestos que merecían protección quedaban excluidos de la partida estatal⁴¹. Asimismo, a nivel nacional, se regularon prestaciones en favor de colectivos específicos, como los llamados “niños de la guerra”, a quienes se les reconoce en 2005 determinadas indemnizaciones económicas⁴².

Conviene destacar que a pesar de que todos estos pagos reciban la calificación de “indemnizaciones”, el Tribunal Constitucional les ha negado tal naturaleza

“Aunque legalmente vengan denominadas como <indemnizaciones>, estas prestaciones, a cargo de los Presupuestos públicos, no pueden calificarse técnicamente de resarcimiento de daños por un funcionamiento anormal de la Administración Pública, de la Justicia o por un error judicial (art. 121 C.E.). Son, más bien, prestaciones establecidas graciamente por el legislador...”⁴³

Por consiguiente, estas prestaciones no son fruto de una responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios generados. Haberles dado ese carácter de indemnización habría supuesto reconocer tácitamente la ilegitimidad de las penas aplicadas, pudiendo dar lugar a sendos procesos de anulación de sentencias y de reclamaciones a la Administración por los daños ocasionados⁴⁴. De ese modo, se conciben los pagos como ayudas sociales, es

establecimientos penitenciarios franquistas durante tres o más años, como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

⁴⁰ El derecho a percibir la indemnización estatal requería haber sufrido privación de libertad en establecimientos penitenciarios durante un mínimo de tres años por supuestos contemplados en la Ley de Amnistía y que tuvieran o pudieran haber tenido cumplida la edad de 65 años el 31 de diciembre de 1990 (en este último supuesto, la indemnización correspondía exclusivamente al cónyuge).

⁴¹ De las 103.000 solicitudes presentadas para causar la indemnización se denegaron 41.162 expresamente por no haber cumplido algunos de los requisitos señalados en la anterior nota. El importante número de solicitudes denegadas llevó a las Comunidades Autónomas a establecer prestaciones adicionales para cubrir las solicitudes excluidas - *Informe General de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo*, de 28 de julio de 2006.

⁴² Reguladas en la Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 361/1993, de 3 de diciembre de 1993. Cuestiones de inconstitucionalidad 2.645/1992, 2.646/1992, 2.647/1992, 2.648/1992, 12/1993 y 420/1993 (acumuladas). En relación con la Disposición adicional decimotercera de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.

⁴⁴ Urquijo, M., “La memoria negada: la encrucijada de la vía institucional en el caso del Gobierno Vasco y las víctimas del franquismo”, *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 6, 2006, p. 199.

decir, como un acto gracial y discrecional del Estado y no como consecuencia de un deber de reparación⁴⁵.

Por último, en relación con la devolución de bienes y derechos incautados, también se dictaron una serie de normas dirigidas a restituir o compensar a los partidos políticos y sindicatos por el patrimonio que les fue expropiado durante la dictadura y la Guerra Civil⁴⁶. En cambio, no se ha producido una devolución de bienes a particulares o a otras asociaciones distintas a las descritas anteriormente.

2. LEY DE MEMORIA HISTÓRICA DE 2007

A comienzos del siglo XXI, se intensificará el debate en torno a estas medidas de carácter reparador. Especialmente, como consecuencia de la denuncia de diversas asociaciones que consideraban insuficiente lo actuado hasta el momento para reconocer los derechos de las víctimas y reparar las injusticias cometidas durante el franquismo⁴⁷. Entre otras demandas, estas asociaciones reclamaban al gobierno la anulación de las sentencias dictadas por tribunales militares y de excepción, la asunción por parte del Estado y de la justicia de la responsabilidad de exhumar las fosas comunes o la retirada de símbolos conmemorativos del franquismo⁴⁸. Como veremos posteriormente, estas demandas no serán recogidas en los mismos términos por el gobierno.

Tras la victoria del Partido Socialista en las elecciones generales de 2004, y como respuesta ante estas demandas, el Gobierno crearía la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo⁴⁹. La Comisión, después de evaluar la normativa existente, emitió un Informe⁵⁰ el 28 de julio de 2006, donde advertía la necesidad de afrontar algunos temas pendientes y realizaba una serie de

⁴⁵ Gil Gil, A.: “La justicia de transición...”, cit. p. 97.

⁴⁶ A título ejemplificativo: Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado; Ley 43/1998, de 15 de diciembre, de Restitución o Compensación a los Partidos Políticos de Bienes y Derechos Incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939.

⁴⁷ Cuesta, J. y Odriozola, M., “Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-08, 2018, pp. 6.

⁴⁸ Clavero, B., “España 1978...”, cit. pp. 171.

⁴⁹ Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre, por el que se crea la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo.

⁵⁰ *Informe General de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo*, de 28 de julio de 2006.

propuestas para ello. Siguiendo estas recomendaciones, el Gobierno presentaría ante el Congreso el Proyecto de Ley 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 (2006). El proyecto contaría con la aprobación de todos los grupos parlamentarios, a excepción del Partido Popular y de Esquerra Republicana de Catalunya, dando lugar así a la Ley 52/2007, de 26 de diciembre⁵¹ (de ahora en adelante, Ley de Memoria Histórica, denominación por la que es más conocida).

Pese a que la Ley fue apoyada por la mayoría de las fuerzas políticas, su tramitación estaría marcada por una gran polémica y división de opiniones. El principal partido de la oposición, el Partido Popular, manifestó desde un primer momento su rechazo al proyecto, al considerar que se traba de un revisionismo de la “Memoria Histórica” donde se exigían responsabilidades por crímenes pasados. Asimismo, el partido afirmaba que el proyecto perseguía la venganza y que era contrario al espíritu de la transición⁵². Por otro lado, el proyecto no satisfacía las demandas de las asociaciones civiles y de determinadas fuerzas políticas, especialmente y como veremos después, en lo relativo a las fosas comunes y a la anulación de las sentencias⁵³. Finalmente, el partido del gobierno presentaría la ley como un mecanismo de reconciliación nacional y de recuperación de la memoria histórica, cuando en realidad tan solo viene a complementar las medidas anteriores⁵⁴ y muchas de las disposiciones son de carácter meramente simbólico.

2.1. Declaraciones generales

En cuanto al contenido de la Ley de Memoria Histórica, esta comienza realizando dos declaraciones generales:

- En primer lugar, *“se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura”* (art.

⁵¹ De mismo nombre que el Proyecto de Ley.

⁵² Cuesta, J. y Odriozola M., “Marco normativo...”, cit. p. 7.

⁵³ Tamarit, J., “Memoria histórica...”, cit. p. 48.

⁵⁴ Gil Gil, A.: “La justicia de transición...”, cit. p. 75.

2.1)⁵⁵. Se declara además “*la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles durante la Guerra Civil y la Dictadura*” (art. 2.3).

- En segundo lugar, se “*declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones*” (arts. 3.1).

En relación con las anteriores resoluciones, se reconoce que éstas darán lugar al derecho a obtener una “Declaración de reparación y reconocimiento personal” a favor de quienes durante la Guerra Civil y la dictadura padecieron sus efectos (art. 4.1). Dicha declaración, podrá ser solicitada al Ministerio de Justicia por las personas afectadas o sus familiares en caso de fallecimiento. El artículo deja claro que esta Declaración no supone el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado, y que tampoco dará lugar a ningún tipo de “*efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional*”.

No se recogen, por tanto, las demandas de las asociaciones civiles y de determinados grupos parlamentarios de declarar nulas las resoluciones y los correspondientes tribunales. Tan solo se reconoce su carácter “injusto” o “ilegítimo”. Este punto generó una gran controversia ya que no se especificaba el valor que podían tener estas declaraciones en sede judicial. Este aspecto era de especial relevancia, debido a que la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo era la de desestimar la mayor parte de recursos de revisión presentados contra las resoluciones dictadas durante la dictadura.

La Ley de Memoria Histórica, a este respecto, simplemente estipulaba que la Declaración de reparación y reconocimiento personal era compatible con el ejercicio de las acciones correspondientes ante los tribunales de justicia. Sin embargo, este hecho no supuso un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual ha seguido desestimando los recursos de revisión de las sentencias franquistas.

⁵⁵ En el art. 2.2., se especifica que estas razones “*incluyen la pertenencia, colaboración o relación con partidos políticos, sindicatos, organizaciones religiosas o militares, minorías étnicas, sociedades secretas, logias masónicas y grupos de resistencia, así como el ejercicio de conductas vinculadas con opciones culturales, lingüísticas o de orientación sexual*”.

2.2. Extensión de las indemnizaciones

La Ley recoge además una serie de reconocimientos⁵⁶ y mejoras en cuanto a las prestaciones e indemnizaciones que se venían dando hasta entonces; por ejemplo, se amplían las prestaciones en favor de las viudas, hijos y familiares de los fallecidos como consecuencia de la Guerra Civil (art. 5). Asimismo, se incrementan las pensiones de orfandad (art. 6), las cuales hasta el momento eran muy limitadas⁵⁷ y se extienden los supuestos de aplicación respecto de las compensaciones económicas previstas en los Presupuestos Generales de 1990 para quienes sufrieron prisión por razones políticas (art. 7).

2.3. Localización e identificación de las víctimas

Las exhumaciones de las fosas comunes ha sido por otra parte uno de los temas más polémicos de la Ley. Como mencionábamos anteriormente, diversas asociaciones exigían la asunción por parte del Estado, la justicia inclusive, de la responsabilidad de exhumar las fosas. Entre otras propuestas, se reclamaban medidas como la investigación de oficio por parte de los tribunales o la creación de bancos de ADN⁵⁸. Todo ello, con la finalidad de que se garantizase el derecho a conocer la verdad por parte de la ciudadanía y, en particular, por los familiares de las víctimas.

Conviene recordar en este ámbito que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), prevé la posibilidad de incoar un procedimiento penal por el propio juez, cuando este tenga conocimiento de la comisión de un presunto delito⁵⁹. Al mismo tiempo, la LECrim exige la comparecencia e intervención del juez instructor en el contexto de una exhumación de un cadáver sobre el que pesan indicios de muerte violenta o criminalidad⁶⁰. Pese a estas previsiones y el conocimiento generalizado de la existencia de fosas comunes en España, la realidad es que no se abierto una investigación de oficio

⁵⁶ A modo de ejemplo, se concede la nacionalidad española a los integrantes de las Brigadas Internacionales (art. 20) y se reconoce la labor de las asociaciones y fundaciones en la defensa de la dignidad de las víctimas por violencia política (art. 19).

⁵⁷ Tamarit, J., “Memoria histórica...”, cit. p. 50.

⁵⁸ Tamarit, J., “Memoria histórica...”, cit. p. 51.

⁵⁹ Art. 308 LECrim.

⁶⁰ Art. 340 LECrim.

respecto a estas fosas ni ha comparecido ningún juez instructor en las exhumaciones realizadas⁶¹.

Sobre esta cuestión, la Ley de Memoria Histórica establece, entre otras medidas⁶², el deber de las administraciones de facilitar a los familiares de las víctimas las actividades de localización e identificación de los restos de las personas desaparecidas. Además, se prevé la posibilidad de establecer subvenciones para sufragar los gastos derivados de estas tareas (art. 11). Por consiguiente, la ley viene a confirmar la tendencia general de tratar estas cuestiones no como un asunto público, sino como una cuestión privada y familiar. Al mismo tiempo, no se hace referencia alguna sobre la labor de la justicia en esta materia, dejando patente el carácter extrajudicial que se le ha brindado a estas exhumaciones⁶³.

Todo ello ha suscitado sendas críticas al entenderse que no se cumplían las exigencias recogidas en tratados internacionales sobre personas desaparecidas, como la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁶⁴. A este respecto, la Declaración establecía la obligación de que los Estados garantizaran la investigación de oficio de las desapariciones forzadas a fin de identificar a los presuntos responsables de las mismas e imponerlas las sanciones que pudiesen corresponder. Pero como hemos apreciado, el Estado español no ha dispuesto aún medidas efectivas para llevar a cabo tales investigaciones.

2.4. Símbolos y monumentos públicos

En cuanto a los símbolos y monumentos públicos, la Ley de Memoria Histórica especifica que se retiraran los elementos que exalten la sublevación militar, la Guerra Civil y la represión de la dictadura (art. 15.1)⁶⁵. Debido a su importancia simbólica, se prevé

⁶¹ Clavero, B., “España 1978...”, cit. p. 183.

⁶² Como por ejemplo, la elaboración por parte de la Administración Pública de un mapa del territorio nacional en el que conste la ubicación de los restos de las personas desaparecidas (art. 12.2) o la regulación del acceso a los terrenos afectados por trabajos de localización e identificación (art.14).

⁶³ Dadas las limitaciones de la Ley de Memoria Histórica en materia de exhumaciones, las Comunidades Autónomas han desarrollado su propia legislación en este ámbito, estableciendo entre otras cosas, una mayor implicación de los órganos autonómicos en las exhumaciones de las fosas comunes de sus respectivos territorios.

⁶⁴ Aprobada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.

⁶⁵ Se añade que entre estas medidas podrá incluirse la retirada de ayudas públicas o subvenciones. Se excluyen del supuesto de aplicación las menciones que sean de estricto recuerdo privado, sin exaltación de

específicamente que en el Valle de los Caídos no podrá realizarse ningún tipo de acto de naturaleza política ni de exaltación de la Guerra Civil, de sus protagonistas o del franquismo (art. 16.2). Por otra parte, también se regula la creación del Centro Documental de la Memoria Histórica y Archivo General de la Guerra Civil para fomentar la investigación histórica de ese periodo (art. 20).

2.5. Cláusula derogatoria

Finalmente, se establece una disposición derogatoria para privar de vigencia jurídica a aquellas normas jurídicas dictadas durante la dictadura que fueron represoras y manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales⁶⁶. Esta disposición, de acuerdo con lo expuesto en el capítulo anterior, es ante todo superflua pues esta legislación estaba ya derogada por la tercera cláusula de la Disposición Derogatoria de la Constitución. Se trata de un claro reflejo del carácter meramente simbólico de esta Ley.

3. RECAPITULACIÓN

En conclusión, la Ley de Memoria Histórica viene a complementar las normas de indemnizaciones y prestaciones promulgadas en los años anteriores respecto a las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura. Por otra parte, la ejecución de muchas de sus disposiciones se deja en manos de las mismas víctimas, sin declararse ninguna obligación concreta al respecto para la Administración⁶⁷. Además, cabe señalar que un gran número de las medidas contempladas son de carácter meramente simbólico o declarativo, no teniendo repercusión alguna en el plano jurídico.

Como se mencionaba al principio de este apartado, no ha habido en España ninguna iniciativa legislativa destinada a depurar responsabilidades por los crímenes del franquismo o a crear comisiones de investigación o comisiones de la verdad. La polémica Ley de Memoria Histórica tampoco ha supuesto un cambio en este sentido. Se ha continuado con la tendencia de concebir la reconciliación nacional exclusivamente como

los enfrentados, o cuando concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley (art. 15.2).

⁶⁶ Entre otras, se deroga el Bando de Guerra de 28 de julio de 1936, la Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y el comunismo, la Ley 15/1963, creadora del Tribunal de Orden Público...

⁶⁷ Cuesta, J. y Odriozola M., "Marco normativo...", cit. p. 13.

una reparación de las víctimas a través de indemnizaciones. Unas indemnizaciones tardías y escasas en muchos casos, pero sobretodo, unas indemnizaciones a las que se les ha negado tal naturaleza. Como veíamos, se han concebido más bien como unas ayudas sociales fruto de la gracia del Estado, con la finalidad de excluir toda responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios causados a las víctimas de la dictadura.

No se puede pasar por alto, sin embargo, que a la fecha de entrega de este trabajo se encuentra en tramitación un anteproyecto de ley que pretende ser la segunda parte de la Ley de Memoria Histórica y que resulta mucho más ambicioso, al recoger muchas de las reclamaciones y exigencias de las víctimas y las asociaciones de derechos humanos. Se trata en concreto del Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática⁶⁸, el cual fue aprobado el 15 de septiembre de 2020 por el Consejo de Ministros. Entre otras medidas, en el Anteproyecto se establece la asunción por el Estado de la responsabilidad de localizar y exhumar las fosas comunes, se declara asimismo la nulidad de las condenas de los tribunales franquistas, y se prevé la creación de una Sala de la Fiscalía para investigar los crímenes del franquismo. A priori parece ser un nuevo rumbo en la lucha contra la impunidad de los crímenes del franquismo, pero hay que valorar este Anteproyecto con cautela. Especialmente, por la reticencia de determinados grupos parlamentarios a apoyar una ley sobre una materia tan polémica como la memoria democrática y el franquismo.

⁶⁸Disponible en <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Paginas/VSGT2020/apl-memoria-democratica.aspx> (última consulta 13/04/2021).

CAPÍTULO III: RECLAMACIÓN DE LAS VÍCTIMAS A LOS TRIBUNALES Y EL FRACASO DE LA VÍA JUDICIAL

En base a lo expuesto en el capítulo anterior, podemos afirmar que la legislación española ha carecido hasta el momento de una verdadera voluntad de sancionar las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura. Por ello, innumerables víctimas han tratado de acceder a los tribunales en búsqueda de verdad, justicia y reparación⁶⁹. Las demandas presentadas son de diversa índole y plantean argumentos variados, pero como elemento en común, exigen el cumplimiento de los deberes internacionales asumidos por España a través de convenios internacionales.

Ya anticipábamos que una de las principales reivindicaciones de asociaciones y víctimas era la de que se anulasen las sentencias y condenas franquistas por razones ideológicas, sobre las cuales la Ley de Memoria Histórica tan solo declaraba su “*carácter radicalmente injusto*”. Ante la insuficiencia de esta declaración, las víctimas de dichas condenas han empleado el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo⁷⁰ para buscar la anulación de las sentencias. No es objeto de este trabajo analizar dichos recursos, pero sí se puede resaltar que la tónica general del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (en vía del recurso de amparo), ha sido la de desestimar la mayoría de los casos presentado⁷¹.

Nos centraremos, en cambio, en el intento judicial más relevante por perseguir los crímenes cometidos durante el régimen franquista, el denominado “caso Garzón”. Su importancia, más allá de su repercusión mediática, se debe a que el caso finalizaría con una sentencia del Tribunal Supremo en la que se declarararía la imposibilidad legal de investigar judicialmente los crímenes de la Guerra Civil y la dictadura. Los principales fundamentos jurídicos por los que se negó el acceso a la justicia fueron la prescripción de los delitos, la interdicción de irretroactividad junto con el principio de legalidad y la Ley

⁶⁹ Escudero Alday, R., “Ámbito jurídico”, *Asociación para la recuperación de la memoria histórica* (disponible en <https://memoriahistorica.org.es/ambito-juridico/>; última consulta 6/04/2021).

⁷⁰ El recurso de revisión, previsto en el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se puede solicitar frente a sentencias firmes cuando concurren una serie de circunstancias descritas en el citado artículo.

⁷¹ Para un listado de los casos más relevantes en materia de recursos de revisión de las condenas franquistas ver: Escudero Alday, R., “La lucha contra la nulidad de las sentencias y condenas franquistas”, *Asociación para la recuperación de la memoria histórica*, (disponible en <https://memoriahistorica.org.es/1-la-lucha-por-la-nulidad-de-las-sentencias-y-condenas-franquistas/>; última consulta 14/04/2021)

de Amnistía de 1977. Con ello, se cerraba definitivamente la vía de los tribunales españoles a las víctimas.

Ante la negativa de enjuiciar tales crímenes en sede judicial española, los perjudicados por las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura acudirían a tribunales extranjeros e internacionales. Particularmente, las víctimas acudirían al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷² y a los tribunales argentinos en base al principio de “justicia universal” recogido en la Constitución Argentina. Nos centraremos al final del capítulo en la causa judicial argentina, ya que se trata del único proceso judicial que investiga en la actualidad los crímenes cometidos durante el franquismo.

1. EL AUTO DE BALTASAR GARZÓN

Temiendo que la Ley de Memoria Histórica no fuese a promover la investigación judicial de la represión franquista, múltiples asociaciones y particulares presentaron una serie de denuncias ante la Audiencia Nacional en diciembre de 2006. En términos generales, se denunciaba la comisión de crímenes contra la humanidad como consecuencia de las desapariciones forzadas acaecidas a lo largo de la Guerra Civil y la dictadura. El 16 de octubre de 2008, el juez-magistrado Baltasar Garzón se declaraba competente para tramitar la causa e investigar tales crímenes.

En el auto de asunción de competencia⁷³ se hace constar, en primer lugar, que *“los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, 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 actual)”*⁷⁴.

⁷² No se aborda en este trabajo las denuncias presentadas por las víctimas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya que la tónica general ha sido la de desestimar las querellas presentadas. Para un listado de los casos más relevantes al respecto ver: Escudero Alday, R., “La búsqueda de la justicia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Asociación para la recuperación de la memoria histórica* (disponible en <https://memoriahistorica.org.es/4-la-busqueda-de-la-justicia-ante-el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos/>; última consulta 6/04/2021).

⁷³ Diligencias Previas -Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional (disponible en http://estaticos.soitu.es/documentos/2008/10/auto_memoria_historica.pdf; última consulta 15/04/2021).

⁷⁴ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Primero, párr. 1.

Asimismo, se relatan los crímenes cometidos por el *bando sublevado*, caracterizándolos como parte de un plan sistemático y planificado para acabar con la oposición al movimiento franquista, a través de la detención, tortura, desaparición forzada y eliminación física de las personas disidentes⁷⁵. Garzón calificará jurídicamente estos hechos como “*un delito permanente de detención ilegal, sin ofrecerse razón sobre el paradero de la víctima, en el marco de crímenes contra la humanidad*”⁷⁶.

1.1. Principio de legalidad y de irretroactividad

Una de las primeras cuestiones que deberá abordar el magistrado en su Auto, es la de argumentar que la admisión a trámite de la denuncia no contravenía los principios de legalidad⁷⁷ y de irretroactividad de las normas penales desfavorables al reo⁷⁸. Efectivamente, los crímenes contra la humanidad no se encontraban tipificados en el Código Penal Español hasta la reforma legal de noviembre de 2003 por la que se introducía el art. 607 bis⁷⁹. Por tanto, en virtud de tales principios, los hechos denunciados no podrían considerarse como delitos contra la humanidad al no existir una norma penal que los sancionase en el ordenamiento jurídico español.

Para sortear la vulneración del principio de legalidad, el magistrado alegará que los crímenes contra la humanidad estaban ya reconocidos como tales en el Derecho Internacional consuetudinario. En concreto, se detalla que están reconocidos en la “cláusula Martens”⁸⁰, incorporada al Preámbulo del II Convenio de la Haya de 1899

⁷⁵ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Tercero.

⁷⁶ *Ibid.*, Razonamiento Jurídico Cuarto.

⁷⁷ En el ámbito penal, el principio de legalidad se traduce en la imposibilidad de que los poderes públicos apliquen sanciones que no estaban reguladas en una ley en el momento de la comisión de los hechos (“*nullum crimen nula poena sine lege*”). Tal principio viene garantizado en el art. 9.3 y 25.1 CE y en el art. 1.1 y 2.1 CP.

⁷⁸ En el ámbito penal, el principio de irretroactividad implica que ninguna norma penal posterior tendrá efectos retroactivos sobre actos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor. A excepción de las medidas favorables para el reo. Este principio viene garantizado en el art. 9.3 y 25.1 CE y art. 2 CP.

⁷⁹ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁸⁰ El reconocimiento de los crímenes contra la humanidad como derecho consuetudinario se remonta a esta cláusula, según la cual: “*a la espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellos, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de Gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*”.

relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y en los Principios de Nuremberg.

A este respecto, cabe destacar que un importante sector de la doctrina internacionalista se decanta en este sentido. Se entiende que los crímenes contra la humanidad están recogidos en el derecho internacional consuetudinario, de tal forma que se trata de normas de *ius cogens* con jerarquía de norma imperativa de derecho internacional. Esta naturaleza jurídica parte de interpretar que el principio de legalidad aplicable sea el internacional en vez del interno⁸¹. Por consiguiente, cabría entender que los hechos denunciados eran ya constitutivos de delitos por estar recogidos en una norma internacional consuetudinaria.

Por otra parte, el magistrado señala el hecho de que el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima sí que estaba reconocido en el Código Penal de 1932⁸². Por consiguiente, entendiendo que la calificación jurídica de los hechos es simplemente la de detención ilegal, sin recurrir a los crímenes contra la humanidad que no fueron tipificados hasta 2003, se evitaría vulnerar el principio de legalidad y de irretroactividad.

1.2. Prescripción

Un nuevo escollo que la argumentación de Garzón debe superar será el de la prescripción de los delitos. Como crímenes contra la humanidad, el Auto argumentaba que los hechos en cuestión eran imprescriptibles en virtud de las normas internacionales al respecto⁸³.

Respecto a la calificación de detenciones ilegales, se afirma a su vez que los hechos no han prescrito. El Auto argumenta que el tipo de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima constituye un delito de consumación permanente⁸⁴, por lo que la acción típica se extiende en el tiempo y no finaliza hasta que se localice al desaparecido. Ello

⁸¹ Zapico Barbeito, M., “La investigación de los crímenes del franquismo: entre el procesamiento por prevaricación abierto contra el Juez Baltasar Garzón y la querrela presentada en Argentina en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, p. 898,

⁸² Recogido en nuestro Código Penal actual en los arts. 163, 166 y 167.

⁸³ El Auto únicamente citaba como normativa internacional al respecto el *Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad*, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos en su 61 sesión de Naciones Unidas de 8 de febrero de 2005 (Doc. ONU E/CN 4/2005/102).

⁸⁴ La doctrina entiende más bien que se trata de un delito de consumación instantánea, pero de efectos permanentes – Zapico Barbeito, M., “La investigación...”, cit., pp. 904.

implicaría que el plazo de prescripción no empieza a surtir efecto hasta que no se comunique el paradero de las víctimas. Al no haber sido localizadas los desaparecidos todavía, el Auto concluye que no han prescrito los delitos.

1.3. Ley de Amnistía de 1977

Otra importante cuestión a la que debe hacer frente el magistrado es la Ley de Amnistía de 1977. El Auto negaba que la Ley fuese aplicable al caso en virtud de los Tratados Internacionales suscritos por España, como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos⁸⁵ o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁶, este último ratificado meses antes de la aprobación de la Ley de Amnistía. En estos tratados se recoge la obligación de los Estados de establecer recursos efectivos para la persecución de las vulneraciones de derechos contemplados en los mismos⁸⁷. Por tanto, la Ley de Amnistía vulneraría tal obligación, al impedir la investigación de posibles crímenes contra la humanidad. Además, se hacía referencia en el Auto a la jurisprudencia de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁸, en la que se establecía la inadmisibilidad de las amnistías en los supuestos de graves violaciones de derechos humanos. El Auto concluye considerando que *“cualquier ley de amnistía que buscara eliminar un delito contra la humanidad [...], sería nula de pleno derecho y por ende no se aplicaría al supuesto”*.

También se niega la aplicabilidad de la Ley de Amnistía en base al carácter permanente del delito de detención ilegal. Por su naturaleza, como decíamos, la acción típica se sigue extendiendo hasta la fecha de hoy, por lo que no resulta aplicable a este supuesto la amnistía.

1.4. Extinción de la responsabilidad penal

Otro aspecto del Auto que generó una gran polémica fue la inclusión de una lista de individuos que, a priori, se identifican como responsables de los crímenes descritos. La

⁸⁵ Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el BOE el 10 de octubre de 1979.

⁸⁶ Ratificado por España el 27 de abril de 1977 y publicado en el BOE el 30 de abril de 1977.

⁸⁷ Art. 2.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸⁸ En el Auto se cita en concreto el Caso Barrios Altos contra Perú, del que ya se habló en el Capítulo I.

lista estaba encabezada por Francisco Franco Bahamonde, seguida del nombre de 34 generales del bando nacional. Todo ello, para solicitar al Registro Civil los correspondientes certificados de defunción en aras de determinar la consecuente extinción de la responsabilidad penal.

Era un hecho notorio que los presuntos responsables de los crímenes que se denunciaban habían fallecido y que, por tanto, no podría imponerse ninguna pena. En consecuencia, se crítico a Garzón por usar la vía penal para objetivos diferentes a sus finalidades⁸⁹.

1.5. Otras previsiones

Por último, el Auto autoriza las exhumaciones correspondientes, las cuales se indica que deberán hacerse bajo la dirección judicial. Asimismo, se dispone la creación de un *Grupo de Expertos* y un grupo de Policía Judicial para investigar los hechos denunciados, a modo de comisión de la verdad.

El magistrado, tras comprobar el fallecimiento de Francisco Franco y del resto de generales, y apreciar que efectivamente se había extinguido la responsabilidad penal, se inhibió en favor de los juzgados territoriales en los que se encontraban las fosas cuya apertura autorizó al declararse competente para investigar los hechos.

Pese a esta inhibición, el Ministerio Fiscal presentó un recurso contra el Auto de asunción de competencia de Garzón, el cual sería estimado el 2 de diciembre de 2008 por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁹⁰. De esa forma, el procedimiento abierto por el magistrado quedaba sobreesido, dejando sin efecto el Auto y la inhibición en favor de los juzgados territoriales. En concreto, la Sala entendía que el Juzgado Central de Instrucción no era competente para conocer de los delitos que se denunciaban. Se establecía esta falta de competencia, “*sin perjuicio de la competencia que pudiera*

⁸⁹ Cabe recordar a este respecto que el art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “*constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*”.

⁹⁰ Audiencia Nacional (Penal), sec. 1ª, A 02-12-2008, rec. 34/2008.

corresponder a otros órganos judiciales”, pero no se concretaba a que tribunales les correspondía conocer de estas investigaciones⁹¹.

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Cerrado el caso por la Audiencia Nacional, en mayo de 2009 el Sindicato “Manos Limpias”⁹² presentaría una querrela ante el Tribunal Supremo contra Baltasar Garzón. En concreto, se denunciaba la presunta comisión por parte del magistrado de un delito de prevaricación⁹³ al haber abierto una causa a sabiendas de que no era competente. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo absolvería al acusado en su Sentencia 101/2012, de 27 de febrero de 2012 (STS 101/2012). El Tribunal entendía que el magistrado había cometido un error al incoar el proceso penal, pero no apreciaba que se diesen los elementos del tipo penal del delito de prevaricación⁹⁴. La importancia de esta Sentencia radica, más bien, en que el Tribunal entra en el fondo del asunto respecto a la perseguibilidad de los delitos del franquismo⁹⁵.

2.1. Principio de legalidad y de irretroactividad

En cuanto al principio de legalidad y la irretroactividad de las normas penales desfavorables al reo, se argumenta en la STS 101/2012 que los hechos no pueden ser

⁹¹ Un voto particular suscrito por tres magistrados criticaba esta circunstancia: *“Al clausurar el proceso en su primer momento sin señalar el cauce para la competencia de otro órgano de la jurisdicción no se ha atendido -tras tantos años de silencio e impunidad impuestos- al derecho de acceso a la justicia y a una tutela efectiva de los derechos de los que son portadores las víctimas y sus asociaciones, entre ellos el derecho a una investigación adecuada. Si se hubiera producido una denegación de justicia, ello podría determinar la responsabilidad internacional del Estado español, y el poder jurisdiccional es Estado y está en condiciones de asumir dicha responsabilidad, según ha declarado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que estableció el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”*.

⁹² Se sumaría a la causa posteriormente la Asociación Civil Libertad e Identidad en virtud de una querrela por los mismos hechos.

⁹³ Previsto en el art. 446 del Código Penal.

⁹⁴ Tal y como establece el TS en el Fundamento de Derecho Séptimo: *“la actuación jurisdiccional del magistrado acusado, aunque haya incurrido en exceso en la aplicación e interpretación de las normas, que han sido oportunamente corregidas en vía jurisdiccional, no alcanzan la injusticia de la resolución que requiere el tipo de prevaricación y no merece el reproche de arbitrariedad exigido en la tipicidad del delito de prevaricación objeto de la acusación”*.

⁹⁵ La Audiencia Nacional en el auto de 2008 también entraba a valorar las cuestiones de fondo en términos muy similares a los del Tribunal Supremo.

calificados como crímenes contra la humanidad al no existir este tipo penal en el ordenamiento jurídico español hasta la mencionada reforma del Código Penal en 2003.

Como señalábamos, para salvar la interdicción de retroactividad, Garzón hacía referencia al Derecho penal Internacional consuetudinario, particularmente a la “cláusula Martens”, como marco legal aplicable a los hechos denunciados. Sobre esta cuestión, la Sala arguye que la “cláusula Martens” aparece redactada en términos genéricos, sin establecer ninguna consecuencia jurídica respecto a su inobservancia, por lo que no cabe apreciarla como norma penal sustantiva. Pero, por si hubiese lugar a dudas, el Tribunal concluye que el Derecho Internacional consuetudinario *“no es apto [...] para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles”*, sin perjuicio de su consideración como criterio interpretativo. Para su aplicabilidad, el Tribunal entiende que en el ordenamiento jurídico español es necesaria una trasposición de la norma internacional al derecho interno de acuerdo con el procedimiento establecido en la Constitución⁹⁶. En conclusión, la Sala interpreta que dadas las exigencias del principio de legalidad, no es posible la persecución de los hechos denunciados al no existir un marco legal aplicable al caso.

2.2. Prescripción

En lo relativo a la prescripción de los delitos, el Tribunal considera que se habían cumplido con creces los plazos de prescripción previstos en el art. 131 y siguientes del Código Penal, teniendo en cuenta que los hechos objeto de indagación se remontan a la Guerra Civil, y continúan durante la posguerra hasta 1952⁹⁷.

Además, el Supremo interpreta que no son aplicables al caso las normas internacionales en materia de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, como la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de humanidad, de 26 de noviembre de 1968⁹⁸. En concreto, se argumenta en la STS

⁹⁶ Arts. 93 y ss. CE.

⁹⁷ Estas referencias temporales son las que el auto del magistrado Garzón había tomado para delimitar los hechos denunciados.

⁹⁸ Cabe recordar que esta Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas nunca ha sido ratificada por España. Sin embargo, el principio de imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad está recogido en otros tratados internacionales que sí han sido ratificados por España, como el

101/2012 que los tratados internacionales sobre imprescriptibilidad tienen una aplicación de futuro, no procediendo en ningún caso una interpretación retroactiva de los mismos. A la par, se recuerda que esta exigencia internacional sobre imprescriptibilidad ya ha sido recogida en la normativa interna española⁹⁹, pero sigue operando la interdicción de retroactividad. Es decir, de nuevo en base al principio de legalidad y de irretroactividad de las normas desfavorables al reo, se prohíbe la aplicación de una norma posterior a la comisión de los hechos.

Tampoco admite la Sala que los hechos se califiquen como un delito común de detención ilegal sin dar razón del paradero, pues este tipo agravado de la detención ilegal no fue introducido hasta el Código Penal de 1944¹⁰⁰. Por tanto, en la mayor parte del periodo investigado el tipo no estaba vigente.

En cualquier caso, sobre la argumentación de la permanencia del delito de detención ilegal, el Tribunal entiende que se trata de una “*ficción contraria a la lógica jurídica*”. Se razona en la Sentencia que no resulta plausible argumentar que un detenido ilegalmente en la Guerra Civil, cuyos restos no han aparecido todavía en el siglo XXI, haya seguido detenido más allá del plazo de prescripción máximo (20 años en nuestro Código Penal vigente). Al entender del Tribunal, esta ficción implicaría que las normas de prescripción previstas en la legislación penal no sean aplicables al delito de detención ilegal.

2.3. Ley de Amnistía

Finalmente, la STS 101/2012 destaca que los crímenes investigados sí que se encontraban amparados por la Ley de Amnistía de 1977. Garzón razonaba que dada la consideración de delito permanente, los efectos del ilícito pervivieron incluso después de la Ley de Amnistía de 1977, por lo que no podía ser aplicada a los hechos investigados. Pero como

Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (art. 29), de 17 de julio de 1998, ratificado por España el 19 de octubre de 2000.

⁹⁹ En el art. 131.4 del CP de 1995 ya se establecía la imprescriptibilidad del delito de genocidio. En la reforma del CP introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se establece adicionalmente la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

¹⁰⁰ La Sentencia señala que este tipo penal agravado aparecía en el Código de 1928, desapareció del Código de la República de 1932 para volver a figurar en el Código de 1944.

veíamos, el Tribunal entiende que esto no es más que una ficción jurídica e interpreta que la consumación del delito sí se había producido mucho antes de la entrada en vigor de la ley.

Por otro lado, el Tribunal reconoce que España ha ratificado diferentes Tratados Internacionales en los que se establece la obligación de los Estados de perseguir las violaciones de delitos contra la humanidad, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998¹⁰¹. En ese sentido, el Supremo entiende que las leyes que amnistían crímenes contra la humanidad vulnerarían tales convenios.

Sin embargo, la Sentencia manifiesta que las obligaciones de persecución recogidas en ellos operan frente a las vulneraciones sufridas con posterioridad a la entrada en vigor de los mismos. El Tribunal recuerda a este respecto que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, encargado de la vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha reiterado en diversas ocasiones que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente¹⁰². Añade, al mismo tiempo, que aunque la prohibición de amnistía se interpretarse como norma de *ius cogens* (lo que no comparte), sería una costumbre internacional muy posterior a la entrada en vigor de la Ley de Amnistía, por lo que de nuevo no cabría la aplicación retroactiva de la misma. En definitiva, se establece que la Ley de Amnistía de 1977 es plenamente aplicable al caso porque los convenios internacionales que establecen las obligaciones de persecución son posteriores a la comisión de los hechos.

Además, el Tribunal se pronuncia sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la que hacía referencia Garzón. En ella se establecía la inadmisibilidad de amnistías que impidiesen sancionar a los responsables de violaciones graves de derechos humanos. No obstante, el Tribunal entiende que esa jurisprudencia no vincula a España. Por último, el Supremo recuerda que la Ley de Amnistía fue fruto del consenso total de las distintas fuerzas políticas y símbolo de reconciliación, por lo que nada tiene que ver con las auto-amnistías de algunos regímenes dictatoriales.

¹⁰¹ Ratificado por España el 19 de octubre de 2000.

¹⁰² La Sentencia hace referencia a las resoluciones 275/1998, y 343, 344 y 345 de 1998 del Comité de Derechos Humanos.

2.4. Extinción de la responsabilidad penal

Finalmente, el Tribunal Supremo destaca que la finalidad del proceso penal es la de “*hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito*”. El Supremo entiende que en este caso, en cambio, se pretendía satisfacer el “*derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció*”, teniendo en cuenta que los presuntos responsables habían fallecido y que los delitos habían prescrito o habían sido amnistiados. Añade que la búsqueda de conocer la verdad es una pretensión legítima y necesaria, pero concluye que estas funciones no corresponden a la investigación judicial, sino que son más propias de la investigación histórica.

3. QUERELLA ARGENTINA

Ya avanzamos al comienzo de este capítulo que la Sentencia del Tribunal Supremo respecto al caso Garzón supuso el cierre de la vía de los tribunales españoles a las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura. En efecto, las posteriores denuncias presentadas en sede judicial española, ya fuese para la investigación judicial de los crímenes del franquismo o para la exhumación e identificación de las personas desaparecidas, han sido desestimadas alegando los fundamentos jurídicos desarrollados por el Supremo¹⁰³.

Temiendo este desenlace del caso Garzón, diversas asociaciones de derechos humanos¹⁰⁴ presentaron una querrela en Buenos Aires el 14 de abril de 2010¹⁰⁵, en base al principio de justicia universal¹⁰⁶. La Querrela 4591/2010¹⁰⁷, más conocida como la “*Querrela*

¹⁰³ Chinchón Álvarez, J., “*El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España: Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*”, Universidad de Deusto (ed.), Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 67, Bilbao, 2012, p.130.

¹⁰⁴ La querrela fue efectuada, por un lado, por diez organizaciones no gubernamentales: Asociación de Recuperación de la Memoria Histórica; Abuelas de Plaza de Mayo; Liga argentina por los Derechos del Hombre; Comisión Provincial por la Memoria; Asamblea Permanente por los Derechos Humanos; Centro de Estudios Legales y Sociales; Asociación de Ex Detenidos Desaparecidos; Federación de Asociaciones Gallegas de la República de Argentina; Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales y el Comité de Acción Jurídica. Por otro lado, también la presentaron dos particulares: Darío Rivas Cando e Inés García Holgado. Estas personas denunciaban la muerte de su padre y de tres tíos, respectivamente.

¹⁰⁵ La fecha escogida para presentar la denuncia tenía un especial valor simbólico ya que correspondía con el 70 aniversario de la proclamación de la Segunda República.

¹⁰⁶ El principio de justicia universal se ha venido entendiendo por la doctrina como un principio derivado del Derecho Internacional que, basado en un interés supranacional, posibilita a los tribunales nacionales ejercer la justicia penal, en representación de la comunidad internacional, para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales más graves - Landecho y Molina, “*Derecho Penal...*”, cit. p. 177.

¹⁰⁷ Nominada “*N.N. por genocidio y/o crímenes de lesa humanidad cometidos en España por la dictadura franquista entre el 17 de julio de 1936, comienzo del golpe cívico militar, y el 15 de junio de 1977, fecha*

Argentina”, fue interpuesta ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 1 de la República de Argentina, a cargo de la Jueza María Servini de Cubría.

En concreto, se denunciaba la comisión de crímenes de genocidio y/o lesa humanidad en España entre 1936 y 1977, entre los que se encuentran delitos de torturas, asesinatos, desapariciones forzadas y sustracción de menores. Todo ello dentro de “*un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado de aterrorizar a los españoles partidarios de la forma representativa de gobierno, a través de la eliminación física de sus más representativos exponentes*”¹⁰⁸. A su vez, se negaba en la Querrela la aplicabilidad de la Ley de Amnistía de 1977 a los hechos denunciados. Al tratarse de crímenes internacionales, se argumentaba que la amnistía no amparaba tales supuestos y que debían ser perseguidos de acuerdo a las obligaciones internacionales asumidas por España.

Las razones que llevaron a las víctimas españolas a acudir a Argentina para denunciar tales crímenes fueron de diversa índole. Por un lado, porque Argentina recoge el principio de justicia universal en el art. 118 de su Constitución¹⁰⁹, permitiendo así juzgar crímenes internacionales de especial gravedad cometidos fuera de su Estado. Por otro lado, por el pasado en común de ambos países en la lucha contra la impunidad de los crímenes cometidos durante la dictadura argentina¹¹⁰.

Cabe recordar en este sentido que el ordenamiento jurídico español recogía el principio de justicia universal en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre¹¹¹. Al amparo

de celebración de las primeras elecciones democráticas”. Se encuentra disponible, así como otras resoluciones de la causa argentina en: <https://memoriahistorica.org.es/3-las-victimas-del-franquismo-y-el-principio-de-jurisdiccion-universal-la-causa-argentina/>

¹⁰⁸ La fórmula de “crímenes de genocidio y/o lesa humanidad” hace referencia al debate existente en el Derecho Internacional respecto al tipo delictivo del genocidio. En este delito, se exige de acuerdo con el art. 6 del Estatuto de Roma, la intencionalidad de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, pero no se incluyen en cambio los grupos definidos por su orientación política. Esta omisión, por tanto, ha generado un debate jurídico respecto a si los grupos políticos, como los movimientos opositores al franquismo, constituyen efectivamente un grupo protegido por este tipo penal. El delito de lesa humanidad, reconocido en el art. 7 del Estatuto de Roma, exige que los hechos delictivos se produzcan en el contexto de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, ofreciendo menos dudas respecto a su aplicabilidad al caso de los crímenes del franquismo.

¹⁰⁹ Tal principio será desarrollado en el ordenamiento jurídico argentino por la Ley 26.200 de 13 de diciembre de 2006.

¹¹⁰ Como veíamos en el Capítulo I, los crímenes cometidos durante la dictadura argentina (1976-1983) quedaron impunes durante varias décadas debido a la Ley de Punto Final y la Ley de Obediencia Debida.

¹¹¹ En el texto inicial de la LOPJ se recogía un listado de delitos internacionales sobre los que la jurisdicción española se consideraba competente, aunque el delito se hubiese cometido fuera del territorio español o el

de esta competencia, la justicia española a finales del siglo XX admitió a trámite diversas querellas contra los dirigentes de la dictadura chilena y argentina por la comisión de delitos internacionales. Estas denuncias provenían de representantes argentinos y chilenos, los cuales, ante la imposibilidad de entablar procesos judiciales en sus propios países, habían acudido a los tribunales españoles. Resulta paradójico que fuese el mismo Baltasar Garzón, magistrado en ese momento de la Audiencia Nacional, el encargado de llevar la instrucción de tales denuncias y que el Tribunal Supremo confirmase en 2004 la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar los delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidas en Chile y Argentina¹¹².

El proceso judicial chileno abierto en España conllevó, entre otras cosas, la detención del dictador Augusto Pinochet en Londres en 1998¹¹³. Por otro lado, el caso argentino tuvo entre otros resultados el enjuiciamiento en 2005 al exmilitar argentino Adolfo Scilingo, el cual fue condenado por la Audiencia Nacional a 640 años de prisión por delitos de lesa humanidad¹¹⁴.

Sentados estos antecedentes, la Querella Argentina planteaba en 2010 la situación inversa: ante la imposibilidad de juzgar los crímenes del franquismo en sede judicial española, las víctimas de la dictadura española acudían ahora a los tribunales argentinos en base al principio de justicia universal. En la actualidad, se le han sumado a la causa inicial más de 350 querellas, siguiendo a día de hoy abierto el proceso judicial.

autor o la víctima no fuese nacional. Tras la reforma introducida por la LO 1/2009, se limita la aplicación del principio de justicia universal al exigirse determinados puntos de conexión con España (como por ejemplo, que las víctimas fuesen españolas o que los presuntos autores se encontrasen en España). Posteriormente, la LO 1/2014, de 13 de marzo, limitará aun más el alcance del principio de justicia universal.

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 319/2004, de 8 de marzo de 2004, por la que se confirma la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, terrorismo y torturas en Chile (disponible en: [http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2004-03-08-STs-\(Chile-CasoBrady\)-\(Competencia\)-Sentencia-competencia.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2004-03-08-STs-(Chile-CasoBrady)-(Competencia)-Sentencia-competencia.htm)); y STS 1362/2004, de 15 de noviembre de 2004, por la que se confirma la competencia para el caso argentino (disponible en: [http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2004-11-15-STs-\(Argentina\)-\(Competencia\)-Sentencia-competencia.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/2004-11-15-STs-(Argentina)-(Competencia)-Sentencia-competencia.htm)).

¹¹³ El dictador chileno sería detenido en Londres como consecuencia de una orden de arresto emitida por Baltasar Garzón a la Interpol. Se abrió así un largo y delicado procedimiento en Gran Bretaña para autorizar la extradición de Pinochet a España. Finalmente, el gobierno británico decidía liberar a Pinochet en el año 2000 debido al mal estado de salud del dictador.

¹¹⁴ El TS en la Sentencia 798/2007 elevaba de 640 a 1.084 años la condena de prisión a Adolfo Scilingo al comprobarse su complicidad en otros crímenes contra la humanidad. Esta Sentencia será de especial importancia en el “caso Garzón” de 2008, ya que el Tribunal Supremo parece mantener una postura contradictoria en los dos procesos judiciales. Para más información al respecto ver: Zapico Barbeito, M., “La investigación...” cit. pp. 899-904.

No es objeto de este trabajo detenerse en los pormenores de esta causa judicial¹¹⁵. No obstante, conviene señalar que la jueza Servini, desde la presentación de la querrela en 2010, ha emitido ordenes de arresto internacional contra diferentes ciudadanos españoles como Antonio González Pacheco alias “Billy el niño”¹¹⁶. Todas estas solicitudes han sido sin embargo denegadas tanto por la Audiencia Nacional como por el Gobierno español¹¹⁷, alegando entre otras cosas que los delitos habían prescrito¹¹⁸. Ante esta negativa, la jueza ha solicitado tomar declaración a los presuntos responsables ya fuese en Argentina, en España o de forma telemática, pero de nuevo se ha encontrado con la oposición del Estado español. A la fecha de entrega de este trabajo, la única declaración que ha logrado tomar Servini ha sido la del exministro franquista Rodolfo Martín Villa, el cual, en septiembre de 2020, accedió voluntariamente a declarar de forma telemática respecto a su posible implicación en delitos de lesa humanidad¹¹⁹.

En definitiva, la causa judicial abierta en Argentina se ha encontrado con la falta de colaboración del Estado español, impidiendo así llevar ante la justicia a los presuntos responsables de los crímenes cometidos durante la dictadura. Sin embargo, la Querrela ha obtenido grandes logros en diferentes ámbitos. En el plano de las fosas comunes, por ejemplo, la jueza Servini emitió numerosos exhortos a la justicia española para que se iniciasen las exhumaciones de las personas desaparecidas. De todas estas peticiones, una

¹¹⁵ Para un análisis más en detalle y actual sobre la cuestión ver: Lerena García, A., “Logros y retos de la querrela argentina contra los crímenes del franquismo”, en Cuadrado, J. (ed), *Las huellas del franquismo: pasado y presente*, Comares, 2019, pp. 1307-1332.

¹¹⁶ Billy el Niño, fallecido el 7 de mayo de 2020, fue miembro de la Brigada Político-Social durante la dictadura y es considerado uno de los mayores torturadores de la policía franquista en los últimos años del régimen. Nunca fue juzgado por las presuntas torturas, pero gozó, en cambio, de diversas condecoraciones por sus servicios prestados al Estado.

¹¹⁷ Consejo de Ministros, Referencia 13 de marzo de 2015 – Acuerdo de denegación de extradiciones solicitadas por las autoridades argentinas, p. 41 (disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2015/refc20150313.aspx>; última consulta 13/04/2021).

¹¹⁸ Se argumenta tanto por la Fiscalía como por la Audiencia Nacional que se tratan de hechos aislados, por lo que no pueden ser calificados como delitos de lesa humanidad. De ese modo, se concluye que los delitos han prescrito. Esta argumentación, ha sido duramente criticada al considerar que los delitos denunciados no fueron hechos aislados, sino que ocurrieron dentro de un contexto generalizado de represión a la oposición política.

¹¹⁹ Pérez, F. J., “Martín Villa a la juez argentina Servini: “La Transición fue lo contrario a un genocidio”, *El País*, 3 de septiembre de 2020 (disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-09-03/martin-villa-a-la-juez-argentina-servini-la-transicion-fue-lo-contrario-a-un-genocidio.html> /; última consulta 13/04/2021).

de ellas fue atendida por el Juzgado número uno de Guadalajara, permitiendo así la exhumación e identificación de más de 50 personas¹²⁰.

Por otro lado, la Querrela Argentina ha sido de una importancia vital en el aumento de la presión de la sociedad internacional para que España cumpla con sus compromisos internacionales en el ámbito de los derechos humanos. En la última década se han sucedido recomendaciones, informes y visitas a España de diversos organismos internacionales, denunciando el incumplimiento de sus obligaciones, exigiendo la colaboración con los tribunales argentinos y reclamando que se investiguen y juzguen los crímenes de la dictadura¹²¹.

A este respecto, podemos destacar el Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias realizado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2014:

*“La Declaración exige que el Estado garantice a las víctimas de desapariciones forzadas un recurso efectivo que implique la investigación de oficio seria e imparcial de las desapariciones forzadas a fin de identificar a los presuntos responsables de las mismas e imponerles las sanciones que puedan corresponder. Sin embargo, la combinación de un marco legislativo deficiente, una judicatura que no ha interpretado la ley a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, fiscales que no han impulsado las investigaciones y la presencia de la Ley de Amnistía y en particular, la interpretación judicial dada a dicha Ley, han creado un patrón de impunidad para los casos de desapariciones forzadas ocurridos durante la Guerra Civil y la dictadura. No hay ninguna investigación judicial efectiva en contra de una persona determinada en curso, ni hay persona alguna condenada por las desapariciones durante la Guerra Civil y la dictadura.”*¹²²

El Informe del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2015 también se pronuncia en la misma dirección:

¹²⁰ Baquero, J. M., “Las 105 víctimas del franquismo que han sido exhumadas gracias a Argentina”, *elDiario.es*, 2 de junio de 2017, (disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/victimas-franquismo-argentina-fosas-espana_1_3371381.html; última consulta 14/04/2021).

¹²¹ Lereña García, A., “Logros...” cit. p. 1316.

¹²² Informe del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias: Adición: Misión a España*, 2 Julio 2014, A/HRC/27/49/Add.1, (disponible en <https://www.refworld.org/es/country,,UNHRC,,ESP,,53eb35d74,0.html>; último acceso 15/05/2021).

“El Comité reitera su recomendación en el sentido de que se derogue la Ley de Amnistía o se la enmiende para hacerla plenamente compatible con las disposiciones del Pacto. El Estado parte debe impulsar activamente las investigaciones respecto de todas las violaciones a los derechos humanos del pasado. El Estado parte debe también velar por que en estas investigaciones se identifique a los responsables, se los enjuicie y se les impongan sanciones apropiadas, proporcionales a la gravedad de los crímenes y se repare a las víctimas. El Estado parte debe revisar su legislación relativa a la búsqueda, exhumación e identificación de las personas desaparecidas y, a este respecto, se lo alienta a implementar las recomendaciones del Comité contra la Desaparición Forzada ...”¹²³.

En conclusión, ante la imposibilidad de juzgar los crímenes de la Guerra Civil y la dictadura franquista, las víctimas han acudido a la justicia argentina en base al principio de justicia universal. La denominada Querella Argentina se ha convertido, por tanto, en el único proceso judicial que investiga en la actualidad las violaciones de derechos humanos cometidas durante ese período de tiempo. Pese a la aplicación del principio de justicia universal por parte de España en los crímenes de la dictadura argentina y chilena, el Estado español se ha negado ahora a colaborar con los tribunales argentinos. No obstante, la Querella Argentina ha supuesto un avance significativo en la lucha contra la impunidad al haber dado una mayor visibilidad internacional a la problemática de la falta de justicia respecto a los crímenes de la dictadura española.

¹²³ Informe del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España”, 14 de agosto de 2015, CCPR/C/ESP/CO/6 (disponible en <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICaQhKb7yhsqX7R5nHBFqJOu4nx7MjbHJAiPJpIxP8%2Bk%2BsXvixZUFiczgBcJ%2B9knj92Cy1WTus2%2BOrbYnUfXNsDX25cf%2FBq%2FVK7EdJFS2LkS23hE4P01> ; última consulta 14/04/2021).

CONCLUSIONES

La transición española ha sido caracterizada frecuentemente como un proceso modélico de reconciliación nacional. No obstante, parece más apropiada concebirla como un proceso de olvido mutuo o de amnesia colectiva. La Ley de Amnistía de 1977 establecía durante el proceso constituyente el olvido penal de los delitos cometidos durante la dictadura. Se amnistiaban así los delitos de los opositores al régimen en los que se apreciase una intencionalidad política. Pero al mismo tiempo, y como moneda de cambio, se amnistiaba la represión de los agentes y funcionarios de la dictadura contra esa misma oposición. De esta forma, se buscaba favorecer el éxito de una transición marcada por el complejo contexto social que vivía el país en aquel momento. Pese a esta voluntad inicial de establecer las bases para una nueva convivencia democrática, la Ley de Amnistía de 1977 se ha convertido en la actualidad en uno de los argumentos principales para denegar el acceso a la justicia a las víctimas de la represión franquista.

Desde la Ley de Amnistía, no ha habido en España ninguna iniciativa legislativa destinada a depurar responsabilidades por los crímenes del franquismo o a crear comisiones de investigación o comisiones de la verdad. Sin embargo, el Estado comenzó a adoptar de forma gradual una serie de medidas compensatorias e indemnizatorias a las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura. Entre ellas, destaca la Ley de Memoria Histórica, la cual, pese a toda la polémica que generó en su día, no ha supuesto un cambio significativo frente a las medidas indemnizatorias adoptadas hasta el momento.

Se ha continuado de este modo con la tendencia de concebir la reconciliación nacional exclusivamente como una reparación de las víctimas a través de indemnizaciones. Para más inri, el Tribunal Constitucional ha pervertido el deber de reparación y la condición de víctima, al considerar que estas prestaciones, no son propiamente indemnizaciones, sino que se trata más bien de ayudas sociales. Las víctimas son entendidas, por tanto, como meras receptoras de la gracia del Estado, excluyendo así toda responsabilidad patrimonial del Estado español por los perjuicios generados a las víctimas de la dictadura. Ante la ausencia de una verdadera voluntad por parte del Poder Legislativo de perseguir las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura, innumerables víctimas han tratado de acceder a los tribunales en búsqueda de verdad, justicia y reparación. Las demandas presentadas son de diversa índole, pero tienen todas ellas como

elemento en común la exigencia de que España cumpla con las obligaciones internacionales asumidas en materia de derechos humanos.

El proceso judicial más relevante en este contexto fue el conocido como “Caso Garzón”. Dicho proceso iniciaba en 2008 con un Auto por el que el magistrado, Baltasar Garzón, se declaraba competente para investigar presuntos crímenes contra la humanidad, como consecuencia de las desapariciones forzadas acaecidas a lo largo de la Guerra Civil y la dictadura. El caso finalmente acabaría con una sentencia del Tribunal Supremo en 2012, en la que si bien la cuestión central era la de apreciar la posible comisión de un delito de prevaricación por parte de Garzón, el alto Tribunal entraba a valorar la posibilidad de perseguir los delitos del franquismo.

El debate jurídico-penal entre el Auto de Garzón y la Sentencia del Supremo respecto a la perseguibilidad de los delitos del franquismo girará en torno a tres cuestiones principales: el principio de legalidad y de irretroactividad de las normas penales desfavorables al reo; la prescripción de los delitos; y la Ley de Amnistía de 1977. Mientras que Garzón entiende que se trataban de delitos reconocidos en el Derecho Internacional Consuetudinario, siendo a su vez imprescriptibles y no susceptibles de ser amnistiados; el Supremo argumenta que los delitos no se encontraban tipificados en el momento de su comisión y que en todo caso habían prescrito y se encontraban amparados por la Ley de Amnistía de 1977.

La Sentencia del Tribunal Supremo suponía el fin de la vía de los tribunales españoles a las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura. Ante esta situación, las víctimas han acudido a la justicia argentina en base al principio de justicia universal. La denominada Querrela Argentina se ha convertido, por tanto, en el único proceso judicial que investiga en la actualidad las violaciones de derechos humanos cometidas durante ese período de tiempo. Pese a los obstáculos que ha planteado el Estado español para que esta causa no avance, la Querrela Argentina ha obtenido grandes logros en la lucha contra la impunidad de los crímenes de la dictadura española. Particularmente, la Querrela ha atraído la atención de la comunidad internacional respecto a la situación de las víctimas del franquismo y la falta de investigaciones judiciales en ese ámbito. Gracias a ello, en los últimos años, se han sucedido informes y recomendaciones de organismos internacionales en los que se insta a España a que, entre otras cosas, derogue la Ley de Amnistía de 1977

y lleve a cabo las investigaciones judiciales oportunas respecto a las violaciones de derechos humanos producidas en el pasado.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad don Juan Carlos de Borbón como Rey de España.

Real Decreto-ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia.

Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general.

Diario de Sesiones del Congreso de Diputados núm. 24, Sesión Plenaria Núm. 11, celebrada el viernes 14 de octubre de 1977.

Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.

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.

Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, aprobado el 15 de septiembre de 2020 por el Consejo de Ministros (disponible en <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Paginas/VSGT2020/a-pl-memoria-democratica.aspx>).

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos contra Perú*, de 14 de marzo de 2001 (disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf).

Diligencias Previas -Procedimiento Abreviado 399/2006 V, del Juzgado Central de Instrucción N.º 5 de la Audiencia Nacional (disponible en http://estaticos.soitu.es/documentos/2008/10/auto_memoria_historica.pdf).

Sentencia del Tribunal Supremo (Penal) núm. 101/2012, de 27 de febrero (versión electrónica - base de datos LEFEBVRE, EDJ 2012/17095)

3. OBRAS DOCTRINALES

Aguilar Fernández, P. “Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española”, en Barahona de Brito, A., Aguilar, P., y González Enríquez, C. (Eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, Madrid, 2002.

Chinchón Álvarez, J., “*El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España: Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*”, Universidad de Deusto (ed.), Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 67, Bilbao, 2012.

Clavero, B., *España 1978: La amnesia constituyente*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2014.

Cuesta, J.: “Recuerdo, silencio y amnistía en la transición y en la democracia española (1975 - 2006)”, en *Studia Histórica. Historia contemporánea*, núm. 25, 2007, pp. 125-165.

Cuesta, J. y Odriozola, M., “Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-08, 2018, pp. 1-38.

Donde Matute, J.; “El concepto de impunidad: Leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos K., Elsner K., Malarino E. (Eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad- Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2010, pp. 263-293.

Escudero Alday, R., “Ámbito jurídico”, *Asociación para la recuperación de la memoria histórica* (disponible en <https://memoriahistorica.org.es/ambito-juridico/>).

Escudero Alday, R., “La búsqueda de la justicia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Asociación para la recuperación de la memoria histórica* (disponible en <https://memoriahistorica.org.es/4-la-busqueda-de-la-justicia-ante-el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos/>).

Escudero Alday, R., “La lucha contra la nulidad de las sentencias y condenas franquistas”, *Asociación para la recuperación de la memoria histórica*, (disponible en <https://memoriahistorica.org.es/1-la-lucha-por-la-nulidad-de-las-sentencias-y-condenas-franquistas/>)

Gil Gil, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009.

Juliá, S., “¿Culturas o estrategias? Notas sobre violencia política en la España reciente” en Carnicero Herreros C. y Rivera A. (eds.), *Violencia política. Historia, memoria y víctimas*, Madrid, Instituto Universitario Valentín de Foronda y Maia Ed., 2010, pp. 167-190.

Juliá, S., “Echar al olvido. Memoria y amnistía en la transición de la democracia”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 129, 2003, pp. 104-125.

Juliá, S., “Memoria, historia y política de un pasado de guerra y dictadura”, *Memoria de la guerra y del franquismo*, Madrid, Taurus y Fundación Pablo Iglesias, 2006, pp. 27-77.

Landecho Velasco, C. M. y Molina Blázquez, C., *Derecho Penal Español: Parte General*, 10ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2017.

Lerena García, A., “Logros y retos de la querrela argentina contra los crímenes del franquismo”, en Cuadrado, J. (ed), *Las huellas del franquismo: pasado y presente*, Comares, 2019, pp. 1307-1332.

Moreno Fonseret, R. y Candela Sevilla, V.F., “Amnistía y (Des)memoria en la transición española” *e-I@tina. Revista electrónica de estudios latinoamericanos*, vol. 16, núm. 64, 2018.

Moreno Fonseret, R. y Candela Sevilla, V.F., “Imprescriptibilidad vs impunidad en la transición española”, *Revista En-Contexto*, vol. 6, núm. 9, 2018, pp. 233-249.

Norris, R.E.; “Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: una respuesta legal”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 15, 1992, pp. 47-121.

Orza Linares, R. M., “Amnistías e indultos durante el franquismo y la transición”, en Pérez Juan, J. A. y Moreno Tejada, S. (coords.), *Represión y orden público durante la II República, la Guerra Civil y el Franquismo. Una visión comparada*, Aranzadi, 2019, pp. 115-162.

Puche Gil, J.: “Las reparaciones económicas de la democracia por privación de libertad durante la dictadura franquista: otra fuente para investigar la represión de estado del franquismo”, *Historia Actual Online*, núm. 31, 2013, pp. 79-92

Reig Tapia, A., “La represión franquista y la guerra civil: consideraciones metodológicas, instrumentalización política y justificación ideológica” Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, 1983, Serie Tesis Doctorales.

Reyes Mate, M.: “Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación”. Anthropos, Barcelona, 2008

Tamarit, J., “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, *Política Criminal*, vol. 7, n. 13, 2012, pp. 74 - 93

Tamarit, J., “Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 43-65. doi:dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.02

Urquijo, M., “La memoria negada: la encrucijada de la vía institucional en el caso del Gobierno Vasco y las víctimas del franquismo”, *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 6, 2006.

Vallès Muñio, D., “Amnistía y responsabilidad civil”, *InDret: Revista para el Análisis de Derecho*, núm. 1, 2004.

Zapico Barbeito, M., “La investigación de los crímenes del franquismo: entre el procesamiento por prevaricación abierto contra el Juez Baltasar Garzón y la querrela presentada en Argentina en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 891-930.

4. RECURSOS DE INTERNET

Baquero, J. M., “Las 105 víctimas del franquismo que han sido exhumadas gracias a Argentina”, *elDiario.es*, 2 de junio de 2017, (disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/victimas-franquismo-argentina-fosas-espana_1_3371381.html).

Consejo de Ministros, Referencia 13 de marzo de 2015 – Acuerdo de denegación de extradiciones solicitadas por las autoridades argentinas, p. 41 (disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/Paginas/2015/refc20150313.aspx>; última consulta 13/04/2021).

Informe del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España”, 14 de agosto de 2015, CCPR/C/ESP/CO/6 (disponible en <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsqX7R5nHBFqJOu4nx7MjbHJAiPJpdxsP8%2Bk%2BsXvixZUFiczygBcJ%2B9knj92Cy1WTus2%2BOrbYnUfXNsDX25cf%2FBq%2FVK7EdJFS2LkS23hE4P01>).

Informe del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias: Adición: Misión a España*, 2 Julio 2014, A/HRC/27/49/Add.1, (disponible en <https://www.refworld.org/es/country,,UNHRC,,ESP,,53eb35d74,0.html>).

Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, “*El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*”, 3 de agosto de 2004 (S/2004/616), (disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/527647?ln=es>).

Pérez, F. J., “Martín Villa a la juez argentina Servini: “La Transición fue lo contrario a un genocidio”, *El País*, 3 de septiembre de 2020 (disponible en: <https://elpais.com/espana/2020-09-03/martin-villa-a-la-juez-argentina-servini-la-transicion-fue-lo-contrario-a-un-genocidio.html> /).