

JUSTÍCIA TRANSICIONAL I IMPUNITAT DEL RÈGIM FRANQUISTA

MEMORIA

VERDAD

JUSTICIA

Laura Mercader Pastor

Tutora: Mercedes García Arán

UAB, Grau en Dret, 4t Curs

13/05/2016

ÍNDIX

1. INTRODUCCIÓ	2
2. ELS ANTECEDENTS: LA GUERRA CIVIL ESPANYOLA	4
3. ELS CRIMS DURANT EL RÈGIM FRANQUISTA.....	5
3.1. Les víctimes i els delictes.....	5
3.2. Legislació aplicable.....	6
3.2.1. Legislació internacional	7
3.2.2. Legislació espanyola	10
4. LA MEMÒRIA HISTÒRICA.....	12
4.1. La justícia transicional	12
4.2. La Llei de Memòria Històrica de 2007	16
4.3. La Llei d'Amnistia de 1977 i la Transició	19
4.4. La satisfacció o no a Espanya del dret a saber, a la reparació i la justícia.	21
5. EL PROCÉS DAVANT L'AUDIÈNCIA NACIONAL L'ANY 2006.....	25
5.1. El procés penal: de l'Audiència Nacional al Tribunal Suprem	25
5.2. Qüestió processal: inhibició a favor dels jutjats territorials centrals	27
5.3. La posició de la Justícia espanyola: els arguments del jutge Garzón i del Tribunal Suprem	28
5.3.1. La qualificació jurídica del delictes i la retroactivitat o irretroactivitat de la llei penal	29
5.3.2. La permanència i prescripció o no de la desaparició forçada de persones	33
5.3.3. L'aplicació o no de la Llei d'Amnistia de 1977	36
5.3.4. Dret a la veritat o dret a la justícia: especial referència a l'argument del TS	39
6. EL RECURS A LA JUSTÍCIA UNIVERSAL: L'ACTUACIÓ DE LA JURISDICCIÓ ARGENTINA	42
7. VALORACIÓ I CONCLUSIÓ	45
9. BIBLIOGRAFIA.....	48

1. INTRODUCCIÓ

A l'hora de realitzar el treball vaig saber, ja des del començament, que la temàtica giraria al voltant del Dret Penal i que miraria, en la mesura que fos possible, d'enllaçar-lo amb la seva vessant internacional més humanitària. En aquest punt, i donat el meu interès per la història i la política, va anar agafant forma la idea de relacionar la justícia universal amb els crims del franquisme, fins que, a base d'anar-me documentant, vaig topar amb un concepte del qual no n'havia sentit a parlar i que seria la clau del meu treball: la justícia transicional.

D'aquesta manera, amb el següent treball presento una recerca de tipus documental dirigida a l'anàlisi del tractament i respostes que la justícia espanyola ha donat als delictes comesos durant la Guerra Civil espanyola i la Dictadura, així com dels mecanismes que l'Estat ha propiciat per tal de reparar les víctimes del franquisme.

Aquest marc, a més de perseguir un objectiu de caire jurídic, m'ha permès estudiar-lo de la mà de la memòria històrica i, així, analitzar amb perspectiva l'estreta relació que guarda la construcció de la societat i de la política espanyola amb la configuració de seu ordenament jurídic, així com la posició que en general han adoptat els aparells de l'Estat espanyol a l'hora d'estudiar i entendre el seu passat.

És per això que l'estudi d'aquest treball se centra en l'actuació de la justícia espanyola sobre els crims de la Guerra Civil i el franquisme, com també en els mecanismes jurídics dels qual s'ha valgut per determinar-ne la impossibilitat de tractar-los judicialment i, a més, recull les opinions més crítiques que s'han suscitat al respecte i les eventuais solucions a la impunitat.

Quant a l'estructura, el treball es dividirà de la següent manera: Els dos primers apartats, per començar, els dedicaré a exposar el context històric de la Guerra Civil espanyola i la Dictadura, que permetran entendre la magnitud de la repressió franquista, conèixer l'escandalosa xifra de víctimes dels crims del règim, i apropar-nos al marc legislatiu dins el qual han de situar-se les actuacions delictives de la barbàrie feixista espanyola.

En segon lloc, a la llum de la memòria històrica, estudiaré els mecanismes de la justícia transicional duts a terme per l'Estat espanyol i, fent una especial menció a la

Llei de Memòria Històrica de 2007 i la Llei d'Amnistia de 1977, miraré de resoldre si a Espanya s'han complert les exigències internacionals de satisfer els drets la veritat, a la justícia i a la reparació de les víctimes dels crims del franquisme.

Seguidament, provaré de desenvolupar l'intent de judicialització d'aquests crims als tribunals espanyols durant el procés judicial seguit a l'Audiència Nacional el 2006, i tot això esgrimint els raonament jurídics del jutge Baltasar Garzón i del Tribunal Suprem que, en definitiva, conformen la clau jurídica del treball.

I, per acabar, explicaré el recurs a la justícia universal de les víctimes que acudiren a la jurisdicció Argentina com a instrument de la justícia transicional i com a conseqüència de les barreres de la justícia espanyola. Així, l'anàlisi d'aquests apartats permetrà arribar a una sèrie de conclusions que faran plantejar quin és l'abast de l'herència de la Dictadura franquista i si Espanya es troba a l'alçada de les necessitats del Dret internacional.

2. ELS ANTECEDENTS: LA GUERRA CIVIL ESPANYOLA

El 17 de juliol de 1936, la rebel·lió militar que s'alçà contra el govern de la Segona República portà a la Guerra Civil espanyola, que acabà el 1939. Els vencedors, encapçalats pel general Francisco Franco, durant el conflicte armat i la posterior dictadura que van implantar al derrotar al bàndol republicà, dugueren a terme una persecució dels defensors de la República i, de la mà del terror i la violència, vertebraren un Estat totalitari que durà quaranta anys.

Dels anys 1936 fins el 1952, els efectes del franquisme varen ser de tal magnitud que es traduïren en un pla sistemàtic de repressió que es dugué a terme en tres etapes: una primera de repressió massiva a través dels bàndols de guerra, des del 17 de juliol de 1936 fins el febrer de 1937; una segona de Consells de Guerra Sumaríssims d'Urgència entre el març de 1937 i els primers mesos de 1945; i una última d'acció repressiva entre 1945 i 1952¹. Per dur a terme la persecució, els colpistes utilitzaren dos instruments: els bàndols de guerra i els consells de guerra, a l'empara dels quals tot va estar permès.

Tant és així que aquests bàndols, formats per grups organitzats dirigits per membres de Falange, Acción Popular, Renovación Española -entre d'altres-, així com d'autoritats militars rebels, detenien i assassinaven sistemàticament a aquells que consideraven enemics de l'alçament. En particular, en aquest context es produïren "presumptes delictes de detenció il·legal, fonamentalment per l'existència d'un pla sistemàtic i preconcebut d'eliminació d'oponents polítics a través de morts, tortures, exili i desaparicions forçades (detencions il·legals) de persones a partir de 1936, durant els anys de guerra civil i els següents a la postguerra, produïts en diferents punts de la geografia espanyola".²

¹ LÓPEZ LÓPEZ, Pedro, "Los crímenes del franquismo y el derecho internacional". *Derecho y Realidad*, nº 20, p. 287 (2013), basant-se l'Auto del Jutge Garzón de 16 d'octubre de 2008 i la querella interposada a Argentina el 2010.

² Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 de l'Audiència Nacional, Diligències Prèvies Procediment Avreujat núm. 399/2006, Auto de 16 d'octubre de 2008. Fets primers.

3. ELS CRIMS DURANT EL RÈGIM FRANQUISTA

3.1. Les víctimes i els delictes

La violència militar, però, va seguir aplicant-se pels dirigents franquistes més enllà del final de la guerra i tot i que el període més cruent de la repressió durà fins a dècada dels cinquanta, la duresa del règim continuà aplicant-se fins la mort de Franco, el 1975, a través de la restricció de drets i llibertats i el poder coactiu de l'Estat. Així, execucions, tortures i desaparicions de víctimes seguien sent habituals.

A tall d'exemple, és interessant mencionar el cas d'Enrique Ruano, un estudiant de Dret i militant antifranquista assassinat l'any 1969 a mans del règim franquista en circumstàncies no esclarides. Va ser detingut per la policia per repartir propaganda sindical i la versió oficial donada pel govern de Franco fou que Ruano va suïcidar-se, però es creu que, en realitat, haurien estat els policies els que llançaren per una finestra el pres. Les sospites vénen donades arrel de declaracions de testimonis i donat que s'ha demostrat que falsificaren un diari personal de l'estudiant que plasmava unes presumptes tendències suïcides així com que el cadàver tenia una ferida de bala.

A causa del caràcter institucionalitzat i burocràtic del règim, avui en dia podem saber, a través de rastres documentals³, que les víctimes d'aquests delictes eren jutjades sense cap garantia jurídica a la llum de la justícia militar impartida a través dels consells de guerra. És per això que podem afirmar que la repressió franquista, a més de perllongada, va ser metòdica i ordenada, i que els autors d'aquests crims eren autoritats a càrrec dels dirigents, els quals eren conscients i coneixedors de la seva actuació.

Després d'anys d'atrocitats franquistes silenciades, avui podem parlar de xifres de víctimes de la repressió franquista. Amb tot, és impossible donar un número exacte de víctimes de la Guerra Civil espanyola i el franquisme, donat que durant la guerra, a les zones controlades pel bàndol republicà, les morts es registraven minuciosament, però a les zones del front nacional, el número de morts només es feia constar en els casos d'execucions dels Consells de Guerra Sumaris. Aquest és el principal obstacle

³ DIGÓN MARTIN, Raül; DUEÑAS ITURBE, Oriol, "La responsabilidad del Estado ante las víctimas del franquismo y el papel del poder judicial", *Revista Mientras tanto*, p. 6 (2012) a: <http://www.mientrastanto.org/sites/default/files/pdfs/2155.pdf> [visitat el 19/01/2016].

amb el qual topen els historiadors a l'hora de calcular seriosament les xifres de víctimes, però tal i com explica Paul Preston⁴, des de la mort de Franco s'han fet esforços enormes per recuperar la documentació que es conservava en algunes zones, i és gràcies a aquesta exhaustiva recerca i als records dels supervivents que avui en dia pot determinar-se un número prou seriós d'assassinats produïts a les zones nacionals. Dels estudis realitzats per províncies sobre l'escala de repressió del bàndol franquista se n'estima una xifra de 130.000 execucions judicials il·legítimes i 50.000 assassinats duts a terme sense ni tan sols un simulacre de judici.

Durant la Dictadura, a més de les múltiples víctimes assassinades a mans dels dirigents franquistes, els mètodes que Franco utilitzà per instaurar el seu poder van ser de tot tipus. Les tortures eren a l'ordre del dia al règim penitenciari franquista, on els presos hi restaven en condicions de fam i terror. A aquestes víctimes se'ls ha d'afegir aquelles persones assassinades els cadàvers de les quals mai ningú va reconèixer i que avui no podem saber on es troben. I és que la manca d'enregistrament i sistematització en l'ocultació de morts va comportar que milers de víctimes desapareguessin o s'enterressin en fosses comunes col·lectives repartides per tota Espanya i sense que la seva mort fos inscrita als Registres Civils.

En suma, el número total de víctimes de desaparició forçada oscil·la entre les 100.000 i les 150.000, fet que situa a Espanya com a segon en el rànquing mundial de països en número de desapareguts, encapçalat per Cambodja. A l'Auto de 16 d'octubre de 2008, el jutge Baltasar Garzón recull les xifres de desapareguts per comunitats autònomes i l'eleva a 114.266⁵.

3.2. Legislació aplicable

El caràcter sistemàtic i generalitzat que va marcar la repressió franquista comporta que molts sectors de la doctrina estiguin d'acord en posar en el punt de mira dels crims del franquisme en el seguit d'actuacions que s'enquadren dins el delictes de desaparició forçada. Aquest es configura com un "atemptat múltiple als drets humans:

⁴ PRESTON, Paul, *La Guerra Civil española*, Trad. BELTRÁN, Jordi, Barcelona: Debate, 2006, p. 308.

⁵ Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 de l'Audiència Nacional, Diligències Prèvies Procediment Abreujat núm. 399/2006, Auto de 16 d'octubre de 2008. Raonament jurídic cinquè.

afecta a la llibertat, al dret a un procés degut i a la dignitat de la víctima i dels seus familiars, posant en perill la vida i la integritat física i convertint-se en l'escenari perfecte per patir tortures i tractes inhumans⁶”. Tal com explica Araceli Manjón-Cabeza Olmeda⁷, és la forma idònia per crear un clima de terror, donat que té com a objectiu que no se sàpiga si la víctima és viva o morta ni on es troba, així com que no s'hagi d'informar a la família en cas de mort del desaparegut.

En aquest punt, la magnitud de la tragèdia ens obliga a plantejar-nos com han de tractar-se i qualificar-se el seguit de delictes esmentats, si com a delictes comuns o, a més, com a crims contra la humanitat, decidint si hem d'enquadrar-los dins el Dret internacional, o bé limitar-nos a estudiar-los des de l'òptica de la legislació espanyola interna. És aquest el punt inicial del que parteixen els diferents autors que han mirat de donar una resposta al tractament dels crims del franquisme, ja que aquesta localització els ha permès determinar-ne la legislació aplicable i aportar, així, la gran varietat de solucions a l'enjudiciament d'aquests delictes.

3.2.1. Legislació internacional

N'és molta la doctrina que cataloga els delictes comesos com a crims de la humanitat, crims de guerra, genocidi, i delictes de Terrorisme de l'Estat. Però per analitzar el seguit de normes internacionals que podrien ser aplicables als crims comesos durant la Guerra Civil espanyola i el franquisme, ha d'entendre's primer que el Dret internacional ha posat de manifest la il·licitud i la prohibició de determinats actes i els ha reconegut com a crims contra el Comunitat internacional. A més, normes de *ius cogens* ja considerades com a obligatòries pel Dret internacional consuetudinari han estat recollides i desenvolupades a diferents tractats.

En aquest marc, els crims de lesa humanitat són estimats com a delictes de Dret internacional i la naturalesa i condicions de la seva responsabilitat queda establerta per la Comunitat internacional, més enllà del que pugui establir-se a la legislació interna dels Estats. Per qualificar-los, els requisits que s'han esgrimit han estat, d'una banda, la comissió sistemàtica o a gran escala, i d'altra, que siguin instigats per un Govern o per

⁶ MANJÓN.CABEZA OLMEDO, Araceli, “2012: Las posibilidades legales de la memoria histórica”, *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, nº 14-12, p. 9 (2012).

una organització política⁸. És a raó d'aquesta consideració, així com de la nombrosa legislació internacional, que s'ha argumentat a favor de la subsumció dels delictes del franquisme en crims de lesa humanitat, atès que, com s'ha dit, van efectuar-se d'acord amb un pla o política preconcebuda i es van dirigir a múltiples víctimes.

En aquest sentit, he pres de referència l'estudi que en fa Pedro López⁹ -que enumera molt detalladament el seguit de tractats i normes internacionals consuetudinàries que recullen aquests delictes-, com també diversos treballs de diferents autors que exposen les disposicions jurídiques que expliquen perquè els actes comesos durant la Guerra Civil espanyola i el franquisme han de tractar-se com a delictes d'envergadura internacional:

1. Clàusula Martens (1899): es tracta d'una disposició que recull una norma *de ius cogens*¹⁰ que reconeix els crims contra la humanitat com a Dret consuetudinari. S'incorporà al Preàmbul del Conveni de la Haya de 1899 relatiu a les Lleis i Costums de la Guerra Terrestre i va ser ratificada per Espanya el novembre de 1900. Estableix que “a l'espera d'un Codi més complet de les lleis de guerra pugui ser dictat, les Altes Parts Contractants jutgen oportú fer constar que en els casos no compresos en les disposicions reglamentàries adoptades per ells, els pobles bel·ligerants queden sota la salvaguarda i l'imperi del Dret de Gents, tals com resulten els usos establerts entre nacions civilitzades, de les lleis de la humanitat i de les exigències de la consciència pública”, així com que “cap crim contra la humanitat no podrà quedar impune per no estar previst a la legislació”¹¹.

⁸ AMNISTIA INTERNACIONAL, “España: poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil española y del régimen franquista”, *Sección Española de Amnistía Internacional*, p. 23 (2005).

⁹ LÓPEZ LÓPEZ, Pedro, “*Los crímenes*”, cit. p. 7

¹⁰ ZAPICO BARBEITO, Mónica, “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 Faculta de de Derecho de la Universidad de La Coruña*, nº 14, p. 897 (2010).

¹¹ Art. 4.2 de la Clàusula Martens.

2. Estatut del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1950): defineix per primer cop els crims de la humanitat i s'aplicà retroactivament als crims comesos des de 1933, per entendre'ls de Dret internacional consuetudinari¹². En el seu art 6 els descriu com a “assassinat, exterminació, esclavitud, deportació i altres actes inhumans comesos contra la població civil abans o durant la guerra o persecucions per raons polítiques, racials o religioses en execució de o en connexió amb qualsevol crim dins de la jurisdicció del tribunal, ja sigui o no sigui violació de les lleis Nacionals del país en la foren perpetrades”. Aquesta primera incriminació dels crims contra la humanitat en el Dret internacional positiu a l'Estatut va ser confirmada a la Resolució 95 (I) d'11 de desembre de 1946 de l'Assemblea General de les Nacions Unides¹³.

3. Estatut de Roma de la Cort Penal Internacional (1998): de la mateixa manera, recull, en el seu article 7.1, la definició de crim de lesa humanitat: “s'entendrà per crim de lesa humanitat qualsevol dels actes següents quan es cometi per part d'un atac generalitzat o sistemàtic contra una població civil i amb coneixement de tal atac: (...) a) assassinat; b) deportació o trasllat forçat de població; (...) e) empresonament o privació greu de llibertat física en violació de normes fonamentals de Dret internacional; f) tortura; (...) h) persecució d'un grup o col·lectivitat amb identitat pròpia fonamentada en motius polítics, racials, nacionals, ètnics, culturals, religiosos, de gènere, o altres motius universalment reconeguts; i) desaparició forçada de persones”, i en l'article 7.2, la definició de desaparició forçada: “l'aprehensió, la detenció o el segrest de persones per un Estat o una organització polític, o amb la seva autorització, suport o aquiescència, seguit de la negativa a informar sobre la privació de la llibertat o donar informació sobre la sort o el parador d'aquestes persones, amb la intenció de deixar-los fora de l'empara de la llei per un període prolongat”.

¹² Art 6.c) de l'Estatut del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945.

¹³ ZAPICO, “*La investigación*”, cit. p. 897.

4. Convenció per a la Prevenció i la Sanció del Delicte de Genocidi (1948): declara que el genocidi és un delicte de Dret internacional i contempla el trasllat per la força de nens d'un grup a un altre grup¹⁴.
5. Resolució 828 de 26 de setembre de 1984 del Consell d'Europa i Observació general 20 del Comitè de Drets Humans de Nacions Unides, de 10 de març de 1992: es tracta de recomanacions internacionals fetes a Espanya que declaren que la desaparició forçada és un crim contra la humanitat i no pot ser considerat com a delicte polític¹⁵.

3.2.2. Legislació espanyola

Quant a legislació espanyola que hauria d'aplicar-se als fets exposats, en primer lloc, hem de fer referència a la normativa vigent al moment de l'Alçament Nacional, que era la Constitució Espanyola de 1931 i el Codi Penal de 1932, així com el Codi Penal de 1944, vigent durant el molts delictes de tortura, assassinat i desaparicions forçades que es produïren des de llavors.

Si considerem el seguit de les actuacions dutes a terme com a delictes comuns de tortura, assassinat i detenció il·legal respectivament, en efecte, són el CP 1932 i el CP 1944 els que han d'aplicar-se, a tenor dels quals aquests delictes estarien, avui en dia, prescrits, a més d'amnistiats per la Llei 46/1977, de 15 d'octubre, d'Amnistia.

Per contra, el marc jurídic espanyol que possibilitaria subsumir la repressió sistemàtica del règim franquista dins el tipus penal de detenció il·legal sense oferir raó del parador de la víctima en el marc de crims contra la humanitat el trobaríem als arts 7 i 65 de la CE 1931¹⁶, que ja preveïen l'obligatorietat de l'aplicació de les lleis internacionals a Espanya, unes lleis que, com veurem, estableixen la imprescriptibilitat

¹⁴ Art 1 i 2.e) de la Convenció per a la Prevenció i la Sanció del Delicte de Genocidi de 1948.

¹⁵ AMNISTIA INTERNACIONAL, "Casos Cerrados, heridas abiertas: El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España", *Sección española de Amnistía Internacional*, p 22 (2008).

¹⁶ Art. 7 CE 1931: "l'Estat espanyol acatarà les normes universals de Dret Internacional, incorporant-les al seu Dret positiu", i art 65 CE 1931: "Tots els convenis internacionals ratificats per Espanya i inscrits en la Societat de Nacions i que tinguin caràcter de llei internacional es consideraran part constitutiva de la legislació espanyola, que haurà d'acomodar-se a allò que en ells es disposi".

dels crims de lesa humanitat. Igualment, la CE de 1978, vigent avui en dia, ho disposa als seus articles 10.2 i 96.1¹⁷.

D'altra banda, la doctrina internacionalista esgrima que ha d'aplicar-se l'article 607 bis.¹⁸ del Codi Penal, introduït el 2003 per la Llei Orgànica 5/2003 de 25 de novembre, que estableix que aquests delictes han de considerar-se com a crims de lesa humanitat, opció que, com analitzarem, no vulneraria els principis d'irretroactivitat i de legalitat, atès que aquests crims, si bé no es trobaven recollits a l'ordenament jurídic espanyol, sí que ho estaven a la normativa internacional.

¹⁷ Arts. 10.2 i 96.1 CE 1978: “Les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats que la Constitució reconeix s'interpretaran de conformitat amb la Declaració de Drets Humans i els tractats i acord internacionals sobre les matèries ratificades per Espanya” i “ Els tractats internacionals vàlidament celebrats, una vegada publicats oficialment a Espanya, formaran part de l'ordenament intern. Les seves disposicions només podran ser derogades, modificades o suspeses en la forma prevista en els propis tractats o d'acord amb les normes generals del Dret Internacional”.

¹⁸ Art 607 bis. CP: “Són reus de delictes de lesa humanitat els qui cometin els fets que preveu l'apartat següent com a part d'un atac generalitzat o sistemàtic contra la població civil o contra una part d'aquesta. En tot cas, es considera delicte de lesa humanitat la comissió d'aquests fets: 1r. Per raó de la pertinença de la víctima a un grup o col·lectiu perseguit per motius polítics, racials, nacionals, ètnics, culturals, religiosos o de gènere o altres motius universalment reconeguts com a inacceptables d'acord amb el dret internacional” i art 607 bis. 2. CP: “Els reus de delictes de lesa humanitat han de ser castigats: 6è. Amb la pena de presó de 12 a 15 anys quan detinguin alguna persona i es neguin a reconèixer l'esmentada privació de llibertat o a donar raó de la sort o del parador de la persona detinguda”.

4. LA MEMÒRIA HISTÒRICA

4.1. La justícia transicional

La tragèdia de la Guerra Civil i la Dictadura va ser viscuda de maneres ben diferents per la població espanyola: uns van optar oblidar i no remoure el passat, per por a la repetició o bé per evitar reobrir ferides doloroses, mentre que altres van escollir recordar, reivindicant l'esforç dels qui van lluitar en contra del feixisme i apostant per una reconstrucció fidel de la història encaminada a reparar i fer justícia a les víctimes. Sigui com sigui, el cert és que les violacions més greus i massives de drets humans van tenir lloc al principi del règim¹⁹, i els 40 anys de dictadura van penetrar per complet en la societat espanyola, condicionant la vida i el tarannà de tota la ciutadania. Tant és així que tots els qui la van viure i també els que en van ser hereus van quedar supeditats a les conseqüències del franquisme, tant per la magnitud com per la durabilitat de l'horror viscut. Tot això marcà el tipus de procés transicional que es va dur a terme a Espanya.

I és que davant de catàstrofes històriques tant doloroses i amb un nombre tant elevat de víctimes, acostumen a sorgir reaccions i visions ben enfrontades, i és legítim que cadascú visqui la seva memòria individual i afronti el passat de la manera que estimi més convenient. No obstant, conèixer la veritat sobre els crims del passat ha de configurar-se com un dret i un instrument imprescindible per a la construcció de la democràcia i d'un sistema que vetlli per garantir els drets humans de les persones, per la qual cosa, més enllà de l'elecció personal de les víctimes a recordar, la memòria col·lectiva ha d'assegurar-se per part de les institucions públiques dels Estats. Així ho entén la Comunitat internacional que posa de manifest la necessitat que es satisfacin les exigències de la justícia transicional.

La noció de justícia transicional “abasta tota la varietat de processos i mecanismes associats amb els intents d'una societat per resoldre els problemes derivats d'un passat d'abusos a gran escala, a fi que els responsables rendeixin comptes dels seus actes, servir a la justícia i aconseguir la reconciliació. Tals mecanismes poden ser judicials o extrajudicials i tenir diferents nivells de participació internacional (o no tenir-ne) així com abastar l'enjudiciament de persones, el rescabament, la recerca de la

¹⁹ LOPEZ LOPEZ, Pedro, “Crímenes del franquismo, Derecho y Justicia transicional”, *Conferencia inaugural del III Congreso Internacional de Derechos Humanos*, Tunja, Colombia, p. 4 (2014), a: <http://eprints.ucm.es/29380/> [visitat el 8/01/2016].

veritat, la reforma institucional, la investigació d'antecedents, la remoció del càrrec o combinacions de tots ells ²⁰». D'aquesta manera, la justícia transicional s'entén com una manera d'afrontar la justícia, en casos de períodes de canvi polític mitjançant mecanismes que assegurin la transició de la guerra a la pau i reconciliar la societat a través d'exigir la responsabilitat dels repressors.

El procés de reconciliació ha de ser just i durador, en tant que s'ha de garantir la correcta administració de la justícia i procurar la construcció de la democràcia solucionant l'enfrontament de la societat i evitant que es torni a reproduir en un futur. Així, la justícia transicional pot ajudar a la reconciliació de moltes maneres: “individualitzant la responsabilitat dels repressors amb judicis justos, trencant el cicle d'impunitat i evitant la venjança descontrolada; establint obligacions cap a les víctimes i reconeixent els seus drets; i, finalment, instaurant i reforçant una cultura democràtica ²¹».

En aquest marc, els mecanismes que ha d'incloure la justícia transicional han d'estructurar-se en tres drets: el dret a la veritat, el dret a la justícia i el dret a la reparació (que inclou la garantia de no repetició). Així ho disposa l'Informe Joinet sobre la impunitat dels autors de violacions dels drets humans (1997), que consagra el dret de les víctimes de crims contra la humanitat a la veritat, a la justícia, a la reparació, i a la garantia de no repetició ²².

El dret a la reparació de la víctima pel dany patit inclou la implicació de l'Estat en la reparació de les víctimes familiars a través de les subvencions, compensacions econòmiques, rehabilitació a través d'atenció mèdica i serveis socials i jurídics, satisfacció mitjançant mesures encaminades a fer cessar les violacions continuades, commemoracions i homenatges a les víctimes, i disculpes públiques que incloguin el reconeixement dels fets i l'acceptació de responsabilitats ²³, entre d'altres.

²⁰ Oficina de l'Alt Comissionat de les Nacions Unides, *Justícia transicional i drets econòmics, socials i culturals*, p. 5 (2014).

²¹ CAPELLÀ i ROIG, Margalida, “La recuperació de la Memòria Històrica desde la perspectiva jurídica e internacional”, *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, nº 7, p. 275 (2008).

²² LOPEZ. “Los crímenes”, cit. p. 303.

²³ Art. 2 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (1966).

El dret a la justícia (penal) passa per l'obligació dels Estats d'investigar les violacions de drets humans sense demora, de manera efectiva i amb òrgans independents i imparcials, així com garantir l'accés a la justícia de les víctimes²⁴. Les vies a les que recórrer poden ser tant acudir als tribunals nacionals com als tribunals internacionals.

I el dret a la veritat es consagra com el deure dels Estats a assegurar que les víctimes puguin saber i conèixer les circumstàncies en què es van cometre les violacions de drets humans, a través d'instruments com les comissions de la veritat (encarregades d'esclarir els fets, analitzar-los i registrar-los), d'altres com lleis de memòria (per tal d'establir la memòria col·lectiva), així com mesures de foment de la mà d'historiadors, memorials o museus, entre d'altres.

Aquests drets han anat sent recollits per la jurisprudència internacional i han estat exigits per diferents instruments internacionals:

1. Comissió de Drets Humans de Nacions Unides, en la Resolució 1999/34 de la Comissió de Drets Humans sobre impunitat: insta als Estats a que es reconegui a que “es redoblin els esforços per tal d'oferir a les víctimes de violacions de drets humans un procés just i equitatiu mitjançant el qual puguin investigar-se i fer-se públiques aquestes violacions, i a que animin a les víctimes a participar en tal procés²⁵”.
2. Principis i directrius bàsics sobre el dret de les víctimes de violacions manifestes de les normes internacionals dels drets humans i de violacions greus del dret internacional humanitari a interposar recursos i obtenir reparacions²⁶: estableixen la assegurar que es respectin i s'apliquin les normes internacionals de drets humans i el dret internacional humanitari i comprèn, entre d'altres, el deure a: a) adoptar mesures apropiades per impedir les violacions; b) investigar les violacions de forma

²⁴ AMNISTIA INTERNACIONAL, “España: poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil española y del régimen franquista”, *Sección Española de Amnistía Internacional*, p. 33 (2005).

²⁵ Comissió de Drets Humans de les Nacions Unides, *Resolució 1999/34, de 23 de desembre*, mesura 2, (1999).

²⁶ Assambla General de Nacions Unides, *Resolució 60/147, de 16 de desembre*, (2005).

eficaç, ràpida, completa i imparcial i adoptar mesures contra els presumptes responsables de conformitat amb el dret intern i internacional; c) donar a aquells que afirmes ser víctimes de violacions dels seus drets humans o del dret humanitari un accés equitatiu i efectiu a la justícia i d) proporcionar a les víctimes recursos eficaços, inclús reparació. Senyala, a més, en el seu article 9, que no només són víctimes els que han patit danys com a conseqüència de violacions de les normes internacionals de drets humans o del Dret internacional humanitari, sinó que el terme comprèn també als familiars immediats²⁷. Finalment, a l'article 18 assenyala que s'ha de proporcionar a les víctimes una reparació plena i efectiva a través de la restitució, indemnització, rehabilitació, satisfacció i garanties de no repetició.

3. Conjunt de principis actualitzats per a la protecció i promoció dels drets humans mitjançant la lluita contra la impunitat, presentats a l'Informe de Diane Orentlicher²⁸: articula un seguit de principis que segueixen la línia de l'informe anterior. En el Principi 2 estableix el que cada poble té el dret inalienable a conèixer a veritat dels esdeveniments succeïts en el passat, en el Principi 3, a adoptar mesures per part de l'Estat per fer efectiu el deure de recordar, i en els principis 4 i 5, el dret de les víctimes a saber així com les garanties per fer-lo efectiu, les quals poden incloure processos no judicials que complementin la funció del poder judicial.
4. Conveni Europeu per a la protecció dels Drets Humans i Llibertats Fonamentals de 1950²⁹. Al seu article 13 reconeix el dret a un recurs efectiu a aquelles persones les quals han patit violacions de drets humans davant les instàncies nacionals.
5. Comitè contra la desaparició forçada: “ El comitè insta a l'Estat membre que vetlli per a que els terminis de prescripció es comptin efectivament a partir del moment en que cessa al desaparició forçada (...) l'exhorta a que asseguri que totes les desaparicions forçades siguin investigades de manera exhaustiva i imparcial,

²⁷ AMINISTIA INTERNACIONAL: “España”, cit. p. 31.

²⁸ Comissió de Drets Humans de Nacions Unides, *Informe sobre el conjunt de principis actualitzat per a la protecció i la promoció dels drets humans mitjançant la lluita contra la impunitat, de 2 d'Agost de 2005*, (2005).

²⁹ Consell d'Europa de la Unió Europea, *Conveni Europeu per a la protecció dels Drets Humans i Llibertats Fonamentals, de 4 de Novembre de 1950*, (1950).

independentment del temps transcorregut des de l'inici d'aquestes i encara que no s'hagi presentat cap denuncia formal, que s'adoptin les mesures necessàries, legislatives o judicials, per superar els obstacles jurídics d'ordre intern que puguin impedir tals investigacions ³⁰.

6. Declaració sobre els principis fonamentals de la justícia per a les víctimes de delictes i de l'abús de poder³¹, on s'establí la importància del dret a la reparació.
7. Convenció internacional per a la protecció de totes les persones contra les desaparicions forçades³² (2006): obliga, en el seu art 24, a que els Estats vetllin perquè les víctimes de desaparició forçada tinguin dret a denunciar i a que les autoritats competents l'examinin i en realitzin una investigació.

4.2. La Llei de Memòria Històrica de 2007

En atenció als criteris de justícia transicional exposats a l'apartat anterior, ha de valorar-se la *Llei de Memòria històrica 52/2007, de 26 de desembre, per la qual es reconeixen i amplien drets i s'estableixen mesures a favor dels qui van patir persecució o violència durant la Guerra Civil i la Dictadura* (en endavant LMH) per tal de determinar si ha permès satisfer el dret a saber i a la reparació de les víctimes i si pot esgrimir-se com un obstacle al dret a la justícia o si, per contra, el possibilita.

Durant la Transició, no va haver-hi a Espanya una rehabilitació completa de la memòria dels vençuts, ja que, com s'ha dit, va tractar-se d'un procés pacífic i moderat que va ser tant important i necessari com incomplet. Poques van ser les mesures preses per l'Estat espanyol dirigides a propiciar recursos a les víctimes del franquisme: l'any 1976, a través del Real decret-Llei 670/1976 es concediren pensions als espanyols mutilats durant la Guerra Civil; el 1979, amb la Llei 15/1979 s'atorgaren pensions, assistència mèdica, farmacèutica i social als familiars dels morts com a conseqüència de la Guerra Civil; el 1980, mitjançant la Llei 35/1980, s'aprovaren pensions per als

³⁰ Comité contra la desaparició forçada de les Nacions Unides, *Observances Finals sobre l'Informe presentat per Espanya en virtut de l'article 29, paràgraf 1, de la Convenció, de 12 de Desembre*, paràgraf 11-12, (2013).

³¹ Asamblea General de les Nacions Unides, *Resolució 40/34, de 29 de novembre*, (1985).

³² Asamblea General de les Nacions Unides, *Resolució 61/177, de 20 de desembre*, (2006).

mutilats de l'exèrcit de la República, i el 1990, amb la Llei de Pressupostos de l'Estat, es reconegué el dret a indemnització als que van ser empresonats durant 3 anys pels supòsits contemplats a la Llei d'Amnistia del 77.

Davant l'evident manca de recursos propiciats per l'Estat espanyol (que no va atendre les exigències del dret internacional) i la pressió del moviment memorialista que exigia tant el reconeixement de la memòria col·lectiva com el reconeixement i reparació de les víctimes individuals, l'any 2007 s'aprovà l'actual LMH. Aquesta abordà el dret a la reparació i el dret a saber, tractant-lo des de les seves dues vessants: la individual que tenen les víctimes o familiars a conèixer les circumstàncies en que es cometeren les violacions dels seus drets, i la col·lectiva, configurant-se com una obligació de l'Estat de preservar la història i per tal d'impedir la repetició de les injustícies del franquisme. Amb tot, segons la opinió de diversos autors, consistí més en una llei de reparació individual que no pas de satisfacció de la dimensió col·lectiva dels drets a la veritat i a la justícia³³.

En aquest marc, els drets individuals de les víctimes es troben reconeguts a varis articles:

En primer lloc, se'n garanteix el dret a la reparació moral i a la recuperació de la memòria personal i familiar són reconeguts, en aquesta llei, en seu article 2: "Com a expressió del dret de tots els ciutadans a la reparació moral i a la recuperació de la seva memòria personal i familiar, es reconeix i declara el caràcter radicalment injust de totes les condemnes, sancions i qualssevol formes de violència personal produïdes per raons polítiques, ideològiques o de creença religiosa, durant la Guerra Civil, així com les patides per les mateixes causes durant la Dictadura".

A l'article 4 LMH s'hi reconeix el dret a obtenir una declaració de reparació i reconeixement personal a aquestes víctimes. Aquest, però, és de caràcter personal i queda relegat a la sol·licitud de les víctimes i familiars, sense perjudici que les institucions públiques puguin "sol·licitar la declaració amb l'acord previ del seu òrgan col·legiat de govern". A més, es tracta només d'una reparació moral (individual), donat que la "declaració no constituirà títol per al reconeixement de responsabilitat

³³ TERRADILLOS BASOCO, Juan, "La revisión del pasado y la Ley de Memoria Histórica", *Revista Penal*, nº 25, p. 153 (2010).

patrimonial de l'Estat ni de qualsevol administració pública, ni donarà lloc a efecte, reparació o indemnització d'índole econòmica o professional³⁴”. Les compensacions econòmiques, per la seva banda, es recullen als articles 5 al 10 LMH.

Finalment, la LMH preveu la col·laboració de l'Estat amb les víctimes a l'establir que “les administracions públiques facilitaran als descendents directes de les víctimes que així ho sol·liciten les activitats d'indagació, localització i identificació de les persones desaparegudes violentament durant la Guerra Civil o la repressió política posterior i el parador de les quals s'ignora”. En aquest punt, la crítica dels experts passa per considerar que aquesta disposició no garanteix cap dret efectiu per a les víctimes familiars, ja que l'activitat de l'Administració queda relegada a la mera “facilitació”, i no pas a la obligació real de garantir un dret subjectiu a les víctimes³⁵.

Pel que fa a la vessant col·lectiva reconeguda a la LMH, aquesta és tractada a través de la il·legimitat de l'aparell repressiu i de les seves sancions, la inadmissibilitat dels símbols i el dret de la col·lectivitat a saber.

Quant al primer aspecte, l'article 3 LMH declara “la il·legimitat dels tribunals, jurats i qualssevol altres òrgans penals o administratius que, durant la Guerra Civil, s'hagin constituït per a imposar, per motius polítics, ideològics o de creença religiosa, condemnes o sancions de caràcter personal, així com la de les seves resolucions”, la “il·legimitat del Tribunal de Repressió de la Maçoneria i el Comunisme, el Tribunal d'Orde Públic, així com els tribunals de responsabilitats polítiques i consells de guerra constituïts per motius polítics, ideològics o de creença religiosa”, i “la il·legimitat per vicis de forma i de fons, de les condemnes i sancions dictades per motius polítics, ideològics o de creença per qualssevol tribunals o òrgans penals o administratius durant la Dictadura contra els qui van defendre la legalitat institucional anterior, van pretendre el restabliment d'un règim democràtic a Espanya o van intentar viure d'acord amb opcions emparades per drets i llibertats avui reconeguts per la Constitució”. Allò que crida l'atenció d'aquest precepte és el fet que la llei es limiti a declarar la il·legimitat

³⁴ Art 4.5 de la “Llei de Memòria històrica 52/2007, de 26 de desembre, per la qual es reconeixen i amplien drets i s'estableixen mesures a favor dels qui van patir persecució o violència durant la Guerra Civil i la Dictadura”.

³⁵ MANJÓN.CABEZA OLMEDO, Araceli, “2012: Las posibilidades legales de la memoria histórica”, *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, nº 14-12, p. 18 (2012).

d'aquests tribunals i condemnes, que es tracta només d'un judici de valor, i no pas la nul·litat de ple dret, que és la conseqüència jurídica que ha de donar-se als vicis de forma i de fons.

Així, “l'única resposta coherent és la revisió i anul·lació dels judicis (...). En l'àmbit jurídic, les declaracions de nul·litat no haguessin suposat el mínim ressentiment de la seguretat jurídica i en el polític, l'anul·lació de sentències dictades sota règims totalitaris, basats en lleis injustes i imposades en procediments que amb prou feines arribaven a la categoria de simulacre és ineludible obligació de l'Estat de Dret³⁶”, o “la declaració de il·legimitat no és suficient perquè suposa dir, per exemple, que l'avi va ser condemnat per ser republicà o conseller socialista, que la condemna és encara avui vàlida, o sigui, que l'avi és un delinqüent, però que aquesta condemna és injusta; pel contrari, una declaració de nul·litat suposaria dir que l'avi mai va ser un delinqüent (...) és la diferència entre oblidar el passat sense sanar-lo i restablir la dignitat³⁷”.

I per acabar, el dret a la col·lectivitat a saber es recull a l'article 22 LMH, que estableix el dret d'accés als fons dels arxius públics i privats: “es garanteix el dret d'accés als fons documentals depositats en els arxius públics i l'obtenció de les còpies que se sol·liciten”; a l'article 20, que contempla la creació del Centre Documental de la Memòria Històrica, i l'Arxiu General de la Guerra Civil, i a l'article 12, que preveu l'elaboració de mapes territorials i generals de fosses.

4.3.La Llei d'Amnistia de 1977 i la Transició

Explicar el paper de la memòria històrica a Espanya no pot fer-se sense mencionar la *Llei 46/1977, de 15 d'octubre, d'Amnistia* (d'ara endavant Llei d'Amnistia) i el paper que aquesta va jugar a l'inici de la democràcia espanyola. De fet, per poder analitzar el significat de la Llei d'Amnistia ha d'entendre's quin era el context, per què va ser creada, quina era la voluntat del govern de la Transició i quin impacte va produir en la societat espanyola del moment.

Abans de l'aprovació d'aquesta llei, va haver-hi un primer indult general a través de Real Decret-llei 2940/1975, de 25 de novembre que va permetre l'amnistia a 700

³⁶ TERRADILLOS, “La revisión”, cit. p. 156.

³⁷ MANJÓN-CABEZA, “2012”, cit. p. 134.

presos polítics³⁸ i una primera llei d'amnistia, el Real Decret-Llei 10/1976, de 30 de juliol, més limitada, que exclouia els delictes d'intencionalitat política o que haguessin afectat a la vida i integritat física de les persones, de manera que no es contemplaven els condemnats per delictes de terrorisme³⁹. És per això que es feu necessari promulgar una nova llei que atorgués l'amnistia de tots els presos que cometeren delictes per motius polítics com de tots els que van ser empresonats per motius polítics, suposant això el perdó de víctimes i repressors.

En aquest marc, s'aprovà la Llei 46/1977, de 15 d'octubre, d'Amnistia amb el suport de quasi tots els partits polítics, com a resposta de la petició de la ciutadania de construir una democràcia pacífica, i de perdonar per aconseguir i assegurar la llibertat. En ella es declaraven amnistiats, d'una banda:

“a) tots els actes d'intencionalitat política, qualsevol que fos el seu resultat, tipificats com a delictes i faltes realitzats amb anterioritat al dia 15 de desembre de 1976; b) tots els actes d'intencionalitat política comesos entre el 15 de desembre de 1976 i el 15 de juny de 1977 quan en la intencionalitat política s'apreciï a més un mòbil de restabliment de les llibertats públiques o de reivindicació d'autonomies dels pobles d'Espanya; c) tots els actes d'identica naturalesa i intencionalitat als contemplats al paràgraf anterior realitats fins el 6 d'octubre de 1977, sempre que no hagin suposat violència greu contra la vida o la integritat física de les persones”⁴⁰.

I d'altra banda:

“Els delictes i faltes que poguessin haver comès les autoritats, funcionaris i agents de l'ordre públic, amb motiu o ocasió de la investigació i persecució dels actes inclosos en aquesta llei”.

³⁸ RANDO, Virgine, “Memoria y silencio en la Transición a partir de la Ley de Manistía de 1977”, *Dumas Dépot Universitaire de Memoires Après Soutenances* (2013), p. 16, a: <http://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-00926189/document> [visitat el 3/03/2016].

³⁹ CUESTA, Josefina, “Recuerdo, silencio y amnistia en la democràcia españolas (1975-2006)”, *Stud. hist., H.ª cont.* n.º25 (2007), p. 141, a: http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/0213-2087/article/viewFile/1054/1132 [visitat el 25/02/2016].

⁴⁰ Art. 1 Llei 46/1977, de 15 d'octubre, d'amnistia.

Així, “és possible que en aquells moments no hi hagués una millor alternativa i que qualsevol plantejament tendent a exigir responsabilitats penals als repressors hagués fracassat i posat en perill la Transició⁴¹”. No obstant, com no podia ser d’una altra manera, a mesura que van anar passant els anys, l’amnistia del 77 va començar a ser posada en tela de judici per historiadors, polítics i juristes que, sense deixar de creure necessari el procés seguit durant la Transició, esdevingueren crítics amb el silenci i l’oblit que el procés de reconciliació va anar marcant.

I avui en dia, podent contemplar la llei amb perspectiva, pocs són els experts que no es qüestionen si la Llei d’Amnistia va ser un pacte injust i asimètric, de la mateixa manera que molts afirmen que hauria de derogar-se o fins i tot anul·lar-se, per entendre-la com un instrument que ja fa temps que va esgotar la seva comesa.

4.4. La satisfacció o no a Espanya del dret a saber, a la reparació i la justícia.

Un cop exposades les exigències de la justícia transicional falta veure si establir com a instrument al servei del dret a saber i a la reparació la LMH ha estat suficient per satisfer els mandats del Dret internacional o si, per contra, l’Estat espanyol ha fet curt a l’hora de dotar de recursos a les víctimes del franquisme i a la memòria col·lectiva d’Espanya. Doncs bé, diversos autors són els que s’inclinen cap a la segona postura i expliquen, en aquest sentit, els diferents incompliments que s’han donat per part de l’Estat. Tenint en compte la legislació internacional exposada a l’apartat anterior:

La primera obligació que Espanya desacata versa sobre l’obligació que tenen els Estats d’adoptar totes les mesures apropiades per a la recerca, localització i alliberació de les persones desaparegudes. L’Estat espanyol l’ha incomplert tant en la vessant que obliga a l’Estat a investigar, com en la vessant del dret a conèixer de les víctimes, en aquest cas els familiars, que ho són sota les pautes del Dret internacional. Això és així, en primer lloc, perquè, com he explicat, la posició dels tribunals espanyols ha estat la de determinar la no existència de responsabilitat penal dels repressors franquistes i la conseqüent limitació de l’actuació jurisdiccional. I en segon lloc, pel fet que la LMH

⁴¹ MANJÓN-CABEZA, “2012: Las posibilidades”, cit. p. 29.

opta per establir una col·laboració de les administracions públiques amb les víctimes de caràcter potestativa, més que no pas com una obligació dirigida a garantir aquests drets.

En segon lloc, l'Estat Espanyol ha obstaculitzat la pràctica d'un recurs efectiu⁴², precisament com a conseqüència de l'absència d'una investigació efectiva i independent per part de les autoritats. En aquest punt, la LMH pot constituir un obstacle per al dret a saber de les víctimes i de la societat civil, per quant deixa les investigacions lluny del sistema judicial.

En tercer lloc, no s'han fet efectius els recursos de revisió de sentències encaminats a declarar-ne la nul·litat per ser dictades a través de processos injustos durant la guerra i el règim franquista. En aquesta línia, Amnistia Internacional denuncia que aquests recursos han topat amb el tràmit en la jurisdicció militar i després amb la posició del Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional, els quals han al·legat que la Constitució de 1978 no pot ser aplicada amb caràcter retroactiu i que tals sentències van ser dictades d'acord amb la legalitat vigent del moment⁴³.

En quart lloc, Amnistia Internacional també posa de manifest que els familiars de les víctimes han trobat obstacles per a l'accés a arxius i fonts documentals, perquè la LMH no és prou completa i, a més, és interpretada de manera restrictiva pels funcionaris que se'n encarreguen. També declara que s'han establert poques mesures per a la conservació d'arxius i fonts documentals⁴⁴.

En cinquè lloc, l'Estat espanyol, en termes de polítiques reparadores, ha proporcionat mesures puntuals que han quedat relegades a concessions administratives sotmeses a condicions i restriccions, enlloc de procurar prestacions derivades del degut reconeixement de la condició de víctima de greus abusos contra els drets humans. De fet, la LMH no fa referència a la categoria de "víctima de violacions de drets humans". Tampoc s'han apartat als funcionaris i agents estatals que van participar en la repressió,

⁴² RODRIGUEZ ARIAS, Miguel Ángel, "La nueva ley de memoria histórica y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo", *Jueces para la Democracia*, nº 63, p. 73 (2008).

⁴³ AMINISTIA INTERNACIONAL, "España", cit. p. 38.

⁴⁴ AMINISTIA INTERNACIONAL, "España", cit. p. 23.

no s'han desmantellat les forces paramilitars falangistes, ni s'ha il·legalitzat el partit que va participar activament en la repressió política fins els últims dies de la dictadura⁴⁵.

Pedro López fa referència, a més, a que no s'han establert garanties de no repetició, donat que “ni en la Transició ni posteriorment van ser cessats alts càrrecs que participaren en el terror franquista. Comissaris de policia, alts càrrecs de la policia i la guàrdia civil, militars colpistes, famosos torturadors i jutges van seguir en els seus llocs sense cap impediment. En el cas de les forces armades, coneguts torturadors i repressors van ser condecorats i ascendits en plena democràcia⁴⁶”.

Així, atès que hi ha consens internacional en que Espanya no ha actuat degudament en el marc de les obligacions que emanen del Dret internacional, els últims anys, vàries instàncies internacionals han expressat la seva preocupació per les informacions que els arribaven dels obstacles a la satisfacció dels drets a la justícia, a la reparació i la veritat, i han efectuat recomanacions a l'Estat Espanyol a que hi posi remei.

En aquest sentit, les visites i informes del Grup de Treball de Desaparicions Forçades i del Relator Especial de Nacions Unides per a la Promoció de Dret a la Veritat, la Justícia, la Reparació, i les Garanties de no repetició efectuades del 21 al 3 de febrer de l'any 2014 a Espanya, després de reunir-se amb associacions de víctimes i institucions relacionades amb la memòria històrica, així com amb varis membres del govern han instat a treure els símbols franquistes i re-significar del Valle de los Caídos; a prendre mesures educatives; a formar els policies, militars i jutges, que no reben prou formació sobre les greus violacions de drets humans; i acabar amb la falta d'informació, l'accés restringit als documents i exhumacions privatitzades, ja que no s'han establert xifres oficials del número de víctimes del franquisme i hi ha dificultats per investigar-les i privatització de les tasques d'identificació⁴⁷.

Per la seva banda, Amnistia Internacional ha formulat reiteradament diverses recomanacions⁴⁸ a l'Estat espanyol, tals com que el Govern espanyol adopti mesures

⁴⁵ CAPELLÀ I ROIG, “La recuperación”, cit. p. 279.

⁴⁶ LÓPEZ LÓPEZ, Pedro, *Crímenes del franquismo, Derecho y Justicia transicional*, pg 11.

⁴⁷ http://www.eldiario.es/sociedad/ONU-Espana-Guerra-Civil-franquismo_0_297120710.html

⁴⁸ A tall d'exemple: AMINISTIA INTERNACIONAL, “España”, cit. p. 35. AMNISTIA INTERNACIONAL: “Casos Cerrados”, cit. p. 35.

per preservar els arxius i altres proves relatius als crims del franquisme, que es creï un òrgan oficial temporal no judicial que investigui aquests abusos greus; que s'introdueixi a la Llei d'Educació una assignatura en matèria de drets humans en el marc del Programa Mundial per a la Educació en Drets Humans; que l'Estat reconegui públicament que va privar de recursos efectius a certes víctimes de la Guerra Civil i el franquisme; que cooperi amb el Grup de Treball de la ONU sobre Desaparicions Forçades per esclarir els casos de desaparicions pendents; que adopti mesures legislatives dirigides a la nul·litat de les sentències dictades durant el període franquista; i que realitzi una interpretació del principi de legalitat conforme el Dret internacional, així com que reconegui que correspon als jutges espanyols investigar els crims contra la humanitat comesos durant la Guerra Civil i el franquisme, sense perjudici de les investigacions que han estat promogudes a altres Estats en base a la jurisdicció universal.

Per acabar, la Plataforma per la Comissió de la Veritat de les Nacions Unides, en el seu informe al Comitè de la ONU va informar de la greu desprotecció a la que estan sotmeses les víctimes del franquisme a Espanya, confirmant que la inhibició de l'AN a favor dels jutjats territorials va suposar que dels 47 casos derivats de la inhibició, 38 han estat arxivats i que la Fiscalia no col·labora amb les peticions d'auxili judicial internacional d'Argentina, al no transmetre la informació sol·licitada i l'afirmar que a Espanya sí que s'estan investigant els crims del franquisme. Reivindica, finalment, que no s'hagi creat una comissió de la veritat per tal que es pugui restablir la veritat històrica sobre les violacions dels drets humans i exhorta a l'Estat espanyol a que així ho faci⁴⁹.

Així, ha quedat palès les mancances de l'ordenament jurídic espanyola a l'hora de satisfer els drets de les víctimes del franquisme, tant en la vessant de la veritat i de la reparació com en la de la justícia. A l'apartat següent, es mirarà d'explicar detalladament el tractament d'aquest últim dret a la justícia, donada la seva especial importància.

⁴⁹ Plataforma por la Comisión de la Verdad, Informe al Comité de NNUU sobre desapariciones forzadas, a http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/Session5/PCV_Spain_sp.pdf [visitat el 4/04/2016].

5. EL PROCÉS DAVANT L'AUDIÈNCIA NACIONAL L'ANY 2006

5.1. El procés penal: de l'Audiència Nacional al Tribunal Suprem

La disjuntiva en la consideració dels crims del franquisme és, en el fons, la clau que ens permet entendre el tractament que n'ha fet la justícia espanyola i analitzar si la solució jurídica que l'ordenament jurídic espanyol ha donat a la qüestió del possible enjudiciament d'aquests delictes s'ajusta a les exigències del Dret penal espanyol, entès en tot el seu conjunt.

En aquest sentit, convé fer ressaltar la causa penal per delictes contra la humanitat que el jutge d'instrucció Baltasar Garzón va iniciar el 16 d'octubre de 2008, que suposà el tret de sortida del tractament judicial dels crims del franquisme així com de les múltiples controvèrsies que ha suscitat. Això sense perjudici dels “intents frustrats durant la dècada dels noranta i les reclamacions que es dugueren a terme per tal que s'investiguessin homicidis i desaparicions forçades, i que s'exhumessin les restes de les persones enterrades sense comptar amb una resposta adequada per part del govern espanyol”⁵⁰.

La causa va ser iniciada a partir d'una querella presentada per víctimes i diverses organitzacions socials en exercici de l'acció popular, l'any 2006, davant l'Audiència Nacional per “presumptes delictes de detenció il·legal, fonamentalment per l'existència d'un pla sistemàtic i preconcebut d'eliminació d'oponents polítics a través de múltiples morts, tortures, exili i desaparicions forçades (detencions il·legals) de persones a partir de 1936, durant els anys de la Guerra Civil i els següents de la postguerra, produïts en diferents punts geogràfics del territori espanyol”⁵¹.

Dos anys més tard, el Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 de l'Audiència Nacional, a càrrec de l'ex-magistrat Garzón, va decidir assumir la competència per a la causa, atribuint al dictador Francisco Franco i a altres 34 caps que van dirigir la rebel·lió contra el govern de la República un pla d'extermini sistemàtic dels seus oponents i de repressió, que va acabar amb al menys 114.266 desapareguts, sota la qualificació del

⁵⁰ AMNISTIA INTERNACIONAL, “Casos Cerrados”, cit. p. 5.

⁵¹ Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 de l'Audiència Nacional, Diligències Prèvies Procediment Avreuiat núm. 399/2006, Auto de 16 d'octubre de 2008. Fets primers.

“delicte permanent de detenció il·legal sense oferir raó sobre el parador de la víctima, en el marc de crims contra la humanitat”⁵², a través de l’Auto de 16 d’octubre de 2008.

En aquest, aclarí que no pretenia obrir una causa general per revisar judicialment la Guerra Civil espanyola, sinó que el propòsit de les diligències es concretava en el tema de la desaparició forçada. Declarà que “l’alçament o insurrecció del 18 de juliol de 1936 va ser una decisió perfectament planejada i dirigida a acabar amb la forma de Govern d’Espanya, atacant i ordenant la detenció i inclús l’eliminació física de persones que ostentaven responsabilitats en els Alts Organismes de la Nació, i això, com a mitjà per desenvolupar i executar les decisions prèviament adoptades sobre la detenció, tortura, desaparició forçada i eliminació física de milers de persones per motius polítics i ideològics, propiciant, així mateix, els desplaçament i exili de milers de persones, dins i fora del territori nacional, situació que continuà, en major o menor mesura, durant els anys següents, una vegada conclosa la Guerra Civil”⁵³, i que era necessari donar resposta processal a les denúncies interposades per fer cessar la comissió del delicte buscant i localitzant els cossos dels desapareguts.

Tot seguit, mitjançant l’Auto de 18 de novembre de 2008, el mateix jutjat es va inhibir a favor dels 62 jutjats territorialment competents, per entendre que a l’estar morts els imputats no existia responsabilitat penal. En aquest nou Auto, el jutge va ratificar-se en les seves posicions centrals anteriors i les amplià, incloent mencions específiques a fets com els “nens perduts del franquisme”⁵⁴. En la mateixa línia, es declarà la incompetència objectiva del procés pel Ple de la Sala de lo Penal de l’Audiència Nacional, a través de l’Auto de 2 de desembre de 2008.

⁵² Jutjat Central d’Instrucció núm. 5 de l’Audiència Nacional, Diligències Prèvies Procediment Abreujat núm. 399/2006, Auto de 16 d’octubre de 2008. Raonament jurídic tercer.

⁵³ Jutjat Central d’Instrucció núm. 5 de l’Audiència Nacional, Diligències Prèvies Procediment Abreujat núm. 399/2006, Auto de 16 d’octubre de 2008. Raonament jurídic tercer.

⁵⁴ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: “La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 7102 p. 7 (2009): “ En España, según se desprende de los documentos aportados y estudios realizados, podría haberse desarrollado un sistema de menores hijos de madres republicanas (muertas, presas, ejecutadas, exiliadas o simplemente desaparecidas) a lo largo de varios años, entre 1937 y 1950, desarrollado bajo la cobertura de una aparente legalidad”.

Posteriorment, el 26 de gener de 2009, el Sindicat de Funcionaris Públics “Manos Limpias” va presentar una querella davant el Tribunal Suprem acusant al jutge Garzón del delictes de prevaricació previst a l'article 446 del CP per declarar-se competent per investigar les denúncies presentades l'any 2006 a l'Auto de 18 d'octubre de 2008. El Tribunal acceptà a tràmit la querella i obrí un procediment especial contra l'ex-magistrat, del qual en dictà sentència el 27 de febrer de 2012⁵⁵ absolutent al jutge Garzón per entendre que “l'actuació jurisdiccional del magistrat acusat, encara que hagi incorregut en excés en l'aplicació i interpretació de les normes (...) no assoleixen la injustícia de la resolució que requereix el tipus de prevaricació i no mereix el retret d'arbitrarietat exigint en la tipicitat del delictes de prevaricació”.

5.2. Qüestió processal: inhibició a favor dels jutjats territorials centrals

En l'Auto de 16 d'octubre de 2008 el jutge Garzón afirmà la competència de l'Audiència Nacional per conèixer del “delictes contra els alts organismes de la Nació” per anar “unit de forma inseparable al produït, en connexió amb ell, en aquest cas, la mort sistemàtica, la desaparició forçada de persones sense donar raó del parador, la tortura i l'exili forçats entre altres⁵⁶”, donat que l'article 65.1 de la Llei Orgànica del Poder Judicial preveu en el seu article 65.1 a) la competència de l'AN per als “delictes contra la Contra el Titular de la Corona, el seu Consort, el seu Successor, els alts organismes de la Nació i forma de Govern”.

L'Auto va ser recorregut pel Fiscal Jefe de l'Audiència Nacional Javier-Alberto Zaragoza Agudo davant el Ple de la Sala de lo Penal de l'AN, al·legant que la qualificació jurídica dels fets no era correcta i negant, per tant, la competència del Jutjat Central d'Instrucció nº5. El 2 de desembre de 2008 la Sala de l'AN va resoldre el recurs negant la competència del jutge Garzón⁵⁷, el qual, a més, va dictar l'Auto de 18 de

⁵⁵ TRIBUNAL SUPREM, Sala de lo Penal, Sentència núm. 101/2012, de 27 de febrero de 2012.

⁵⁶ Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 de l'Audiència Nacional, Diligències Prèvies Procediment Abreujat núm. 399/2006, Auto de 16 d'octubre de 2008. Raonament jurídic dotzè.

⁵⁷ Ple de la Sala Penal de l'Audiència Nacional, Procediment Ordinari 53/08 del Jutjat d'Instrucció núm. 5: “Tampoc és objectivament competent l'Audiència Nacional per instruir causa criminal en aquest cas, No ho és perquè la responsabilitat criminal de les persones pressumptament responsables és inexigible a la data d'incoació de les diligències per estar totes mortes, de manera que no hi hagué causa penal contra elles en cap moment”.

novembre de 2008, on declarà extingida la responsabilitat penal per la defunció acreditada dels 45 imputats⁵⁸ i s'inhibí a favor dels jutjats d'instrucció territorialment competents per a l'exhumació de les fosses identificades.

Aquesta inhibició, d'alguna manera, suposà, en realitat, la mort de la investigació dels crims del franquisme a Espanya, o almenys així ho entenen els juristes més crítics. De fet, segons un estudi d'Amnistia Internacional, es constata que la majoria de Jutjats va arxivar els casos⁵⁹ sense investigar els fets i que tampoc es notificà degudament la seva competència a les persones interessades. I a més, part de la doctrina apunta que aquesta derivació de competències a favor de la ubicació de les fosses és discutible perquè perjudicà a aquelles persones que no saben on es troben les restes dels seus familiars⁶⁰, de manera que aquestes han quedat excloses del dret a la tutela judicial efectiva.

5.3. La posició de la Justícia espanyola: els arguments del jutge Garzón i del Tribunal Suprem

Més enllà de l'absolució de Garzón, allò que cal fer ressaltar és que la postura de fons del Tribunal Suprem respecte de les qüestions exposades pel titular del Jutjat d'Instrucció núm. 5 de l'Audiència Nacional va ser radicalment oposada, en tant que, segons el TS, el jutge va errar en totes les posicions que va defensar⁶¹. De fet, el TS esgrima que “existeix un error en la tipificació dels fets que, com a conseqüència del mateix, n'arrossega d'altres”, per la qual cosa, les posicions diferenciades del jutge Garzón i del Tribunal Suprem tenen com a punt de partida subsumpció dels fets, atès que el primer els contextualitza dins el Dret internacional mentre que el segon pren de referència el Dret intern. I això, com mencionava abans i com apunta el TS, repercuteix

⁵⁸ Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 de l'Audiència Nacional, Diligències Prèvies Procediment Abreujat núm. 399/2006, Auto de 16 d'octubre de 2008. Raonament jurídic dotzè.

⁵⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Casos cerrados”, cit. p. 7.

⁶⁰ DIGÓN; DUEÑAS “La responsabilidad”, cit. p. 20.

⁶¹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier; VICENTE MÁRQUEZ, Lydia; MORENO PÉREZ, Alicia, “La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas, el Comité contra la Deaparición Forzada y el Relator Especial sobre la Justicia Transicional de las Naciones Unidas”, *ANIDIP*, nº 66-101, p. 70 (2014).

en tot el seguit d'argumentacions controvertides sobre la resposta efectiva o no de la justícia espanyola respecte dels crims del franquisme.

5.3.1. La qualificació jurídica del delicte i la retroactivitat o irretroactivitat de la llei penal

En l'Auto de 16 d'octubre de 2008, Garzón qualifica l'acció desplegada dels qui es van alçar contra el govern legítim de 1936 com a delicte permanent de detenció il·legal sense oferir raó sobre el parador de la víctima, en el marc de crims contra la humanitat". Determina, així, com a element de context, els crims de lesa humanitat, que es troben recollits a l'article 607 bis. del Codi Penal, pel qual "són presos de delictes de lesa humanitat aquells que cometin els fets previstos a l'apartat següent com a part d'un sistema generalitzat o sistemàtic contra la població civil o contra una part d'ella", les conductes del quals es concreten, tal i com disposa l'article 607 bis, 2.6) CP, en la producció dolosa de la mort d'una altra persona, agressions sexuals, lesions, desaparició i trasllat forçós, tortura i la detenció il·legal sense donar raó del parador.

Encara l'article 607 bis. no va ser introduït al Codi Penal fins l'any 2003, a través de la Llei Orgànica 15/2003, el jutge, per argumentar la subsumció d'aquest delictes en el context de crims de lesa humanitat en el marc del Dret internacional, cita l'article 7 de l'Estatut de la Cort Penal Internacional de 17 de Juliol de 1998, la clàusula Martens addicionada al Conveni de la Haya de 1899, i els Principis de Núremberg de 1950 i afirma que la Justícia no pot desconèixer els valors que n'emanen i que formen part del Dret intern, motiu pel qual són vinculants dins el nostre ordenament jurídic.

En aquest sentit, per justificar la seva qualificació jurídica i l'eventual aplicació de les normes que al·lega, Garzón fa menció de la sentència de la Sala Penal de l'Audiència Nacional de 18 d'Abril de 2005, que condemnà a Adolfo Scilingo com a autor de crims contra la humanitat comesos a Argentina l'any 1976, quan encara no existien els delictes de lesa humanitat tipificats al Codi Penal espanyol, i explica que l'argumentació del Tribunal per enjudiciar-lo va ser la de prendre com a tipus penal "la causació dolosa de mort d'una altra persona o les detencions il·legals que ja eren delictives com a delictes ordinaris amb anterioritat" i elevar-lo a delicte contra la Comunitat internacional atès a les "circumstàncies que integren l'element de

context”⁶². Així doncs, el TS aplicà els delictes recollits a l’article 607 bis del Codi Penal, tipificats l’any 2003, a un supòsit de crims comesos durant els primers anys de la dictadura d’Argentina durant 1976, i ho feu esgrimint que l’article incorpora una norma consuetudinària de *ius cogens* internacional, la validesa de la qual és, doncs, preexistent a la seva tipificació a la llei espanyola.

Amb tot, Garzón no acaba de pronunciar-se del tot sobre una aplicació retroactiva de l’article 607 bis., sinó que addueix que “aquestes circumstàncies afegides a l’assassinat i a la detenció il·legal, encara que no permetin l’aplicació d’un tipus penal recollit en un precepte posterior que no és més favorable ni autoritzin per la mateixa raó una pena compresa en línies d’una major extensió, poden ser tingudes en compte per justificar la seva perseguibilitat universal”. Així, penso que allò que realment argumenta és que si bé els fets han de considerar-se materialment com a crims de lesa humanitat i, per tant, han de perseguir-se, l’article 607 bis. no pot aplicar-se *per se*, sinó que només ha de prendre-se’n el seu contingut de caràcter universal, que permet encausar-los.

Per la seva part, el Tribunal Suprem, carrega contra l’ex-magistrat declarant que incorre en error en la tipificació dels fets, esgrimint que Garzón amb la seva particular construcció formal pretenia salvar els problemes de retroactivitat, imprescriptibilitat i de prohibició d’amnistia⁶³. Critica, en primer lloc, que l’Auto no subsumeix els fets directament en el tipus penal de crims de lesa humanitat, sinó que utilitza el context o marc per extreure’n unes conseqüències (la perseguibilitat de les conductes) que només podria realitzar des d’una efectiva i clara subsumpció en el delicte contra la humanitat. I en segon lloc, refereix que per aplicar el Dret internacional penal es precisa una transposició al Dret intern, ja que l’ordenament jurídic espanyol no contempla l’eficàcia directa de les normes internacionals, tal i com disposa l’article 93 de la Constitució Espanyola de 1978, i que, per tant, el Dret internacional consuetudinari no pot ser aplicat directament pels tribunals espanyols.

Com a conseqüència, el Tribunal entén que la consideració que se’n fa en l’Auto de 16 d’octubre de 2008 suposa una vulneració del principi de legalitat “amb les

⁶² Jutjat Central d’Instrucció núm. 5 de l’Audiència Nacional, Diligències Prèvies Procediment Abreujat núm. 399/2006, Auto de 16 d’octubre de 2008. Raonament jurídic vuitè.

⁶³ TRIBUNAL SUPREM, Sala de lo Penal, Sentència núm. 101/2012, de 27 de febrero de 2012 Fonament de Dret tercer.

conseqüències que la seva observança comporta en ordre a la *lex previa, lex certa, lex stricta i lex scripta*⁶⁴, en tant que la qualificació de delictes contra la humanitat ni tan sols en un context li és aplicable, perquè el Dret penal internacional no estava vigent al temps de la comissió dels fets, i explica que així ho van reproduir a la sentència del cas Scilingo.

Aquesta oposició en les postures de Garzón i el TS respon a les postures que versen sobre el conflicte existent entre el Dret penal internacional i el Dret penal nacional, les quals no són unànimes en la doctrina⁶⁵. El sector de la doctrina que recolza la línia argumentativa del Tribunal Suprem assenyala que és insostenible tal flexibilització del Dret penal, donat que, a més de violar el principi de retroactivitat, la costum internacional, pel seu caràcter vague, no contempla una sanció penal expressa, cosa que es tradueix en una vulneració del principi de taxativitat. I apunta que, més enllà de la imperativitat del Dret internacional, la jurisdicció penal nacional es troba vinculada per aquest principi afirmat per la Constitució espanyola⁶⁶ que s'encarrega de garantir la seguretat jurídica.

Per contra, els autors que aposten per la interpretació del jutge Garzón, són partidaris de que els crims de lesa humanitat, encara que al moment de la seva comissió no estiguin recollits a la legislació interna, poden jutjar-se arrel de la normativa internacional existent des de finals del segle XIX, de caràcter *ius cogens*, que la dota d'una imperativitat a la llum del Dret internacional. I aquest caràcter imperatiu, a la vegada, permet una flexibilització del principi de legalitat del Dret penal, possibilitant una aplicació retroactiva de la llei penal si aquesta incorpora una norma penal internacional consuetudinària amb validesa obligatòria *erga omnes*⁶⁷.

⁶⁴ TRIBUNAL SUPREM, Sala de lo Penal, Sentència núm. 101/2012, de 27 de febrero de 2012 Fonament de Dret tercer.

⁶⁵ ZAPICO, "La investigación", cit. p. 896.

⁶⁶ MACULAN, Elena, "Límites a la expansión de la persecución por crímenes Internacionales y al papel del juez-historiador: la aportación de la STS 101/2012", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 8, p. 511 (2012).

⁶⁷ Així ho entenen diferents autors com: CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, "Examen del Auto del Juzgado de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 7054 (2008); ZAPICO, "La investigación";

Quant a les diferents disposicions i normes de Dret internacional en les quals es basa la línia interpretativa que opta per una aplicació retrospectiva del Dret penal, aquestes són:

1. En primer lloc, el Conveni Europeu dels Drets Humans (1950), que en el seu article 7 estableix el principi de legalitat i irretroactivitat del Dret penal, que consagra el dret a no ser condemnat per conductes que no eren delictes al moment de cometre's, si bé estipula que això “no impedirà el judici i el càstig d'una persona culpable d'una acció o d'una omissió que, al moment de cometre's, constitueixi un delictes segons els principis generals del dret reconeguts per les nacions civilitzades⁶⁸”.
2. En segon lloc, l'Estatut del Tribunal Internacional de Nuremberg (1950), en tant que aquest s'aplicà retroactivament als crims comesos des de 1933, per entendre'ls de Dret internacional consuetudinari.
3. En tercer lloc, els Principis de Nuremberg (1950), ja que disposen que no pot eximir-se de responsabilitat internacional a aquells actes que constitueixen delictes de Dret internacional, encara que no estiguin sancionats pels països en les seves legislacions internes⁶⁹. Van ser expressament reconeguts per Espanya el 14 d'agost de 1952, al ratificar el Conveni de Ginebra de 1949, que en el seu article 85, remet expressament a aquests principis⁷⁰. També ha estat admesa aquesta postura pel Tribunal Europeu de Drets Humans, en el cas *Kolk i Kislyly vs. Estònia*, de 17 de gener de 2006, en el seu Fonament de Dret Sisè.
4. En quart lloc, el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (1966), per quant reitera l'excepció al principi de legalitat i irretroactivitat, en el seu article 15: “ningú

CHINCHÓN; MORENO, “*La posición*”; GARCÍA SÁEZ, José Antonio, “Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 4 (2013) o AMNISTIA INTERNACIONAL, “Casos Cerrados”.

⁶⁸ TAMARIT SUMALLA, JOSEP: “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, *Política Criminal*, vol. 7, p. 88, (2013).

⁶⁹ Principis de Nuremberg II i III.

⁷⁰ Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 de l'Audiència Nacional, Diligències Prèvies Procediment Avreuiat núm. 399/2006, Auto de 16 d'octubre de 2008, Raonament jurídic vuitè.

serà condemnat pels seus actes o omissions que al moment de cometre's no fossin delictius segons el dret nacional o internacional, però res d'allò disposat en aquest article s'oposarà ni a la condemna d'una persona pels seus actes o omissions que, al moment de cometre's, fossin delictius segons els principis generals del dret reconeguts per la comunitat internacional⁷¹”.

5. En cinquè lloc, la Convenció sobre la imprescriptibilitat dels crims de guerra i de lesa humanitat (1968), ratificada per Espanya l'any 2010. Aquest afirma la imprescriptibilitat dels crims internacionals, basant-se en el Dret internacional consuetudinari⁷². També ho disposa la Convenció de no aplicabilitat de les limitacions a l'Estatut de crims de guerra i crims contra la humanitat (1968).
6. En sisè lloc, la Convenció de Viena sobre el Dret dels Tractats (1969), la qual, arrel del principi “*Pacta sunt servanda*”, estableix que tot tractat en vigor obliga a les parts i que cap Estat no pot invocar les disposicions del seu Dret intern com a justificació de l'incompliment d'un tractat⁷³.
7. I en darrer lloc, el Principis de Cooperació Internacional en la Identificació, Detenció Extradició i Càstig dels Culpables de Crims de Guerra o Crims de Lesa Humanitat (1973), que als seus arts 1 i 8 posa de manifest la obligatorietat dels Estats d'investigar aquests crims, sense tenir en compte la data en la qual es van cometre⁷⁴.

5.3.2. La permanència i prescripció o no de la desaparició forçada de persones

A parer meu, aquest apartat és el més rellevant dels raonaments jurídics de Baltasar Garzón. En aquesta secció, el jutge, havent establert el context de crims de lesa humanitat, completa la subsumpció dels fets donant-los un tipus legal. El que fa és considerar les detencions il·legals, que ja estaven recollides al Codi Penal de 1932 en els articles 474 a 476, i al CP de 1944 a l'article 483, i que avui en dia es troben

⁷¹ GARCÍA SÁEZ, “Memoria”, cit. p. 143.

⁷² MACULAN “Límites”, cit. p. 511.

⁷³ Arts. 26 i 27 de la Convenció de Viena sobre el Dret dels Tractats de 1969.

⁷⁴ Així ho exigeix AMNISTIA INTERNACIONAL, “Casos Cerrados”, cit. p. 18.

tipificats amb agreujant als articles 163, 166 i 167 CP com a detencions il·legals comeses per autoritat sense donar raó del parador de la persona detinguda.

L'ex-magistrat argumenta que es tracta d'un delictes la comissió del qual no ha cessat, en tant que les autoritats que propiciaren la desaparició no han informat del lloc on es troben les víctimes. Cita, en aquesta línia, la sentència de 10 de maig de 2001 del Tribunal Europeu de Drets Humans, la qual explica que la detenció il·legal sense donar raó del parador de la víctima és un delictes de consumació permanent, perquè "el suplici pels familiars dels desapareguts ha estat permanent, ja que no van saber si les víctimes van ser executades, desaparegudes o si estaven vives o mortes, fet que els converteix en víctimes fins el dia d'avui o el moment de la troballa⁷⁵", i posa de manifest que això suposa una violació continuada de l'article 3 de la Convenció de Drets Humans, que estableix que ningú pot ser sotmès a tortura ni a penes degradants.

Així, donat el caràcter permanent del delictes i la previsió d'aquest establerta ja al moment de l'inici de la seva execució, permet, al marge del context de crims contra la humanitat, jutjar-los salvant la vulneració del principi d'irretroactivitat penal com també la qüestió de la prescripció, que començaria a comptar des del moment en què es facilitessin els llistats i es trobessin els cossos, que és quan deixaria de cometre's el delictes.

En aquest punt, el Tribunal Suprem torna a objectar rebutjant tant la interpretació de Garzón sobre la tipificació com la permanència del delictes detenció il·legal. La opinió de la Sala és que el tipus penal no estava previst com a tipus agreujat de detenció il·legal al CP de 1932, sinó que va incorporar-se l'any 44. D'altra banda, considera que "l'argumentació sobre la permanència del delictes no deixa de ser una ficció contrària a la lògica jurídica", per quant "no és raonable argumentar que un detingut il·legalment el 1936, les restes del qual no has estat trobades el 2006, pugui racionalment pensar-se que va seguir detingut més enllà del termini de prescripció de 20 anys⁷⁶". Tanmateix, de la interpretació de l'ex-magistrat consistent en començar a

⁷⁵ Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 de l'Audiència Nacional, Diligències Prèvies Procediment Abreujat núm. 399/2006, Auto de 16 d'octubre de 2008 Raonament jurídic desè.

⁷⁶ TRIBUNAL SUPREM, Sala de lo Penal, Sentència núm. 101/2012, de 27 de febrero de 2012 Fonament de Dret tercer.

contar la prescripció a partir del moment en què s'actua, el Tribunal considera que aquest no és el criteri seguit per la doctrina penal i jurisprudència espanyola.

Allò que interessa aquí, tal i com apunten els autors que donen suport a Garzón, és que a l'entendre el tipus penal de detenció il·legal de l'article 474 del CP de 1932 dins un context de crim de lesa humanitat, aquest es converteix en una desaparició forçada. Indiquen que, tal i com estableix la Declaració sobre la protecció de totes les persones contra les desaparicions forçades (1992) en el seu article 17, la desaparició forçada és un delictes continuat i una vulneració permanent dels drets humans mentre els seus autors continuïn ocultant on es troba la persona desapareguda i mentre no s'hagin esclarit els fets⁷⁷, de manera que quan el TS sosté que el tipus agreujat de detenció il·legal no va establir-se fins l'any 44 -i que per tant, els fets no es trobaven tipificats al moment de la seva comissió- oblida que és el context de crims contra la humanitat el que incorpora un major contingut d'injust a la conducta. En efecte, “El cert és que també en aquest punt, a l'hora d'interpretar el principi de legalitat ha d'atendre's a l'especial naturalesa dels delictes comesos –que materialment són delictes contra la humanitat-. Això suggereix centrar-se en el fet que les detencions il·legals sí han estat recollides en el CP des de 1932 i només l'agreujant es va introduir posteriorment, fet que si bé és rellevant, no pot ser la clau per impedir la persecució d'aquests crims”⁷⁸.

A més, com expliquen Javier Chinchón Álvarez, Lydia Vicente Márquez i Alicia Moreno Pérez, el Grup de Treball sobre les Desaparicions Forçades o Involuntàries estableix que “la indicació de que els casos de desaparició forçada no prescriuen constitueix una garantia contra la impunitat. Així deu establir-se sempre quan el delictes es cometi en un context en el que constitueixi un crim de lesa humanitat. En altres casos, si els Estats decideixen establir terminis de prescripció, ha de disposar-se clarament en la legislació nacional que aquests terminis no començaran a comptar fins que s'esclareixi la sort o parador de les víctimes⁷⁹” i la Convenció internacional per a la protecció de totes les persones contra les desaparicions forçades de 2006 obliga a que els Estats vetllin perquè les víctimes de desaparició forçada tinguin dret a denunciar i a que les autoritats competents l'examinin i en realitzin una investigació.

⁷⁷ LOPEZ, “Crímenes”, cit. p. 7.

⁷⁸ ZAPICO, “La investigación”, cit. p. 904.

⁷⁹ CHINCHÓN; VICENTE; MORENO, “La posición”, cit. p. 86.

5.3.3. L'aplicació o no de la Llei d'Amnistia de 1977

La Llei d'Amnistia de l'any 1977 és un dels principals obstacles amb els que Garzón topa a l'hora d'efectuar la seva argumentació, i és per això que dedica tot un raonament jurídic a fi de desmuntar-la. El jutge sosté que donat que els delictes a jutjar s'inclouen en la consideració de crims contra la humanitat aquests queden fora de l'aplicació d'aquesta llei, que en el seu article primer estableix que “queden amnistiats tots els actes de intencionalitat política, qualsevol que fos el seu resultat, tipificat com a delictes o faltes amb anterioritat al 15 de desembre de 1976” i ho justifica citant jurisprudència de la Cort Inter-americana de Drets Humans, del Tribunal Especial de Sierra Leona, el Tribunal Europeu de Drets Humans i el Tribunal Constitucional sud-africà⁸⁰, que vénen a dir que els Estats no poden aplicar, sota cap circumstància, amnisties a casos greus com els crims de lesa humanitat.

Així mateix, esgrima que aquest mandat es troba recollit també al Conveni per a la Protecció des Drets Humans i les llibertats fonamentals de 4 de Novembre de 1950 (ratificat per Espanya l'any 1979), al Pacte internacional de Drets Civils i Polítics de 16 de desembre de 1966 (ratificat per Espanya l'any 1977) a la Convenció contra la Tortura de 1984 i a la Convenció de la ONU de 26 de Desembre de 2006 sobre desaparició forçada de persones (ratificada per Espanya l'any 2007). I en definitiva, afirma que ha de declarar-se nul·la de ple dret qualsevol llei d'amnistia que pretengui eliminar la punibilitat d'un delicte contra la humanitat.

I a tot això, segueix l'ex-magistrat, ha de sumar-se-li el fet que l'article 62 de la CE prohibeix la concessió d'indults generals a partir de la seva entrada en vigor (el 1978), per la qual cosa, fins i tot els delictes polítics comesos després de la redacció de la Constitució no poden ser amnistiats, de manera que, pel caràcter permanent dels delictes aquí tractats, tampoc els seria d'aplicació la Llei d'Amnistia, per molt que s'analitzessin des de la seva vessant de crims de lesa humanitat.

Ben al contrari, el Tribunal Suprem estima que els delictes comesos durant la guerra i els primers anys del franquisme resten amnistiats. Una vegada mes, el Tribunal estableix com a eix central de la discussió el principi de legalitat, que prohibeix que allò que disposen les normes internacionals que Garzón invoca siguin exigibles al supòsit,

⁸⁰ Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 de l'Audiència Nacional, Diligències Prèvies Procediment Abreujat núm. 399/2006, Auto de 16 d'octubre de 2008 Raonament jurídic onzè.

per quant la seva vigència a l'ordenament jurídic espanyol és posterior a la Llei d'Amnistia. D'altra banda, declara que no li correspon al jutge penal realitzar judicis que no siguin els propis de l'àmbit jurídic, cosa que no permet a Garzón declarar nul·la la Llei d'Amnistia ("els jutges, subjectes al principi de legalitat no poden, en cap cas, derogar lleis la abrogació dels quals és exclusiva competència del poder legislatiu⁸¹").

Tot seguit, el TS, sorprenentment, realitza un judici de valor de tipus polític al manifestar la importància que la Llei d'Amnistia va tenir al moment de la seva promulgació, que va comptar amb el consens de totes les forces polítiques en un moment democràtic de procés constituent. Va tractar-se, assegura, d'una llei que va ser conseqüència d'una clara i patent reivindicació de les forces polítiques ideològicament contràries al franquisme i va tenir "un evident sentit de reconciliació, ja que la denominada transició espanyola exigí que totes les forces polítiques cedissin alguna cosa en les seves diferents postures (...) en conseqüència, en cap cas va ser una llei aprovada pels vencedors, detentors del poder, per encobrir els seus propis crims (...) la Llei d'Amnistia va constituir un pilar essencial, insubstituïble i necessari per superar el franquisme i allò que aquest suposava⁸²".

El cert és que en són molts els autors que no se'n saben a venir que el Tribunal Suprem recorri a una interpretació de caire polític per fonamentar jurídicament l'aplicació de la Llei d'Amnistia, més quan ho fa tot just després de carregar contra Garzón precisament per extralimitar-se en el seu rol de jutge. En aquest sentit, val la pena destacar la reflexió que Chinchón Álvarez en fa al respecte, al plantejar que "resulta difícilment sostenible (...) la valoració d'una norma interna exclusivament en funció de qui l'ha aprovat, o en atenció als seus pretesos motius, suposades pressions o recolzaments, i no així sobre els eu contingut⁸³"; i la valoració d'aquest mateix autor realitzada juntament amb Vicente Márquez i Moreno Pérez, la qual passa per acceptar que el raonament del TS "equivaldria a sostenir que tota mesura legislativa aprovada amb un suport més o menys ampli, per uns motius o altres, i per un Parlament

⁸¹ TRIBUNAL SUPREM, Sala de lo Penal, Sentència núm. 101/2012, de 27 de febrero de 2012 Fonament de Dret tercer.

⁸² TRIBUNAL SUPREM, Sala de lo Penal, Sentència núm. 101/2012, de 27 de febrero de 2012 Fonament de Dret tercer.

⁸³ CHINCHÓN, "La actuación", cit. p. 12.

democràtic, automàticament seria internacionalment lícita, encara que el seu contingut incorregués en contradicció flagrant amb les obligacions internacionals de l'Estat⁸⁴”.

No obstant això, més enllà de l'eventual rellevància i necessitat d'aquesta llei en el context de la Transició espanyola, gran part de la doctrina també posa de manifest la incompatibilitat de l'amnistia amb les exigències del Dret internacional i de les normes estatals i considera que “tot i el temps transcorregut, els delictes de detenció il·legal ni han prescrit ni els són aplicables les Lleis d'Amnistia de 1976 i 1977⁸⁵”. En la mateixa línia que Garzón, els autors recelosos de la Llei d'Amnistia coincideixen amb que es tracta d'una llei pre-constitucional que contradiu l'article 62 de la Constitució i el 130 del Codi Penal⁸⁶, així com les normes de Dret internacional que es mencionen a l'Auto de 16 d'octubre, a més de les moltes recomanacions internacionals fetes a Espanya. Alguns exemples en són: la Resolució 828 de 26 de setembre de 1984 del Consell d'Europa i l'Observació general 20 del Comitè de Drets Humans de Nacions Unides, de 10 de març de 1992, que declaren que la desaparició forçada és un crim contra la humanitat i no pot ser considerat com a delicte polític, i tampoc pot estar cobert per lleis d'Amnistia⁸⁷; el Conjunt de principis actualitzats per a la protecció i promoció dels drets humans mitjançant la lluita contra la impunitat, addicionats a l'Informe Orentlicher (2005)⁸⁸, el qual articula un seguit de principis que segueixen la línia de l'informe anterior⁸⁹, i restringeix als Estats l'ús de mesures com amnisties i prescripcions⁹⁰; i el Comitè de drets humans del Pacte de Drets Civils i Polítics de 1966, que va sostenir que les amnisties són incompatibles amb el deure dels Estats d'investigar els crims contra el Dret internacional i de no privar als individus del deure de trobar mesures apropiades reparadores.

Cal destacar també que alguns autors fins i tot consideren que, de totes maneres, la mateixa Llei d'Amnistia de 1977 no busca la impunitat d'aquests delictes, perquè en

⁸⁴ CHINCHÓN; VICENTE; MORENO, “La posición “, cit. p. 96.

⁸⁵ DOÑATE, Antonio: “Delitos permanentes y Memoria histórica”, *Izquierda Socialista*, p. 5 (2008).

⁸⁶ Art. 130. 5 CP: “el perdó haurà de ser atrogat de forma expressa abans que s'hagi dictat sentència, a l'efecte de la qual el jutge o tribunal sentenciador haurà d'escollir a l'ofès pel delicte abans de dictar-la”.

⁸⁷ AMNISTIA INTERNACIONAL, “Casos Cerrados”, cit. p. 22.

⁸⁸ ONU E/CN.4/2005/102/Add.1, del 8 de febrer de 2005, p.12.

⁸⁹ Principis 1, 2, 4 i 19.

⁹⁰ Principis 22 i 24.

el seu article 1.c) exclou d'entre les conductes amnistiables els delictes que hagin suposat una violència greu contra la vida o la integritat de les persones⁹¹.

Amb tot, malgrat les incongruències exposades de la Llei d'Amnistia, la interpretació política que en fa el TS penso que és comprensible (si bé no poso en dubte que és qüestionable que l'esgrimeixi com a raonament jurídic) i que no seria just no mencionar el paper que aquesta llei va jugar en un moment polític tan convuls com ho va ser el començament de la Transició. En efecte, alguns autors senyalen que el fet que es decidís aprovar una llei d'amnistia no ha d'interpretar-se necessàriament com una falta de voluntat d'actuar⁹², ja que per a molts va ser la conseqüència de les exigències de la Transició i “una de les principals reivindicacions del moviment democràtic antifranquista durant la Transició, que exigia l'extinció de la responsabilitat penal dels qui havien incorregut en delictes mentre lluitaven per les llibertats⁹³”.

5.3.4. Dret a la veritat o dret a la justícia: especial referència a l'argument del TS

Arribats a aquest punt, penso que s'ha de fer una especial menció al raonament jurídic catorzè de l'Auto de 16 d'octubre de 2008 de l'Audiència Nacional i al fonament de dret primer de la Sentència del Tribunal Suprem de 27 de febrer de 2012. En efecte, Garzón, en el seu auto, fa menció de les exigències de la justícia transicional i al·lega que de no obrir-se el procediment penal s'incorreria en una instrumentalització de la justícia negativa. Exposa la normativa internacional que obliga als Estats a investigar i a no caure en la impunitat, i a més, explica que la LMH de 2007 permet la declaració de reparació i reconeixement de les víctimes a títol personal però que, a la llum de l'article 4.1 de la llei, aquesta és “plenament compatible amb l'exercici de les accions que tinguessin llos als Tribunals de Justícia” i que a la Disposició Addicional Segona estableix que “ les previsions contingudes en la present llei són compatibles amb l'exercici de les accions i l'accés als procediments judicials ordinaris i extraordinaris

⁹¹ AMNISTIA INTERNACIONAL, “Casos Cerrados”, cit. p. 23; ZAPICO, “La investigación”, cit. p. 910; LOPEZ, “Los crímenes”, cit. p. 309.

⁹² MACULAN “Límites”, cit. p. 514.

⁹³ GARCIA ARAN, Mercedes, “La justicia universal com a instrument de la justícia transicional”, *Temps i espais de memòria. Revista digital del Memorial Democràtic*, nº 1, p. 21 (2013).

establerts en les lleis o en els tractats i convenis internacionals subscrits per Espanya”, per la qual cosa la LMH no prohibeix l’exercici de l’acció penal sinó que la preveu.

La postura del Tribunal Suprem respecte d’això és completament oposada. De fet, dedica ja el primer argument jurídic a deixar clar que la via penal no pot ser considerada per satisfer les pretensions de les víctimes, perquè el dret a conèixer la veritat no forma part del procés penal. El seu raonament crida especialment l’atenció perquè cataloga de “judicis de la veritat” les actuacions judicials dutes a terme, en relació el crims del franquisme, “d’aquells que pretenen una indagació judicial sobre uns fets, amb aparença delictius, respecte dels quals se sap que no és possible que el procés conclouï amb la declaració de culpabilitat d’una persona, al concórrer una causa d’extinció de la responsabilitat penal, mort, prescripció o amnistia”. I afegeix: “aquesta pretensió de les víctimes, encara que raonable, no pot ser dispensada pel sistema penal, donat que no és el mitjà que el legislador ha disposat per atendre aquestes legítimes pretensions”.

Afirma que la recerca de la veritat correspon a l’Estat a través d’altres organismes i “ha de comptar amb el concurs de totes les disciplines i professions, especialment als historiadors”, però no correspon al jutge d’instrucció i no procedeix barrejar la veritat històrica amb la forense, ja que “la històrica és general i interpretable (...) i la judicial, pel contrari, es constreny a un fet (...) i es refereix a la depuració penal d’una responsabilitat exigida des d’una acusació”.

Davant d’aquesta posició del Tribunal Suprem han sorgit diverses reaccions en contra que passen per considerar que la investigació de Garzón es qualifica d’errònia en un estadi massa precoç “fent operar l’amnistia abans de que pogués ser considerada⁹⁴”; o que és legítim que la ciutadania insti davant la justícia reparacions materials i morals encaminades a la recuperació i manteniment de la memòria que no s’han produït per part de l’Estat⁹⁵; o que “el veritable problema ètic i polític de fons és que en la societat espanyola existeix un deute d’Estat enfront milers de persones. Per a moltes d’elles (...) resulta indiferent si les seves demandes les ha de satisfer el legislador o el poder judicial, vies que, de fet, poden ser complementaries. En realitat, és ben lògic acudir als tribunals quan la resta de portes es tanquen. I cap poder de l’Estat hauria d’eludir la

⁹⁴ MANJÓN-CABEZA, “2012: Las posibilidades”, cit. p. 20.

⁹⁵ GARCÍA SÁEZ, “Memoria histórica”, cit. p. 151.

responsabilitat de rendir comptes davant la ciutadania⁹⁶”; o que la via judicial la deixa salva la pròpia llei 52/2007 al declarar compatibles els drets reconeguts en ella, amb l’exercici de qualsevol altra acció o accés als procediments judicials⁹⁷; o que “un Estat ha d’atendre a totes aquelles obligacions internacionals pertinents per resoldre els problemes derivats d’un passat d’abusos a gran escala, estigui o no immers en un procés de transició de la índole que es vulgui, si bé, probablement, aquestes obligacions hagin d’interpretar-se d’un manera tal que, sense violentar els límits permesos, no es converteixin en alguna cosa impossible⁹⁸”.

⁹⁶ DIGÓN; DUEÑAS, “La responsabilidad”, cit. p. 27.

⁹⁷ DOÑATE, “Delitos permanentes”, cit. p. 2.

⁹⁸ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: “Justicia transicional y responsabilidad internacional del Estado: un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española”, *Revista de Derecho de Extremadura*, p. 53 (2008).

6. EL RECURS A LA JUSTÍCIA UNIVERSAL: L'ACTUACIÓ DE LA JURISDICCIO ARGENTINA.

Fins ara hem comprovat que, malgrat la gran demanda i alguns intents, ja sigui per manca de voluntat política o ja sigui per esgotament de les vies judicials, a Espanya, els crims del franquisme no han pogut enjudiciar-se. Aquesta negativa de perseguir-los per part de l'Estat espanyol va ser la que va provocar que les víctimes busquessin altres instruments de la justícia transicional de caire judicial acudint al principi de Justícia Universal. I això perquè aquesta possibilita la persecució per part d'aquells Estats que la contemplin de fets comesos fora les seves fronteres pel fet que s'hi troba interessat com a membre de la comunitat internacional⁹⁹, més enllà de la qualificació que se'n faci al respecte dins el propi Estat on s'hagin comès els crims.

En aquesta línia, es presentà una querella el 14 d'abril de 2010 davant la justícia de la República Argentina amb el propòsit d'investigar els delictes comesos pels dirigents de la dictadura franquista. Va ser presentada al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n°1 de la República Argentina, a càrrec de la jutgessa María Servini de Cubría, per familiars d'assassinats i desapareguts durant la dictadura així com diverses associacions espanyoles i argentines, a la qual es van anar incorporant paulatinament altres querellants, entre ells familiars de nens apropiats, ex-presos polítics, sindicalistes i molts altres¹⁰⁰.

En relació als fets objecte de la querella, aquests van ser qualificats com a delictes de genocidi i/o crims de lesa humanitat comesos a Espanya entre el 17 de juliol de 1936 i el 15 de juny de 1977, concretament per l'actuació duta a terme pel "grup d'oficials militars alçats, la Falange Española i altres organitzacions afins al suport de la insurrecció, que va constituir un pla sistemàtic, generalitzat, deliberat i planificat d'atemorir als espanyols partidaris de la forma representativa de govern, a través de

⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 158.

¹⁰⁰ SLEPOY, Carlos, "El principio de jurisdicción universal y su aplicación en la persecución de responsables de crímenes contra la humanidad", *Vientosur*, n° 126, p. 43 (2013).

l'eliminació física dels seus exponents més representatius¹⁰¹”, i en particular, fent referència a la desaparició forçada.

Quant als querellants, s'han anat incorporant diversos grups de víctimes¹⁰² amb diferents pretensions, tals com la recuperació de les restes dels familiars desapareguts, l'anul·lació de les condemnes dictades per tribunals il·legítims, el retrobament amb els fills dels pares els quals van patir la sostracció dels seus fills, o la satisfacció del dret a la justícia amb el processament i la condemna dels culpables.

En un primer moment, la jutgessa Servini desestimà la querella arrel d'una recomanació del fiscal assignat, Federico Delgado, basada en el fet que a Espanya els fets ja estaven sent objecte d'investigació judicial. En conseqüència, els querellants presentaren recurs d'apel·lació a la Camara Federal de Apelaciones, qui va estimar el recurs i ordenà a la jutgessa reobrir les actuacions.

Així és que Servini, el 14 d'octubre de 2010, ordenà enviar un exhort a Espanya requerint a les seves autoritats per a que li informessin sobre si s'estaven investigant judicialment els fets i, en cas afirmatiu, en quins jutjats i amb quins procediments. Com a resposta, el 6 de maig, el Fiscal General de l'Estat espanyol va emetre un informe on afirmava que els fets estaven sent investigats en diverses instàncies judicials territorials, després que el jutge Baltasar Garzón s'inhibís a favor seu. Aquesta consideració, com s'ha dit anteriorment, segons els informes d'Amnistia Internacional, no s'ajusta a la realitat, donat que els casos transferits als jutjats territorials han anat arxivant-se.

El 13 de desembre de 2011, el jutjat argentí envià un segon exhort, en el qual sol·licità informació sobre els noms i domicilis de les autoritats que podien haver estat responsables dels fets, així com xifres i identificació dels desapareguts, assassinats i torturats, i localització de les fosses comuns. Aquesta vegada, la Fiscalia contestà més escuetament, reiterant-se en les seves argumentacions de l'informe del primer exhort i suggerint a la jutgessa que remetés les seves actuacions a Espanya. Davant aquesta precària resposta, Servini dictà diligència acordant viatjar a Espanya per investigar els

¹⁰¹ Querella presentada el 14 d'abril de 2010, sobre la Causa N° 4.591/10 (A-12477/2010).

¹⁰² MESSUTI, Ana, “La querella argentina por las víctimas del franquismo. La aplicación del principio de justicia universal al caso de desapariciones forzadas” *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, p. 11 (2013).

fets i el 2013 es realitzaren les primeres imputacions i es dictaren ordres de detenció internacional.

Des de llavors, la causa ha anat avançant, no sense diferents intents per part de l'Estat espanyol d'entorpir el procés, emetent comunicats a l'Estat argentí en contra de la causa, dilatant el procés demanant més informació a Argentina, o bé denegant l'extradició dels ex-ministres imputats Utrera Molina i Martín Villa acollint-se al principi de no-lliurament de propis nacionals. D'això se'n desprèn que si bé Argentina té la voluntat de jutjar els fets comesos a Espanya, necessita la cooperació de l'Estat espanyol, que és on es troben els acusats, per poder-los posar a disposició dels tribunals, de manera que és complicat pronosticar quin final tindrà la causa. Així, si bé “ la justícia universal compleix una important funció simbòlica amb les diligències que s'obren, encara que no arribin a judici, perquè manifesten la voluntat de la comunitat internacional de no admetre la impunitat”, “també en el procés contra el franquisme iniciat a Argentina es pot esperar que els efectes siguin més simbòlics que no pas reals, igual com tampoc no podem esperar que les autoritats espanyoles col·laborin amb entusiasme amb la iniciativa de la justícia argentina (...). Però tampoc no haurien de desdenyar-se el valor simbòlic de les actuacions dirigides a acabar amb la impunitat i els avenços de la comunitat internacional, per exasperantment lents que resultin¹⁰³”.

Evidentment, ja en són varies les instàncies internacionals que s'han pronunciat sobre l'actitud de la justícia espanyola envers el procediment argentí. N'és un bon exemple l'informe de 22 de juliol de 2014 del relator especial de l'ONU sobre la promoció de la veritat, la justícia, la reparació i les garanties de no repetició, en el qual es recordà a Espanya la obligació internacional de l'Estat d'extraditar o jutjar mentre la justícia espanyola no iniciï les investigacions pertinents ni jutgi els responsables; o l'informe d'Amnistia Internacional¹⁰⁴ on denuncia l'absència d'investigacions dels crims de Guerra Civil i franquisme a Espanya i on insta a Argentina a exercir el principi de jurisdicció universal per fer efectius els drets de la justícia internacional.

¹⁰³ GARCIA ARAN “La justicia universal”, cit. p. 23.

¹⁰⁴ AMNISTIA INTERNACIONAL: “Casos cerrados”, cit. p. 33.

7. VALORACIÓ I CONCLUSIÓ

A mode de conclusió i fent al·lusió al títol del present treball, puc afirmar que a Espanya ha operat la impunitat dels crims del franquisme.

En efecte, ha quedat suficientment acreditat que de d'entre el complex debat que gira al voltant dels postulats del Dret internacional i del Dret intern espanyol, la justícia espanyola ha optat per mantenir-se fidel a les exigències de l'ordenament jurídic espanyol i respectar els principis de legalitat, taxativitat i irretroactivitat del Dret penal.

A parer meu, la posició del Tribunal Suprem pel que fa a l'arriscada construcció que realitza el jutge Baltasar Garzón sobre la tipificació dels delictes és comprensible, donat que subsumir el fets il·lícits en un tipus penal comú, però aplicar-hi les conseqüències i la pena corresponent a un altre tipus penal -en aquest cas, l'internacional- creant una nova figura delictiva justificada arrel de l'element de context és una maniobra jurídica que ratlla la perillositat, per molt desitjable que pugui ser-ne la seva finalitat.

No obstant, des del meu punt de vista, el Tribunal utilitza l'expressió "ficcio contrària a lògica jurídica" massa a la lleugera per referir-se al seguit de raonaments jurídics de l'ex-magistrat. Penso que considerar la permanència del delictes de detenció il·legal és una opció ben racional i no pot titllar-se de fictícia, ja que tal delictes no s'esgota amb la sospita de mort de la víctima, sinó amb les proves derivades de l'esbrinament del parador de la víctima. De fet, aplicar el delictes de desaparició forçada no significa considerar que la víctima "encara" està detinguda, sinó que el que en realitat se sanciona amb aquest tipus penal és que aquell que en el seu moment va estar detingut ha desaparegut com a conseqüència de la detenció i, per tant, el fet punible n'és la desaparició. És per aquest motiu que, per molt que se sostingui que no és raonable que els detinguts il·legalment avui en dia continuïn en situació de detenció, el cert és que sense una investigació judicial d'exhumació no poden identificar-se les causes de la mort de les víctimes i, precisament per això, n'és necessària l'activitat judicial en un estadi previ del procés judicial, com és el de la instrucció.

Més qüestionable és encara la obstinació del Tribunal a desacreditar el posicionament de Garzón utilitzant arguments polítics. Doncs si bé es cert que el

Tribunal encerta en considerar que no correspon a la figura del jutge la competència d'anul·lar lleis, el fet que es justifiqui la vigència de la Llei d'Amnistia per la transcendència política que va tenir al moment de la seva aprovació i reivindicar la impecabilitat de la Transició en els fonaments jurídics és encara més preocupant que qualsevol eventual ficció jurídica esgrimida per l'ex-magistrat Garzón.

Així doncs, per molt que els arguments jurídics del Tribunal, en termes generals, puguin tenir cabuda i hagi d'acceptar-se que la justícia espanyola no compta amb els mecanismes jurídics necessaris per enjudiciar els crims del franquisme, el fet és que dels raonaments sostinguts pel TS encaminats a excloure el sistema penal se'n desprèn un propòsit que va més enllà d'allò que és merament jurídic, això és, una voluntat política d'aturar la investigació d'aquests delictes.

A més, l'afany per impedir la justícia penal s'ha vist reflectit en els esforços de la Fiscalia per entorpir la causa a Argentina així com en la tendència dels diferents poders de l'Estat d'evitar col·laborar amb els organismes de Dret internacional que es preocupen de les violacions de dels drets humans, i això porta a plantejar-nos si no es tracta d'una conseqüència més de l'actitud adoptada per part de les diferents institucions de l'Estat espanyol d'enterrar el passat per construir el futur de la mà del perdó i l'absència de condemna.

I és que ha quedat palès al llarg del treball que per aconseguir la democràcia, Espanya ha hagut de pagar el preu de l'oblit, ja sigui en nom del pacifisme, o bé per temor, o fins i tot a causa de la mateixa herència del franquisme, que no va passar el procés de depuració com en altres Estats d'Europa i que va penetrar en tots els àmbits de la societat espanyola.

Això s'ha traduït en mancances per part de l'Estat espanyol a l'hora de regular els drets de les víctimes dels crims del franquisme. D'una banda, de les limitacions exposades sobre llei de Memòria Història de 2007, se n'ha extret que s'ha deixat en mans de les víctimes la satisfacció del dret a saber i a la reparació de les víctimes, fet que hauria de configurar-se com un deure a càrrec de les institucions de l'Estat i no pas com un privilegi relegat a instància de part. I d'altra banda, Llei d'Amnistia de 1977, encara que fou un instrument necessari en el context d'inici de la Transició, avui en dia l'única comesa que té és restar al servei de la impunitat, motiu pel qual en són pocs els qui no en demanen la nul·litat.

En suma, davant el silenci desplegat per Espanya, l'Audiència Nacional es presentà com l'últim recurs efectiu per a les víctimes de la Guerra Civil i el franquisme i és per això que no és descabellat valorar atendre els requeriments de les organitzacions internacionals, plantejar-se una possible flexibilització de la rigidesa dels mandats del Dret penal espanyol i teoritzar sobre les possibilitats d'aplicar al cas dels crims del franquisme les normes de Dret internacional humanitari.

En definitiva, hi està en joc el poder considerar el Dret com a una eina de transformació social, ja que, de no fer-ho, és possible que la impunitat deixi a la societat espanyola sense esma per lluitar per la justícia i, és més, és molt probable que impedeixi que l'Estat espanyol construeixi un futur deslliurat de les atrocitats del passat.

9. BIBLIOGRAFIA

- AMNISTIA INTERNACIONAL, “España: poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la Guerra Civil española y del régimen franquista”, *Sección Española de Amnistía Internacional* (2005).
- AMNISTIA INTERNACIONAL, “La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo”, *Sección Española de Amnistía Internacional* (2008).
- AMNISTIA INTERNACIONAL, “Casos Cerrados, heridas abiertas: El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España”, *Sección Española de Amnistía Internacional* (2012).
- CAPELLÀ i ROIG, Margalida, La recuperación de la Memoria Histórica desde la perspectiva jurídica e internacional, *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, nº 7 (2008).
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el Franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho Internacional*, Bilbao: Deusto, 2012.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: “La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo: del Auto de 16 de octubre a la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de 2 de diciembre de 2008”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 7102 (2009).
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, “Examen del Auto del Juzgado de Instrucción Nº. 5 de la Audiencia Nacional por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 7054 (2008).

- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: “Justicia transicional y responsabilidad internacional del Estado: un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española”, *Revista de Derecho de Extremadura*, p. 53 (2008).

- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier; VICENTE MÁRQUEZ, Lydia; MORENO PÉREZ, Alicia, “La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas, el Comité contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre la Justicia Transicional de las Naciones Unidas”, *ANIDIP*, nº 66-101, p. 70 (2014).

- *Código Penal*, 15.ª Edición, Madrid: Tecnos, 2009.

- CUESTA, Josefina, “Recuerdo, silencio y amnistia en la democràcia españolas (1975-2006)”, *Stud. hist., H.ª cont.* nº25 (2007), a: http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/0213-2087/article/viewFile/1054/1132

- DIGÓN MARTIN, Raül; DUEÑAS ITURBE, Oriol, “La responsabilidad del Estado ante las víctimas del franquismo y el papel del poder judicial”, *Revista Mientras tanto*, (2012) a: <http://www.mientrastanto.org/sites/default/files/pdfs/2155.pdf>

- DOÑATE, Antonio: “Delitos permanentes y Memoria histórica”, *Izquierda Socialista*, p. 5 (2008).

- FOUCE, José Guillermo, “Lucha por los Derechos Humanos y la Justicia Histórica en España del siglo XXI”, *Revista Electrónica de Intervención Psicosocial y Psicología Comunitaria*, vol. 2, nº 1 i 2 (2007) a: <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/DialnetLuchaPorPosDerechosHumanosYLaJusticiaHistoricaEnLa-2388885.pdf>

- GARCIA ARAN, Mercedes, “La justicia universal com a instrument de la justicia transicional”, *Temps i espais de memoria. Revista digital del Memorial Democràtic*, nº 1 (2013).
- GARCÍA SÁEZ, José Antonio, “Memoria històrica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 4 (2013).
- GIL GIL, Alicia, “Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español or infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española”, *Revista para el análisis del Derecho*, nº 4 (2012).
- GIL GIL, Alicia, “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, *Revista electrónica de ciencia Penal y Criminología* (2005).
- GRIMALDOS, Alfredo, *La sombra de Franco en la transición*, Madrid: Oberón, 2004.
- MACULAN, Elena, “Límites a la expansión de la persecución por crímenes Internacionales y al papel del juez-historiador: la aportación de la STS 101/2012”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 8 (2012).
- MANJÓN.CABEZA OLMEDO, Araceli, “2012: Las posibilidades legales de la memoria histórica”, *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, nº 14-12 (2012).
- MESSUTI, Ana, “La querrela argentina por las víctimas del franquismo. La aplicación del principio de justicia universal al caso de desapariciones forzadas” *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, (2013).
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

- LÓPEZ LÓPEZ, Pedro, “Los crímenes del franquismo y el derecho internacional”, *Derecho y Realidad*, nº 20 (2013).
- PANIAGUA, Javier, *La transición democrática. De la dictadura a la democracia en España (1973-1986)*, Madrid: Anaya, 2009.
- Plataforma por la Comisión de la Verdad, “Informe al Comité de NNUU sobre desapariciones forzadas”, a:
http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/Session5/PCV_Spain_sp.pdf
- PRESTON Paul, *Botxins i repressors. Els crims de Franco i els franquistes*, Trad. AINAUD, Jordi, Barcelona: Editorial Base, 2006.
- PRESTON, Paul, *La Guerra Civil espanyola*, Trad. BELTRÁN, Jordi, Barcelona: Debate, 2006.
- PRESTON, Paul, *La fi de la Guerra Civil. La República apunyalada*, Trad. AINAUD, Jordi, Barcelona: Editorial Base, 2014.
- RANDO, Virgine, “Memoria y silencio en la Transición a partir de la Ley de Manistia de 1977”, *Dumas Dépôt Universitaire de Memoires Après Soutenances* (2013), a: <http://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-00926189/document>
- RIVAS, Perdo, *Salir de la oscuridad. Perdón, Derecho y Política en los procesos de justicia transicional*, Pamplona: Arazandi, 2013.
- RODRIGUEZ ARIAS, Miguel Ángel, “La nueva ley de memòria històrica y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo”, *Jueces para la Democracia*, nº 63, p. 73 (2008).
- RODRIGUEZ, Virginia, “Los límites de la Justicia Internacional”, *Relaciones Internacionales*, nº 11 (2009).

- SALELLAS i VILAR, Lluç, *El franquisme que no marxa. Els noms i els cognoms dels responsables de la dictadura que han mantingut els privilegis amb la democràcia*, Barcelona: Edicions Saldonar, 2015.
- SÁNCHEZ, Mariano, *La transición sangrienta: una historia del proceso democrático en España (1975-1983)*, Barcelona: Península, 2010.
- SLEPOY, Carlos, “El principio de jurisdicción universal y su aplicación en la persecución de responsables de crímenes contra la humanidad”, *Vientosur*, nº 126, (2013).
- TAMARIT SUMALLA, Josep, “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, *Política Criminal*, vol. 7 (2013).
- TAMARIT SUMALLA, Josep, “Comisiones de Verdad y justicia penal en contextos de transición”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº1 (2010).
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, “La revisión del pasado y la Ley de Memoria Histórica”, *Revista Penal*, nº 25 (2010).
- ZAPICO BARBEITO, Mónica, “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 Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, nº 14, (2010).