

LA IMPUNIDAD DE LOS CRÍMENES DE LA DICTADURA Y LA IDEOLOGÍA JURÍDICA DEL OLVIDO

IMPUNITY FOR THE CRIMES OF THE DICTATORSHIP AND THE LEGAL IDEOLOGY OF FORGETTING

Ramón Sáez Valcárcel*

*Consejo General del Poder Judicial, España. E-mail: ramonsval@gmail.com

Recibido: 14 junio 2021 / Revisado: 19 julio 2021 / Aceptado: 16 septiembre 2021 / Publicado: 15 octubre 2021

Resumen: El Modelo Español de Impunidad de los crímenes de la dictadura, prototipo de crímenes de estado, se sustenta en una ley preconstitucional, en el fracaso de la política por la ausencia de medidas de Justicia Transicional y en las decisiones de los jueces que negaron el acceso de las víctimas a la tutela jurisdiccional. Un marco que ha sido elaborado por la ideología jurídica del olvido y la negación de la historia. El artículo trata de explicar el proceso de cuestionamiento de la impunidad del franquismo que resultó de la transición a la democracia y los motivos que lo han puesto en crisis.

Palabras claves: crímenes de la dictadura, impunidad, amnistía, olvido, derecho internacional

Abstract: The Spanish model of impunity for crimes during the dictatorship, prototype of state crimes, is based on a preconstitutional law, the failure of politics due to the absence of transitional justice measures and the judges' decision of denying access to justice for the victims. A framework that has been developed through the juridical ideology of oblivion and the denial of history. The article tries to explain the process of questioning the impunity of the francoist regime that resulted from the transition to democracy and the reasons that have put it in crisis.

Keywords: crimes of the dictatorship, impunity, amnesty, oblivion, international law

INTRODUCCIÓN. MODELO DE IMPUNIDAD, TRANSICIÓN POLÍTICA Y CAMBIO CULTURAL

“Una nación resulta comprometida por todo crimen que se comete en su nombre. No puede salvarse mientras que no haya reconocido ese acto como propio, porque para las naciones, como para los hombres, no hay otra elección que ser cómplice del verdugo o su juez”,

escribió Robert Badinter, jurista e historiador, a propósito de la amnistía de los militares y policías que habían cometido actos de violencia aberrante contra militantes de la oposición durante la lucha del pueblo de Argelia para desembarazarse del yugo colonial y lograr la independencia¹. La Batalla de Argel fue un laboratorio del horror: ejecuciones extrajudiciales, torturas, desapariciones forzadas, vuelos de la muerte. Desde entonces, en un proceso lento de desenvolvimien-

¹ Citado en, Wahnich, Sophie et al., *Une histoire politique de l'amnistie*, Paris, Presses Universitaires de France, Paris 2007, p. 252. Badinter era entonces abogado del comité Audin, después fue Ministro de Justicia bajo la presidencia Mitterrand y abolió la pena de muerte. Maurice Audin fue un matemático y profesor universitario, militante comunista, detenido, hecho desaparecer y torturado hasta la muerte por soldados del ejército colonial, durante la llamada batalla de Argel. El Comité Audin se constituyó por intelectuales franceses, entre ellos los grandes historiadores de la antigüedad Vernant y Vidal-Naquet, con el objetivo de denunciar la tortura, asesinato y desaparición de opositores, una voz que clamó contra el silencio cómplice de la sociedad.

to del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la impunidad de los crímenes contra la humanidad ha devenido intolerable para un sector de nuestra sociedad y de la Comunidad Internacional, hasta el punto de plantearse como actual el dilema moral que entonces señalara Robert Badinter. En este trabajo trataremos de indagar en ciertos cambios que se detectan en la percepción social sobre la dictadura franquista y la impunidad de sus crímenes, así como en los factores que explicarían, desde la perspectiva de un jurista, nuestro modelo de transición sin justicia ni verdad.

La sociedad española ha vivido una importante transformación cultural y política del sentido que se atribuye al proceso de Transición de la dictadura a la democracia. En aquel momento la sociedad, y sobre todo sus políticos –los que detentaban el poder del Estado franquista y los de la oposición democrática, algunos regresados después de un largo exilio– decidieron no mirar atrás, a las atrocidades del pasado inmediato, no pedir cuentas por una violencia política estatal ilegítima, intensa y sostenida en el tiempo, que tanto sufrimiento había provocado. En buena medida, esta actitud vino a consolidar el relato oficial heredado que se vertebraba en dos operaciones de encubrimiento y negación de la historia. Primero, por la ocultación del Golpe militar –de su triunfo en la mitad de España, donde no hubo conflicto armado– y de la brutal represión que se aplicó contra la población civil en la retaguardia, pues las masacres, ejecuciones extrajudiciales, detenciones seguidas de desaparición forzada y persecución de civiles deben valorarse de manera autónoma². Segundo, para confundir guerra y dictadura y tratar los dos periodos como un todo traumático, como un mismo fenómeno, olvidando los crímenes de Estado cometidos después de finalizar la guerra y desdibujando una etapa histórica de más de treinta y cinco años de estado de excepción permanente, de concentración del poder y de vulneración sistemática de los Derechos Humanos básicos. Un relato que contemplaba España como una nación en paz y orden, constituida por una comunidad homogénea desde el punto de vista racial, religioso y político (o apolítico), donde había desaparecido

² La violencia desplegada en la retaguardia republicana, en el momento de colapso del Estado y de sus aparatos de coerción como consecuencia del golpe militar, fue parte de ese relato y de ella se ocuparon los tribunales de excepción del nuevo Estado y la Causa General.

la lucha de clases, y que apuntaba la responsabilidad de lo ocurrido en el haber de la violencia “fratricida” que habrían ejercido ambos “bandos”, que debería abordarse con la terapia del olvido y el perdón oficial para “no abrir viejas heridas ni avivar el rescoldo de la confrontación civil”.

La conducta de los dirigentes de la oposición democrática ahora se califica, con buenas razones, de “pacto de silencio”. Un pacto que solidificó sobre la amnistía de los crímenes cometidos no solo durante el Golpe de Estado del verano de 1936 y la violenta represión que le siguió –allí donde triunfó el alzamiento militar y no hubo conflicto armado– también durante toda la dictadura. La amnistía de los crímenes de las autoridades, funcionarios y agentes del orden público del “Régimen” no fue objeto de debate ni en el Congreso de los Diputados ni en la calle –como entonces se denominaba el espacio público de aparición de las demandas ciudadanas proscritas y perseguidas–. Es por ello que no formaba parte del recuerdo de quienes habían vivido activamente aquel periodo en los movimientos democráticos. En los hechos, la impunidad de los delitos de la dictadura fue el reverso de la amnistía de los represaliados políticos y se introdujo de rondón en la primera ley aprobada por el Parlamento elegido democráticamente, que venía a dar respuesta a la reivindicación histórica de la oposición antifranquista. Cuarenta años después, una parte de esta sociedad considera intolerable la impunidad de aquellos graves crímenes y su “perdón” por ley, que sigue en vigor. Lo que supone una transformación de gran calado político, porque desvela la fractura de la comunidad en torno a este pasado que se niega a pasar, un pasado reprimido que regresó y clama justicia.

La impunidad de los crímenes de la dictadura frente a la posibilidad de que los perpetradores rindieran cuentas, ha sido una de las lógicas en tensión en la historia reciente de España. La dictadura trató de ocultar las huellas de la barbarie. De muchas formas: impidiendo la inscripción de los que fueron hechos desaparecer y asesinados en el verano, otoño e invierno de 1936, cuando la represión en la retaguardia rebelde no se atuvo a formalidad alguna, antes de que se encargara la Justicia militar de continuar la tarea de limpieza del “solar patrio”, paradigma de instauración del “nuevo orden”. Luego, la ocultación se encauzó mediante la destrucción de los archivos

de Falange, de la policía política, de los juzgados y de otras instituciones.

Durante la Transición el enjuiciamiento de torturadores y asesinos no fue una preocupación de los movimientos de oposición democrática. Por diversos factores, entre ellos, y no es poco, se puede destacar el miedo que la dictadura había imprimido en la sociedad y el pleno funcionamiento de los aparatos de coerción pues la descomposición del Estado franquista no había afectado al Ejército ni a la policía política, que seguían amenazando cualquier negociación con la oposición antifranquista, marcando los límites bajo advertencia de intervención y utilizando de modo ilegítimo la fuerza policial, incluso con torturas, que seguían obedeciendo a la misma lógica sistemática, y disparando fuego real para disolver manifestaciones en las calles. Los programas de la izquierda política y social se centraron en mejorar las condiciones de vida y existencia de la población más desfavorecida, en construir y consolidar una democracia representativa homologable con Europa y avanzar en cotas de igualdad material.

Ese cambio de sensibilidad en la moral social sobre la impunidad de los agentes de la dictadura pone de relieve una fractura cultural, política y ética a propósito del pasado, que cuestiona el mecanismo del consenso con el que pretendieron neutralizar la política. Porque mientras un sector de la sociedad –en buena medida coincidente con la parte de los que no tenían parte en el común que había diseñado la dictadura, utilizando las categorías de Rancière sobre el reparto de lo sensible y distribuyéndolo según el esquema de España y los españoles y la “anti-España”³– considera el franquismo un régimen criminal, que se mantuvo en todo momento por el uso de la violencia, y señala como inaguantable la impunidad de los delitos seriales cometidos contra el grupo social de los etiquetados como enemigos de aquella España de orden, otro sector estima que fue un sistema legítimo y justifica la represión, al tiempo que niega los crímenes.

Uno de los factores que propició tal transformación fue la acción de las asociaciones de la memoria y su reivindicación de los asesinados, desaparecidos, torturados y represaliados como víctimas que demandan Verdad, Justicia y Reparación. Hito de este proceso fue la apertura de

una fosa común, hace veinte años, en Priaranza del Bierzo –donde no había habido conflicto armado porque triunfó el Golpe de Estado– y la exhumación de los restos de civiles que habían sido ejecutados extrajudicialmente, utilizando métodos científicos con la intervención de antropólogos, arqueólogos e historiadores. Un ejemplo de la violencia exterminadora empleada por los sublevados en la retaguardia contra la población civil, mala muerte seguida de enterramiento clandestino indigno, hechos que permanecían en la memoria de familiares y vecinos. A partir de entonces se han abierto 700 fosas y recuperado los restos de 9.000 cuerpos, detrás de los que había miles de familias, víctimas directas según el Derecho Internacional⁴.

La apertura de las fosas ha tenido un efecto re-velativo, porque ha desmentido el carácter terapéutico de la acción del ejército rebelde, un elemento del relato hegemónico sobre el primer franquismo –un Estado totalitario–, al tiempo que desvelaba la incapacidad y la desidia de la política para hacer justicia a las víctimas. La exhumación de las fosas es una acción política de gran carga simbólica, pues ante los lugares clandestinos de la muerte infame, los vivos recuerdan a sus deudos y homenajean a las víctimas. La tierra que ocultaba el crimen es removida exhibiendo a la luz pública los esqueletos fosilizados, los cráneos perforados por el tiro de gracia, los cadáveres de mujeres, de ancianas, incluso de adolescentes. Los objetos devienen signos de la vida arrebatada por la furia homicida: juguetes –sonajeros y muñecas– llaves para abrir la puerta de casa, un dado, gafas, crucifijos, medallas de vírgenes, anillos⁵. Las imágenes que los representan son testimonio riguroso de la barbarie, en fría soledad la tierra atesoraba recuerdos, nombres e historias que ahora evocan a quienes fueron eliminados. Los restos materiales de la masacre, que no se pueden utilizar como elementos de prueba judicial, otorgan sentido

⁴ Como informa el antropólogo forense Francisco Etxeberria, de la Sociedad de Ciencias Aranzadi, que ha intervenido en muchas de esas exhumaciones privadas acometidas por las asociaciones y los familiares con voluntarios, al margen del Estado. Ver, “Entrevista a Francisco Etxeberria”, entrevistado por Alejandro Torrús, *publico.es*, 6 de octubre de 2020.

⁵ El libro editado por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica (ARMH) titulado *Las voces de la tierra* (Pamplona, Alkibla, 2020) es una hermosa recreación del drama que se centra en espléndidas fotografías que representan objetos recuperados en las fosas.

³ Rancière, Jacques, *La mésentente. Politique et philosophie*, Paris, Editions Galilée, 1995.

a la acción política de la memoria y la reivindicación de Justicia. Igual poder tiene el dolor de los familiares, que las emociones al pie de la fosa ponen de manifiesto, tanto tiempo después del acontecimiento y de la ausencia que ha marcado sus vidas.

Entre los hechos que esta actividad ha sacado a la luz, al margen de las fosas mixtas de mujeres y hombres de todas las edades, llaman la atención los enterramientos exclusivos de mujeres, porque suponen un fenómeno singular e insólito, que señala con precisión las prácticas genocidas que acometieron los rebeldes con el propósito de construir un nuevo orden social y reorganizar la nación. Para ello construyeron el enemigo de la “antiEspaña”, cuyo prototipo era el movimiento obrero y las elites políticas y culturales de la República, pero también las mujeres que pretendían la igualdad, porque configuraban una identidad incompatible con la cristiandad occidental, que debía ser expurgada⁶. Los trabajos de exhumación han descubierto la fosa de la Vuelta del Esparragal en Poyales del Hoyo (Ávila) donde en diciembre de 1936 fueron ejecutadas tres mujeres, la fosa de Grazalema (Cádiz) que alojaba los restos de quince mujeres, de entre 18 y 62 años, y de un niño de 14 que fue recogido por el escuadrón de la muerte en el camino y obligado a abrir la tierra, en febrero de 1937, y la fosa de Gerena (Sevilla) con diecisiete mujeres vecinas de Guillena, fusiladas en noviembre de 1937. Son ejemplo de una violencia sexuada, violencia terrible sobre la población civil que se empleó en la retaguardia del Ejército sublevado y que afectó a ciertas mujeres identificadas con la “antiEspaña”, que fueron objeto de humillaciones,

⁶ El análisis de las prácticas genocidas de aniquilamiento de colectivos humanos como tecnología del poder, más allá de la discusión jurídica sobre el concepto de genocidio y la inclusión del grupo político, fue aplicado por el sociólogo Daniel Feierstein a la dictadura argentina y las masacres que ejecutó (Feierstein, Daniel, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007). Entre nosotros el historiador Antonio Míguez Macho ha recogido esas categorías para rechazar por falta de rigor las calificaciones al uso en la historiografía de la guerra y el franquismo y precisar conceptos que ayuden a interpretar la violencia de retaguardia de los rebeldes como violencia masiva de Estado, y distinguir actos de represión política de lo que son prácticas de eliminación sistemática de personas (Míguez Macho, Antonio, *La genealogía genocida del franquismo. Violencia, memoria e impunidad*, Madrid, Abada, 2014).

persecución y muerte, algo de difícil explicación en el relato oficial de la “guerra fratricida” y cuya interpretación debe encuadrarse en una política de aniquilación política y cultural de la experiencia democratizadora que supuso la incorporación de la mujer a la vida pública y la legislación que la acompañaba⁷.

Estas imágenes han socavado en ciertos sectores sociales la legitimidad de los consensos políticos asumidos como sentido común y conmovido la memoria colectiva. La indiferencia que han manifestado gobernantes, políticos y jueces ante la apertura de las fosas ha sido un factor añadido de deslegitimación del mito de la Transición. Porque al hurgar la tierra que cubría los restos humanos y las pertenencias de las víctimas, en infames enterramientos, se remueven conciencias individuales y, con ellas, la historia, y salen a la luz pequeños acontecimientos de la tragedia que se quiere negar. La negación es una constante de las prácticas asociadas a los grandes crímenes de Estado, que sucede y perpetua la masacre. Las exhumaciones, en sentido contrario, publicitan el horror que conllevó el Golpe militar desde su planificación como proyecto reorganizador de la nación y la violencia de retaguardia y de posguerra. La historiografía ha documentado que España fue una de las sociedades europeas que mayor represión sufrió en tiempos de paz, a partir de la constatación de datos como el de 50.000 fusilamientos desde que terminó el conflicto armado en 1939, 600.000 procesados en causas de la jurisdicción militar y cerca de un millón de hombres, mujeres y niños sometidos al sistema penitenciario, entre campos de concentración,

⁷ Martín-Chiappe, María Laura, “Fosas comunes de mujeres: narrativas de la(s) violencia(s) y lugares de dignificación”, *Kamchatka. Revista de análisis cultural*, 13 (2019), pp. 271-297; Cobo Romero, Francisco y Ortega López, Teresa María, “Franquismo y represión femenina. Reforzamiento del discurso antifeminista y aniquilamiento de la experiencia liberadora, 1936-1951”, en Anderson, Peter y Del Arco Blanco, Miguel Ángel et al., *Lidiando con el pasado. Represión y memoria de la guerra civil y el franquismo*, Granada, Comares, 2014, pp. 65-82. Dos fosas de mujeres de las Albarizas del Tudal, en Villanueva de la Vera, se intentaron localizar en octubre de 2008 y gozaron de insólita autorización judicial, bien que efímera, al amparo de una providencia del Juzgado Central de Instrucción, antes de que la Sala archivara las diligencias. Sobre los “paisajes del horror”, como lo ha denominado el antropólogo Francisco Ferrándiz, ver Ferrándiz, Francisco, *El pasado bajo tierra. Exhumaciones contemporáneas de la Guerra Civil*, Barcelona, Anthropos, 2014, pp. 143 y ss.

batallones de trabajadores, prisiones y reformatorios⁸.

En el cambio de sensibilidad ha influido la evolución del Derecho Internacional después del final de las dictaduras del Cono Sur de América y de la Guerra Fría, tras la caída del Muro de Berlín, que propició la afirmación de principios como los de la obligación estatal de perseguir los crímenes internacionales más graves –los de guerra, de lesa humanidad y de genocidio– su imprescriptibilidad y la ineficacia de amnistías o perdón sin previa investigación y persecución, la responsabilidad individual de autoridades y mandatarios públicos y la cancelación de las inmunidades. Transformación que se vio impulsada por la creación y actuación de los tribunales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994) y se consolidó a nivel mundial con el Estatuto de Roma por el que se instituía el Tribunal Penal internacional y se codificaban los cuatro grandes tipos de crímenes de Derecho Internacional. De esta manera se ponía de actualidad la relevancia del Derecho Internacional en el control de la gran criminalidad de Estado, olvidada por la criminología y el Derecho Penal nacional. Aquellos hitos fueron seguidos de la Declaración de Naciones Unidas sobre las desapariciones forzadas, de diciembre de 1992, que en el 2005 dio como fruto la Convención Internacional, y el Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional⁹.

De esa manera, al tiempo que circulaban imágenes de las fosas comunes, de la exhumación de los restos de las víctimas, del dolor y la reivindicación de los familiares, comparecían las categorías del Derecho Penal Internacional –crímenes

de guerra, genocidio, lesa humanidad, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, víctimas directas e indirectas, Derecho a la Verdad– para otorgar nuevo sentido a aquellos hechos y prácticas brutales con un campo de nuevas significaciones y etiquetas.

En la última década del siglo pasado, la que vivió un crecimiento inusitado de los Derechos Humanos, surgió el título jurídico que venía a nombrar tanta indiferencia y desprecio por los graves crímenes y sus víctimas: impunidad. Fue en 1997 cuando el Relator especial de Naciones Unidas Louis Joinet –antiguo magistrado, fundador del *Syndicate de la Magistrature*, organización de la izquierda judicial francesa– presentó un informe acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de Derechos Humanos que sirvió de base para la enunciación de los Principios básicos para la protección y la promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad. El informe recogía la secuencia de la toma de conciencia, por parte de la Comunidad Internacional, de la importancia de poner coto a la impunidad, que definía como la inexistencia, de hecho, o de derecho, de responsabilidad penal de los autores de violaciones de los Derechos Humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, que así lograban escapar de toda investigación, juicio y sanción. Los Principios estructuraban el campo semántico de lo que se denominó la Justicia transicional alrededor de tres ejes: Derecho a la Verdad, con una dimensión individual y otra colectiva; Derecho a la Justicia, que es justicia penal que proscribía la amnistía y la prescripción de los crímenes, y Derecho a la Reparación, que incluye las Garantías de No Repetición. Joinet consideraba que

“[d]esde el origen de la humanidad hasta la época contemporánea, la historia de la impunidad es la historia de un perpetuo conflicto y de una extraña paradoja: un conflicto que opone al oprimido al opresor, la sociedad civil al Estado, la conciencia humana a la barbarie; una paradoja del oprimido que, liberado de sus cadenas, asume a su vez la responsabilidad del Estado y se encuentra atrapado en el engranaje de la reconciliación nacional que va a relativizar su compromiso inicial de luchar contra la impunidad”¹⁰.

⁸ Gómez Bravo, Gutmaro y Marco, Jorge, *La obra del miedo. Violencia y sociedad en la España franquista (1936-1950)*, Barcelona, Península, Madrid 2011, pp. 34 y 84; y Babiano Mora, José, Gómez Bravo, Gutmaro, Míguez Macho, Antonio y Tébar Hurtado, Javier, *Verdugos impunes. El franquismo y la violación sistemática de los derechos humanos*, Barcelona, Pasado&Presente, Barcelona 2018, p. 101.

⁹ *Asamblea General de Naciones Unidas, “Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, Resolución 47/133, 18 de diciembre de 1992; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 2005; Asamblea General de las Naciones Unidas, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, AG/56/83, 2002.*

¹⁰ Joinet, Louis, “La cuestión de la impunidad de los autores de las violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)”, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1,

En este contexto, abril de 2004, la red Equipo Nizkor presentó el informe *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, con el apoyo de numerosas organizaciones de la memoria¹¹. El dictamen ponía etiqueta jurídica a los hechos del pasado, calificaba a la dictadura desde la perspectiva del Derecho Internacional como un régimen criminal y fundamentaba un plan de acción que pasaba por la ratificación de la Convención de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad¹², la anulación de los juicios de la represión, una ley de exhumaciones e identificación de víctimas, políticas de verdad en relación a las desapariciones, los campos de concentración y de trabajo forzado, elaboración de listas de víctimas, tratamiento reparador respecto a los niños de la guerra, reconocimiento de la nacionalidad española a los hijos del exilio, conservación del patrimonio documental público y acceso a los archivos, un inventario de los bienes saqueados y resarcimiento económico. A esta iniciativa se sumaron otras organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional que, en diciembre de aquel año, dio publicidad a un memorando titulado *España: Acabar con la doble injusticia. Víctimas de tortura y malos tratos sin reparación justa y adecuada*¹³. Fue un paso decisivo para situar en el centro del debate a los crímenes de la dictadura y su impunidad.

En esa época, anterior al nuevo orden mundial que impuso la “guerra contra el terrorismo”, hay que recordar el impacto extraordinario que tuvo la extradición de Pinochet solicitada por España a Reino Unido, en octubre de 1998, para que fuera perseguido por crímenes contra la humanidad cometidos durante el Golpe de Estado y la represión de la dictadura chilena. Tuvo la significación de un acontecimiento porque descubrió a

una parte de la sociedad, y a los mismos jueces, la posibilidad de acabar con la impunidad y de perseguir a los autores de los grandes crímenes de estado. La reclamación de Pinochet abrió un nuevo espacio, el del ejercicio de la Jurisdicción Universal frente a las masacres, y con él una serie de procesos contra exmandatarios en diversas partes del mundo, que luego permitió que fueran juzgados en sus propios países. Todo ello contribuyó a la construcción de una sensibilidad diferente. Ahí están los juicios contra Milosevic, Karadzic y Mladic ante el Tribunal Penal Internacional contra la ex-Yugoslavia, los juicios y condenas de García Meza en Bolivia (1995), Álvarez y Bordaberry en Uruguay (2009 y 2010), Fujimori en Perú (2009) y el general Ríos Montt en Guatemala (2013).

Los procesos que se incoaron en la Audiencia Nacional contra autoridades militares responsables de los crímenes de las dictaduras del Cono Sur de América –Pinochet y los miembros de las Juntas Militares de Argentina– cuando en estos países imperaba la impunidad y sus tribunales no querían o no podían actuar, tuvieron un efecto revulsivo sobre todo en aquellos sectores de la sociedad cuyo dolor y sufrimiento había sido postergado en aras al progreso social y económico que prometió la democracia. Interpuso un espejo en el que mirarse, en el que desear justicia para los grandes crímenes del pasado inmediato. Y el Derecho ofreció nuevos marcos de sentido para aquellos hechos, que dejaron de ser vistos como una cadena de sucesos luctuosos –“de enfrentamientos y divisiones”, dicen los discursos oficiales– en el camino del progreso para presentarse con el rostro de la catástrofe que acumula ruinas sobre ruinas, tal y como aconteciera al ángel de la historia de Walter Benjamin. Esa es la capacidad fabulosa del Derecho, su fuerza performativa.

Debemos sumar a la cuenta la presión externa de los reiterados pronunciamientos de los mecanismos de protección de los Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas. En el momento en que se iniciaba la fugaz andadura procesal de las diligencias del juzgado Central de Instrucción número 5, que le costó el procesamiento y enjuiciamiento por prevaricación al juez Garzón, en octubre de 2008, el Comité de Derechos Humanos –encargado de supervisar a los Estados y declarar el alcance de sus obligaciones desde la perspectiva del Pacto Internacional de Derechos

1997. Los Principios fueron actualizados en 2005 a partir del informe del informe de Orentlicher, Diane, “Conjunto actualizado de Principios para Combatir la Impunidad”, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005.

¹¹ Equipo Nizkor, *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, Madrid, Equipo Nizkor, 2004.

¹² Organización de Naciones Unidas. Asamblea General, “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, Resolución 2.391 (XXIII), 26 de noviembre de 1968.

¹³ Amnistía internacional, *España: Acabar con la doble injusticia. Víctimas de torturas y malos tratos sin reparación justa y adecuada*, Madrid, Amnistía Internacional, 2004.

Civiles y Políticos¹⁴– recordó a España que los delitos de lesa humanidad cometidos durante el franquismo eran imprescriptibles y las amnistías incompatibles con el tratado, por lo que recomendaba la derogación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía¹⁵, que se reconociera la imprescriptibilidad de dichos crímenes, se constituyera una Comisión de la Verdad sobre las violaciones de los Derechos Humanos y se permitiera que las familias exhumasen e identificasen los restos de las víctimas¹⁶. Posteriormente, el Grupo de trabajo sobre Desapariciones Forzadas, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Comité contra la Desaparición Forzada, el Comité contra la Tortura y el Relator especial sobre promoción de la Verdad, la Justicia y la Reparación han reproducido idénticas denuncias sobre la incompatibilidad de la legalidad internacional con el “perdón” y la prescripción de los crímenes de la dictadura.

Impunidad, verdad, crímenes contra la humanidad, desapariciones forzadas y víctimas, un glosario para el nuevo sentido común que trataban de elaborar las asociaciones de la memoria democrática. La emergencia de las víctimas mediante la consolidación de su Estatuto en el Derecho Internacional supuso un cambio epocal, que dichos colectivos supieron aprovechar. Aunque la práctica política demostraría la existencia de distintas categorías de víctimas en función del grado de reconocimiento que les otorgara el sistema, expresaba una singular transformación del Derecho Penal y de la cultura jurídica. El discurso de las víctimas señaló un nuevo camino a los colectivos que guardaban la memoria de los derrotados y de los perseguidos, en la medida que en otros lugares y jurisdicciones habían logrado desbordar los límites de la ciudadanía y, sometiendo a su propio Estado al Derecho y a los Derechos Humanos, le habían hecho justiciable. De manera que venían a cumplimentar el programa de la cláusula del Estado de Derecho, que significa sumisión de todos los poderes al Derecho, y a expandir la cultura de la legalidad frente a los grandes crímenes de estado. Y cuando no lograban abrir la jurisdicción interna, acudían a

otras jurisdicciones dispuestas a actuar en virtud del principio de Justicia Universal y en nombre de la Comunidad Internacional.

El proceso de recepción y de efectividad del Derecho Internacional nunca es lineal pues, aunque su normatividad obligue a los Estados, no ha sido provista de una garantía jurisdiccional. La mejor demostración de la resistencia de los Estados a acatar dicha legalidad es la actitud de los sucesivos gobiernos de España que no han suscrito la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968, en las cuatro décadas de democracia, evidentemente por el efecto que podría provocar sobre el tratamiento de los crímenes de la dictadura.

La negativa de los tribunales españoles a tutelar los derechos a la Verdad, la Justicia y la Reparación, ni siquiera dar cobertura a las exhumaciones de las fosas comunes y la identificación de los restos de los asesinados para su entrega a los familiares, propició que las asociaciones de la memoria democrática buscasen una jurisdicción dispuesta a actuar¹⁷. Con esta finalidad, colectivos de víctimas han acudido a la jurisdicción de Argentina, que admitió la primera acción judicial, presentada en abril de 2010, donde se han acumulado más de trescientas cincuenta querrelas, muchas de ellas colectivas, y centenares de denuncias, motivando mociones de apoyo en muchos ayuntamientos. La reforma de 1994 de la Constitución argentina proclamaba directamente aplicable los grandes tratados de Derechos Humanos que configuran el núcleo de la legislación internacional, lo que hizo posible la declaración de nulidad de las leyes que aseguraban la impunidad de los crímenes de su dictadura, promulgadas después de que hubieran sido juzgados y condenados los miembros de las Juntas Militares. Los hechos objeto del proceso argentino fueron calificados por la jueza Servini como crímenes contra la humanidad que se habían ejecutado desde el golpe de julio de 1936 hasta junio de 1977, fecha de las primeras elecciones. Fueron imputadas diecisiete personas, entre ellos políticos y policías; algunos destacados miembros de la policía política, como Gon-

¹⁴ *Organización de Naciones Unidas. Asamblea General, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, 1966.*

¹⁵ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía (BOE, 17 de octubre de 1977).

¹⁶ *Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, “Informe. 94º, 95 y 96º sesiones”, A/64/40, 2008 y 2009.*

¹⁷ Messuti, Ana, *Derecho como memoria y justicia*, Madrid, Postmetrópolis 2020; y Lerena García, Alejandro, “Logros y retos de la querrela argentina contra los crímenes del franquismo”, en Cuadrado Bolaños, Jara et al. *Las huellas del franquismo: pasado y presente*, Granada, Comares, 2019, p. 1307.

zález Pacheco y Muñecas Aguilar, tuvieron que comparecer ante un juez en España para declarar sobre las torturas que les atribuían. La Querrela Argentina ha visibilizado internacionalmente los crímenes del franquismo y su impunidad, desmascarando el relato heredado que caracterizaba al tardofranquismo como un tiempo de paz. La violencia estatal y la represión sistemática y masiva de la disidencia fueron marca característica de la dictadura en todo su largo periodo de existencia, hasta el final, a pesar de su capacidad de adaptación al contexto internacional, con atrocidades que se habían querido ocultar. El volumen de la represión política resulta increíble: ocho estados de excepción entre 1956 y 1975 –en un orden jurídico y político de excepción permanente–, nueve mil personas procesadas por el Tribunal de Orden Público entre 1964 y 1976, 5.584 civiles condenados por Consejos de Guerra de la Justicia Militar entre 1960 y 1977, nueve penas de muerte ejecutadas entre 1963 y 1975, un centenar de personas asesinadas por agentes policiales y parapoliciales entre el fin de la década de 1960 y junio de 1977¹⁸.

Todo ello pone de relieve la capacidad fabulosa de los Derechos Humanos –como ideología, como cultura y como norma– para hacer posible una acción política y social desde abajo, un accionar que cuando no encuentra interlocución y respuesta en la política busca su espacio en los tribunales. Una categoría como la del detenido desaparecido traducida al ámbito de la realidad histórica española ha permitido otorgar otro sentido al sufrimiento de muchas gentes que se preguntaban, y siguen preguntándose, por el paradero de sus familiares o el lugar de enterramiento de sus restos en condiciones de mala muerte, pues eran personas que fueron deteni-

das por agentes del nuevo Estado o milicias controladas por dichas autoridades. En esa tensión hay que admitir que, a lo largo de la primera década de este siglo y como consecuencia de esa movilización, se han desvelado muchos hechos que se querían ocultos e invisibles.

1. LOS PILARES DE LA IMPUNIDAD

La impunidad significa que no se investigan ni persiguen los crímenes internacionales más graves, las masacres, prototipo de crímenes de estado, incumpliendo la obligación que la legalidad internacional impone a los Estados, cuando no se acusa, ni juzga ni condena a sus autores. Y, además, que no se habilitan vías adecuadas para reparar los daños sufridos por las víctimas y para prevenir la repetición de aquellas violaciones masivas de los derechos fundamentales.

Ante la naturaleza de los crímenes de la dictadura, el deber de proveer Justicia obligaría al Estado a investigar judicialmente las detenciones seguidas de desaparición forzada, las muertes por ejecuciones extrajudiciales, las privaciones de libertad en campos de concentración y cárceles, los trabajos forzados, la sustracción de niños y el cambio de sus nombres e identidades, como forma específica de desaparición forzada, el despojo y la depredación del patrimonio de los enemigos, las torturas y la persecución política sistemática. En el apartado de la Verdad, ante la magnitud de los hechos y la incapacidad de la Justicia Penal, entrarían fórmulas como la constitución de Comisiones de Verdad, pero admitiendo sus limitaciones, porque la Justicia exige la indagación y persecución de los autores y de los partícipes de los crímenes, tarea que solo el poder penal del Estado puede acometer. Resulta difícil imaginar formas de satisfacción del Derecho de las víctimas a saber la Verdad –en el caso de desapariciones forzadas que siguen a una detención son víctimas no solo los familiares y allegados o próximos, también toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia del crimen, según el artículo 24.1 de la Convención internacional– sin recabar la intervención de los órganos estatales encargados de la investigación y procesamiento de los delitos. En el tercer capítulo, el Derecho de las víctimas a la Reparación, su observación pasaría por buscar, exhumar e identificar los restos de las personas que fueron asesinadas y sus cuerpos ocultados en enterramientos indignos, para devolverlos a sus deudos. También debería conllevar la anulación de las sentencias injustas de

¹⁸ Casanellas, Pau, *Morir matando. El franquismo ante la práctica armada*, Madrid, Los Libros de la Catarata, p. 14. El desvelamiento de las atrocidades del último franquismo como efecto de la querrela argentina es apuntado por Aguilar Fernández, Paloma y Payne, Leigh. A., en *El resurgir del pasado en España. Fosas de víctimas y confesiones de verdugos*, Madrid, Taurus, 2018, p. 136. Sobre la adaptación del régimen franquista y su evolución en el tiempo con aplicación de maquillaje “constitucional” para presentar una imagen internacional favorable, pero manteniendo la concentración arbitraria e ilimitada del poder en el dictador y su corte de colaboradores, ver Giménez Martínez, Miguel Ángel, *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 29 a 62.

los tribunales de excepción, entre ellas las dictadas por los juzgados de peligrosidad social. La indemnización de los daños causados a todos los que fueron arbitrariamente perseguidos y la devolución de los patrimonios confiscados por los tribunales ilegítimos encargados de la represión política, como fue el Tribunal de Responsabilidades Civiles. En el ámbito de las Garantías de No Repetición, que es un modo de reparación y de prevención de nuevos ataques contra las víctimas o sus familiares, deberían elaborarse políticas de memoria, como planes de enseñanza sobre derechos fundamentales y su vulneración masiva y sistemática durante la dictadura, y divulgarse en academias militares, escuelas de policía y de jueces, fiscales y otros juristas de Estado. Además, se debería procurar la neutralización de los discursos de todo género que ensalzan el crimen y a sus autores y humillan a las víctimas.

La dictadura fue modelo del estado de excepción permanente, de una situación de pseudolegalidad en la que incluso la norma, cuando enunciaba algún límite al poder absoluto, era conculcada por los agentes de la autoridad, que operaban con total impunidad, porque no había garantías efectivas para el ejercicio de los derechos y libertades, y las judiciales eran retóricas porque no había separación de poderes. Lo que supuso, en un balance jurídico, un universo inmenso de vulneraciones de derechos y de producción masiva de víctimas.

Podemos decir que por parte del Estado –según el Derecho Internacional, sucesor de la dictadura y sujeto obligado– no ha habido Justicia Penal para los perpetradores, ni acceso a la garantía jurisdiccional y tutela de sus derechos hacia las víctimas, ni comisión de la verdad, ni búsqueda de los restos de los ejecutados extrajudicialmente y de los desaparecidos, ni anulación y expulsión del mundo del Derecho de las sentencias injustas de la represión arbitraria, ni indemnización a los familiares de los asesinados, ni reconocimiento del sufrimiento del exilio, y que los discursos de odio contra las víctimas circulan libremente, sin censura, ni siquiera la de carácter político y ético. Ese es el cuadro de la impunidad en España, el modelo que han denunciado las asociaciones memorialistas y los organismos del sistema de Naciones Unidas¹⁹.

¹⁹ Por todos, se puede consultar el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, en su misión a España, de julio de 2014:

La impunidad de los criminales conlleva el desconocimiento de las víctimas, sobre todo cuando la jurisdicción fue un último recurso al que aquellas acudieron ante el fracaso de la legislación y de la política. Una impunidad que en nuestro caso se sustenta en artefactos jurídicos: la amnistía decretada por ley preconstitucional de 1977, la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción de los delitos y el principio de legalidad en su dimensión de exigencia de ley previa y escrita que ha justificado la inoperatividad de las categorías del Derecho Internacional sobre crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. En ellos se apoya lo que Bergalli denominó el discurso jurídico del olvido, la ideología de la negación de la historia²⁰.

Ni siquiera se ha podido instaurar una Comisión de la Verdad que pudiera cumplimentar, en alguna medida, el Derecho a la Verdad de las víctimas. La paradoja es que un sistema que ha impedido la investigación, persecución y enjuiciamiento de los crímenes de Estado cometidos durante la dictadura prohíba las comisiones de la verdad bajo el argumento de que pueden interferir en una tarea propia de la jurisdicción penal. Increíble pero cierto, así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 85/2018, 19 de julio, en la que declaraba inconstitucionales diversos preceptos de la Ley Foral de Navarra 16/2015, 10 de abril, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos, en concreto la Comisión de Reconocimiento y Reparación que contemplaba, porque podría investigar y verificar hechos constitutivos de delito, lo que invade el espacio propio de la Justicia Penal que tiene la reserva de jurisdicción²¹.

Un modelo que, como dice el historiador Francisco Espinosa, blindaba el derecho al honor del fascismo español al dejar intacta su memoria, mientras echaba en el olvido la dignidad y la me-

Greiff, Pablo de, "Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición", A/HRC/27/56.Add.1, 2014.

²⁰ Bergalli, Roberto, "Argentina: cuestión militar y discurso jurídico del olvido", *Doxa*, 4 (1987).

²¹ El historiador del derecho Bartolomé Clavero elaboró un comentario crítico de la decisión en el contexto de la jurisprudencia constitucional en "Libertad de investigación e impunidad de dictadura: jurisprudencia constitucional a la deriva", *Eunomía. Revista de Cultura de la Legalidad*, 16, (2019), pp. 9-27.

moria del sufrimiento de quienes fueron asesinados y perseguidos por defender una legalidad democrática y los derechos y las libertades fundamentales. Donde ha sido borrado el pasado no hay delitos ni culpables²².

Los pilares que sustentan el Modelo Español de Impunidad –un modelo único en el análisis comparado de elusión deliberada y consensuada de la Justicia Transicional en opinión de Jon Elster– fueron tres: la Ley que amnistió los crímenes de Estado y a sus responsables, la ausencia de políticas de Justicia Transicional y de reconocimiento y reparación de las víctimas y la decisión de los tribunales de impedir el acceso de las víctimas y la tutela de sus derechos. En su consideración global como modelo significan un profundo desconocimiento y menosprecio de las víctimas, junto a una poco tolerable equiparación jurídica y ética de su sufrimiento y de su conducta, en muchos casos generosa hacia la causa pública de la libertad y la democracia, con la dedicación y el servicio de los verdugos a la dictadura, vulnerando sistemáticamente Derechos Humanos básicos. Sobre tamaña equivalencia es difícil construir una comunidad de ciudadanos que valore y respete la igual libertad y el pluralismo político y cultural.

El fiscal Jackson adelantó en el juicio de Núremberg el objetivo de las políticas transicionales de Justicia:

“debería servir para establecer reglas incontestables y sólidos mecanismos, de modo que cualquiera que presenciara una época de bandolerismo como esta supiera que sus responsables serían juzgados y castigados personalmente”²³.

Cuando no se han estigmatizado las conductas violentas de abuso de poder y no se ha llegado, siquiera, a avergonzar a los verdugos, la ética colectiva se resiente, porque no hay criterios rigurosos que permitan distinguir, moral y políticamente, entre quienes aceptaron colaborar activamente con una Administración estatal corrupta y violenta, en su propio provecho, y quie-

nes la sufrieron por intentar mejorar lo instituido en el sentido de propiciar un sistema respetuoso con la dignidad de la persona y los derechos fundamentales. Resulta expresivo de este estado de cosas el caso de la militante antifranquista que fue detenida, torturada y encarcelada en octubre de 1975 en Manresa, después de las cinco últimas ejecuciones de penas de muerte impuestas por la justicia militar. El juez despreció su denuncia. En la oficina pública en la que trabaja, todos los años vio al agente que la había victimizado cuando este acudía a presentar la declaración de la renta²⁴. O la obligada convivencia entre víctimas y verdugos en pequeñas poblaciones en las que todos se conocían, uno de los temas de la poderosa última novela de Marta Sanz, *pequeñas mujeres rojas*²⁵.

2. LA LEY DE AMNISTÍA Y SU CONTEXTO

El primer pilar del Modelo Español de Impunidad es la Ley de Amnistía de 15 octubre 1977, que contempla dos tipos de medidas bien diferentes. De un lado, la extinción de la responsabilidad penal de los delitos políticos y de sus consecuencias, actos de intencionalidad política decía la norma, que implicaba la amnistía laboral o sindical y venía a reconocer la estrecha vinculación que se dio entre el poder disciplinario del empresario (el despido como sanción) y el poder represivo de la dictadura. Una medida que benefició a más de 60.000 trabajadores, indicio de que el movimiento obrero fue el sector social que había enfrentado a la dictadura y sufrido de manera intensa la represión²⁶. Esta era una de las reivindicaciones prioritarias de la oposición democrática, que se sintetizaba en la leyenda “amnistía, libertad y estatuto de autonomía”. La amnistía afectaba a conductas que suponían ejercicio de derechos y libertades fundamentales, desde la libertad expresión a los derechos de reunión, asociación y huelga, conductas que la Constitución iba a amparar y que habían dejado de ser tipificadas como ilícito penal, laboral o administrativo. Pero no alcanzó a los militares demócratas, ni a las mujeres condenadas por de-

²² Espinosa Maestre, Francisco, *Callar al mensajero. La represión franquista entre la libertad de información y el derecho al honor*, Barcelona, Península, 2009, pp. 209 y 228.

²³ La opinión sobre el modelo español y la cita de Jackson procede de Elster, Jon, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 80 y 238.

²⁴ Se cuenta en, Babiano Mora, José, Gómez Bravo, Gutmaro, Míguez Macho, Antonio y Tébar Hurtado, Javier, *Verdugos impunes...*, op. cit., pp. 198 y 240.

²⁵ Sanz, Marta, *pequeñas mujeres rojas*, Barcelona, Anagrama, 2020.

²⁶ Molinero, Carme, “La Ley de Amnistía de 1977: la reivindicación antifranquista y su lectura treinta años después”, en Espuny Tomás, María José y Paz Torres, Olga (coords.), *30 años de la Ley de Amnistía (1977-2007)*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 50.

litos de aborto ni a los que se encontraban recluidos como peligrosos sociales (homosexuales), ni a los delincuentes sociales, aunque sí a los autores de delitos de terrorismo siempre que hubieran sido cometidos antes de la jornada electoral de 15 de junio de 1977. De otro lado, y con un signo radicalmente distinto, se amnistiaban los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del Orden Público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los delitos políticos y contra el ejercicio de los derechos de las personas.

La negociación de la Ley de Amnistía se produjo en un contexto político marcado por el resultado de las primeras elecciones democráticas, que habían perdido los partidos que representaban a la oposición antifranquista. Algo previsible si se tiene en cuenta la sociedad que había producido el franquismo, apolítica, obediente y temerosa por el recuerdo de la tragedia de la guerra. La soberanía popular se vio constreñida por unas elecciones anómalas, bajo tutela militar –las unidades estaban acuarteladas– sin verdadera opinión pública, con los medios de comunicación de la dictadura y algunos creados al calor de la “apertura”. En transición hacia la nueva institucionalidad democrática los aparatos represivos del Estado permanecían intactos, sin cambio ni depuración alguna, y con un alto nivel de autonomía en su funcionamiento. El Ejército y las fuerzas de Orden Público eran poderes preconstituidos, con su propia subcultura, con los que hubo que contar en el proceso y que generaron una alerta permanente de riesgo de Golpe de Estado. La cautela frente a una posible involución es un factor que jugó en la transacción de la amnistía. Es lo que Capella ha denominado la “constitución tácita” que establecía los límites del nuevo sistema político²⁷. Los movimientos de oposición al franquismo no reivindicaban la persecución de los crímenes de la dictadura, un dato que explica por qué quienes les representaban aceptaron conscientemente, aunque de manera vergonzosa, la impunidad y el olvido impuesto del pasado. Porque la amnistía de los delitos cometidos en la represión de la disidencia política implicó en la práctica, como hemos visto, la impunidad de toda la violencia serial, prácticas genocidas incluidas, desarrollada contra el enemigo interno que permitió a los sublevados reordenar la sociedad, una secuencia que se inició con el Golpe

de Estado militar y persistió hasta el final. La doble amnistía no fue resultado de un diseño político sino de la relación de fuerzas presentes en un escenario cambiante²⁸. Es decir, el modelo de impunidad no fue objeto de un pacto explícito sino producto de una coyuntura concreta.

Sin embargo, se puede imputar a los partidos de la oposición de izquierdas y del nacionalismo subestatal representados en el Congreso que eludieron voluntariamente el tema y no explicaron las razones que les llevaron a aceptar la amnistía de los crímenes de la dictadura, como demuestra la lectura de los discursos que los líderes de los grupos parlamentarios ofrecieron para justificar su voto. Sólo los diputados de Alianza Popular, es decir los franquistas que se negaban a aceptar cambios de calado, no querían hacer cesiones y se abstuvieron, en la idea de que la Ley deslegitimaba la dictadura. Pero el debate se hurtó, en el Congreso y en la opinión pública. La amnistía de quienes se habían enfrentado a la dictadura invisibilizó la impunidad de los servidores del régimen franquista, de modo que quedó impresa en la memoria colectiva la apariencia de que con la medida triunfaba la democracia. En la discusión en el Pleno ningún diputado abordó el problema de la amnistía preventiva de autoridades y agentes del Estado, ni para justificarla ni para criticarla, algo extraño que sugiere el carácter problemático de la medida y la dificultad para explicarla. Un debate eludido que confirma un hecho burocrático insólito: la Comisión Técnica constituida para elaborar el texto de la Ley no levantó actas de las deliberaciones y de los términos de la negociación, un signo de la falta de transparencia y publicidad de la que adoleció todo el proceso constituyente²⁹. Y de esa manera la medida pasó desapercibida para la opinión pública. El “perdón” de los crímenes de Estado venía a sustentar el relato negacionista de las prácticas genocidas desarrolladas en el primer

²⁸ Ysàs, Pere, “La transición española en la democracia: historia y mitos”, en Espuny Tomás, María José y Paz Torres, Olga (coords.), *30 años de...*, op. cit., p. 38.

²⁹ Los trámites de la aprobación de la Ley se pueden seguir en Aguilar, Paloma, *Políticas de memoria y memorias de la política: el caso español en perspectiva comparada*, Madrid, Alianza, 2008, p. 291; y Baby, Sophie, *El mito de la transición pacífica. Violencia y política en España (1975-1982)*, Madrid, Akal, 2018, p. 410. El diputado de la izquierda abertzale Letamendía también se abstuvo, por considerar que la amnistía presentaba como acto vergonzante lo que había sido lucha legítima de un pueblo por su libertad.

²⁷ Capella, Juan-Ramón, “La constitución tácita”, en Capella, J. R., et al. *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, p. 19.

momento de la dictadura y de la vulneración sistemática de los Derechos Humanos básicos, que se cubrían bajo el manto de la “guerra fratricida” de la que todos habían sido culpables. Así se hacía explícito en el editorial de *El País* del día después de la aprobación de la Ley, que consideraba la amnistía como un acto excepcional “justificado por la razón de Estado y por la necesidad de hacer borrón y cuenta nueva de acontecimientos tan cruentos y dolorosos para un pueblo como es una guerra civil –una guerra entre hermanos– y una larga dictadura”, para lo que era necesario “mirar hacia adelante, olvidar las responsabilidades y los hechos de la guerra civil, hacer abstracción de los cuarenta años de dictadura”³⁰.

La Ley de Amnistía contemplaba dos decisiones políticas contradictorias que, de manera injusta, equiparaba conductas radicalmente diferentes. De un lado, las víctimas de las prácticas genocidas de los sublevados y del nuevo régimen que construyeron, identificadas como la “antiEspaña”, y quienes accionaron por la libertad, los derechos y la democracia, poniendo en riesgo su vida, su libertad y su vida familiar y laboral. De otro lado, quienes colaboraron en la definición del enemigo político, ejecutaron aquellas prácticas genocidas hasta lograr reorganizar política, religiosa y culturalmente la nación, y quienes ejercieron la violencia ilegítima, de modo sistemático y masivo, contra los disidentes desde las estructuras de un Estado policial. Como dice la historiadora Sophie Wahnich, hay amnistías necesarias y amnistías intolerables, como hay crímenes que pueden perdonarse y otros que son inexpiables. Desde parámetros estrictamente jurídicos es inaceptable la comparación de los delitos políticos –que no deberían ser así considerados desde el respeto a la legalidad internacional contenida en los tratados sobre Derechos Humanos– con los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las prácticas genocidas. La exclusión de responsabilidad penal de los autores de crímenes de Estado es una constante que se reproduce en la historia del siglo pasado. Véase en Francia la amnistía de los colaboracionistas con el nazismo y, después, el perdón estatal a los criminales de la guerra de Argelia, modelo de conflicto colonial genocida.

En el caso español, en 1977 se aprobó una amnistía que trataba de reparar las injusticias de la dictadura, una amnistía que celebraba la de-

mocracia declarando extinguidas las responsabilidades de quienes habían sido injustamente perseguidos por ejercer derechos y libertades. No suponía olvido alguno del pasado, pues el pasado era traído al presente para descalificarlo jurídicamente. Pero, la otra cara de aquella Ley era una amnistía de crímenes aberrantes, que significaba la derrota de los valores democráticos que se supone iban a sustentar el nuevo sistema jurídico y político, un acto que trataba de borrar la historia y el recuerdo de la iniquidad. Este es el modelo de una amnistía doble que pone en el mismo rango las conductas de las víctimas y de los verdugos, y que, además, no ensalza ni otorga el debido sentido a la acción de quienes se sacrificaron por conseguir derechos y libertades para todos, ni reconoce su dignidad como víctimas, un modelo que falsifica la historia al imponer el olvido y que es germen de un relativismo político y moral que, al final, pagan las sociedades³¹.

3. AUSENCIA DE POLÍTICAS DE MEMORIA DEMOCRÁTICA

Si la Ley de Amnistía fue el origen de la impunidad de los crímenes de la dictadura, esta se confirmó en las legislaturas posteriores con la ausencia de políticas de memoria, reducidas exclusivamente a la concesión de reparaciones sectoriales y tímidas, dirigidas a algunas de las víctimas, sin cuestionar el relato negacionista.

El historiador Espinosa denomina “época de suspensión de la memoria” al periodo de las cuatro legislaturas con mayoría del Partido Socialista, de 1982 a 1996. Se caracterizó por la gestión del olvido, a cuyo fin se dedicaron diversos esfuerzos, que deben entenderse como políticas de (des) memoria, pero políticas al fin y al cabo que tratan la cuestión. Sobre la conservación y el acceso a la documentación y los archivos del franquismo, la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español no facilitó el trabajo de los historiadores³², de manera que para indagar en los archivos militares, llamado Archivo de la Guerra de Liberación, dividido en tres secciones (Zona Nacional, Zona Roja y Cuartel General del Generalísimo) “había que disponer de un aval de militar o de persona cualificada; y para consultar la Causa General había que obtener permiso del Fiscal General del Estado”. Los archivos militares, dice Espinosa, eran propiedad de los militares, no había derecho a

³¹ Wahnich, Sophie (dir.), *Une histoire politique...*, op. cit., cf. pp. 85 y 245.

³² Ley 16/1985, de 25 de junio, *del Patrimonio Histórico Español* (BOE, 29 de junio de 1985).

³⁰ Citado en Míguez Macho, Antonio, *La genealogía genocida...*, op. cit., p. 191.

la información investigadora, lo que configuraba otro de los elementos de la impunidad, el borrado de las pruebas, consustancial a toda conducta criminal y fundamental en las de carácter genocida. La negación y la destrucción de vestigios forma parte de la masacre³³. Una negación que se expresa también en la reconstrucción de los hechos en clave de enfrentamiento, una mixtificación que los hace irreconocibles. Un ejemplo: para recordar el cincuenta aniversario del Golpe de Estado del 18 de julio, el Gobierno hizo una declaración en la que honraba la memoria de quienes contribuyeron a la defensa de la libertad y la democracia y mostraba su “respeto a quienes, desde posiciones distintas a las de la España democrática, lucharon por una sociedad diferente a la que también muchos sacrificaron su propia existencia”³⁴. El silencio sobre la dictadura y las prácticas genocidas del primer franquismo acompaña a ese ejercicio de relativismo histórico y de negación del pasado.

Durante este periodo de expansión económica posterior a la incorporación a la Comunidad Europea se acometieron pequeñas acciones para reparar a algunas de las víctimas. Así, la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas del Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República³⁵, que reconoció derechos a quienes durante la guerra formaron parte del ejército y de los cuerpos policiales de la República, aunque nunca se llegó a producir una íntegra reparación, ni siquiera por equiparación con los funcionarios de la dictadura. Y la Disposición Adicional decimoctava de la Ley de Presupuestos de 1990 que acordó indemnizaciones para quienes habían sufrido más de tres años de prisión por razones políticas, solicitudes que resultaron masivamente denegadas porque los peticionarios no podían probar la reclusión por el lamentable estado de los archivos³⁶.

³³ Cohen, Stanley, *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2005, p. 101.

³⁴ Espinosa Maestre, Francisco, *Lucha de historias, lucha de memorias. España 2002-2015*, Sevilla, Aconcagua, 2015, pp. 98 y siguientes.

³⁵ Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas del Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República (BOE, 1 de noviembre de 1984).

³⁶ Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (BOE, 30 de junio de 1990).

4. LOS JUECES CUSTODIOS DE LA IMPUNIDAD

La ausencia de política llevó a las asociaciones de la memoria a los tribunales. Lo que a veces se denuncia como politización de la justicia, cuando de los crímenes de los poderosos se trata, suele expresar el fracaso de la política como espacio de representación de los intereses de las minorías y de expresión del conflicto. Es el caso de las reivindicaciones que nos ocupan. Los precedentes de las causas abiertas contra criminales de Estado extranjeros bajo la cobertura del principio de Jurisdicción Universal –que propició un primer descubrimiento de la legalidad internacional por parte de los jueces– parecían marcar el camino. Si la Audiencia Nacional había perseguido con éxito a dictadores, asesinos de Estado y torturadores de otras latitudes, sin respetar las inmunidades de los mandatarios, desde Argentina, Chile y Guatemala al Tíbet y Ruanda, ¿por qué ese tribunal no iba a aplicar la misma doctrina a los crímenes de Estado domésticos? El Sistema dio pronta respuesta. Los colectivos de memoria democrática y de víctimas comprobaron que la constitución tácita, que había descrito Juan-Ramón Capella, seguía funcionando para designar los límites infranqueables, uno de ellos la responsabilidad penal de las autoridades de la dictadura. Clausurado el espacio de la política por la actitud de los diferentes gobiernos, una responsabilidad antes imputable a quienes aparecían vinculados con la tradición de los derrotados y de los opositores antifranquistas, era previsible que la alternativa de la jurisdicción se presentaba como poco viable, a causa del tiempo transcurrido, las condiciones del sistema judicial y la cultura jurídica hegemónica en relación al Estado y la dictadura. La alternativa se cerró de inmediato al declararse incompetente el Tribunal revelando la indisponibilidad del juez nacional para poner coto a la impunidad.

La negativa de la jurisdicción a prestar, siquiera de forma aparente o parcial, tutela a las víctimas treinta años después de la Constitución, como la propia impunidad de los crímenes de la dictadura, ya consolidado el sistema democrático, es un hecho irreversible a partir de la Sentencia que absolvió al juez Garzón del delito de prevaricación, la número 101/2012, de 27 de febrero, que significó el punto final sobre la posibilidad de aplicación de la ley penal a los perpetradores³⁷.

³⁷ Sentencia de punto final, así la califica el historiador del derecho Bartolomé Clavero en *España, 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

La sentencia afirmaba que los hechos habían sido amnistiados y habían prescrito –posiblemente vigente la dictadura– las categorías del Derecho Internacional no eran aplicables y el proceso penal no era cauce de prestación del deber público de establecer la Verdad como forma de justicia a las víctimas. Una doctrina que recientemente se ha reiterado, sin mayor aditamento, para rechazar el recurso de casación de una asociación de memoria democrática en relación a la fosa de los maestros de Soria (Sentencia del Tribunal Supremo 138/2021, de 17 de febrero). La inadmisión de la demanda de amparo de Gerardo Iglesias ante el archivo de la querrela que formuló contra un agente de la policía política por las torturas que le infligió en tres detenciones, significa que el Tribunal Constitucional no va a permitir el cuestionamiento de la Ley de Amnistía³⁸.

La decisión de los tribunales de no atender las peticiones de Verdad, Justicia y Reparación de las víctimas es un dato que obliga a plantearse el respeto que la cultura de los juristas profesa a la legalidad del Estado de la dictadura y la negativa a explorar la fuerza expansiva hacia el pasado de la Constitución de 1978 y de la legalidad internacional, en concreto sobre la validez de la Ley de Amnistía, una ley preconstitucional. La continuidad entre el Estado de excepción de la dictadura –que carecía de verdadera constitución y contaba con simple legalidad antidemocrática– y el Estado constitucional, al margen de su orden jurídico político y del respeto a los derechos fundamentales, es una imagen arraigada en la cultura jurídica resultado de una ideología que despolitiza al Estado y al Derecho. Una cultura que fue funcional a la Transición que se hizo “de la ley (franquista, que negaba los derechos) a la ley pasando por la ley”, siendo la norma de tránsito la Ley de Reforma Política, que era la octava Ley Fundamental de aquel régimen. Pero que no ha desvalorizado la dictadura ni su legalidad antidemocrática, ni ha sido capaz de aplicar la Constitución retroactivamente ni juzgar los crímenes de Estado, ni ha reconocido el valor de la lucha por la democracia, cuyo significado no puede ser otro que la vigencia y efectividad de

los derechos y las libertades fundamentales y de sus garantías.

³⁸ El Auto de 15 septiembre 2021 incorpora el voto discrepante de tres magistrados quienes consideran que debió admitirse la demanda para que el Tribunal Constitucional analizara la aplicabilidad de la legalidad internacional en materia de crímenes contra la humanidad, acceso a la justicia, derecho a la verdad, imprescriptibilidad y prohibición de medidas de gracia que garanticen la impunidad de los criminales.