

# Justicia de transición en España: claves para aprobar una asignatura pendiente

Transitional Justice in Spain

LUCIA PAYERO LÓPEZ  
Universidad de Oviedo, España  
lucpayero@gmail.com

## Abstract

The aim of this article is to evaluate Spanish transitional justice policy. The aspects of transitional justice put forward by L. Joinet –truth, justice and reparation– will frame this analysis. Firstly, the main deficiencies of this policy will be pointed out. Secondly, some measures to be adopted in Spain will be suggested. Their implementation would mean that international standards on the protection of human rights, as agreed within the specialized literature, would be met.

Key words: Francoist crimes, International Criminal law, Transitional justice in Spain, Amnesty Law, Historical memory, Spanish transition

## Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar la política española en materia de justicia transicional. Tomando como referencia las tres dimensiones de la justicia de transición señaladas por L. Joinet –verdad, justicia y reparación–, primero se señalarán las deficiencias observadas y, a continuación, serán sugeridas algunas medidas que, de adoptarse, acercarían a España a lo que la literatura especializada considera que son los estándares internacionales en materia de protección de los Derechos Humanos.

Palabras clave: Crímenes franquistas, Derecho internacional penal, Justicia de transición en España, Ley de Amnistía, Memoria histórica, Transición española

## 1. La Transición española

Tras la muerte de Franco se inicia en España un proceso de transición a la democracia que culmina con la aprobación de la Constitución de 1978. La española puede ser adecuadamente descrita como una transición «vía transacción», puesto que se trata de un supuesto en el que una dictadura «inicia la transición estableciendo ciertos límites al cambio político y permaneciendo como una fuerza electoral relativamente significativa a lo largo de la [misma]» (Share y Mainwaring, 1986: 88). Se lleva a cabo una negociación «generalmente implícita entre las elites del régimen autoritario y [de] la oposición democrática», por lo que las partes mantienen una desigualdad de partida: «el régimen [dictatorial] toma la iniciativa de dar comienzo a la liberalización<sup>1</sup> y durante la mayor parte del proceso permanece en una posición que le permite ejercer una influencia significativa sobre el curso del cambio político» (1986: 88). Ello condujo a que el saldo final del proceso beneficiase a quienes comenzaron con ventaja, puesto que ellos diseñaron las líneas maestras del régimen democrático de acuerdo a sus intereses. He aquí algunos ejemplos.

En primer lugar, la monarquía impuesta por Franco en la persona de Juan Carlos de Borbón se mantuvo hasta hoy sin que el pueblo fuera consultado acerca de la forma de gobierno que prefería —a pesar de que el sistema democrático inmediatamente anterior era el de la II República— ni se exigiera al monarca que jurase la Constitución —quien, por el contrario, prometió respetar las Leyes Fundamentales del Reino hasta en dos ocasiones—. Incluso cuando Juan Carlos decidió abdicar en su hijo para lavar la cara a una institución salpicada por los escándalos no se planteó seriamente la necesidad de dotar de legitimidad democrática a la monarquía a través de la celebración de un plebiscito.

En segundo lugar, las líneas generales del sistema electoral actual ya se contenían en el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, que establecía las normas rectoras del proceso para la elección de las Cortes que habrían de aprobar la Constitución. Condicionados por la Ley para la Reforma Política,<sup>2</sup> los contenidos del Decreto-ley de 1977 tendrían continuación en la Constitución y en la Ley Electoral.<sup>3</sup> A grandes rasgos, puede afirmarse que el diseño del sistema electoral español consagra el bipartidismo, otorga mayor peso a las provincias escasamente pobladas y rurales, de tendencia conservadora, y sólo arroja resultados proporcionales en las circunscripciones de mayor tamaño, actuando como un procedimiento cuasi-mayoritario en el resto. Todo ello conduce a que el sistema produzca unos efectos psicológicos que tienden a reforzar sus efectos materiales (el llamado «voto útil»). Como consecuencia aparece un sentimiento generalizado de ausencia de alternativas y, por tanto, cunde la sensación de que la mayor parte de los ciudadanos no están representados por las opciones políticas que gobiernan.

En tercer lugar, la unidad nacional resultó de una imposición extraparlamentaria sin cuya aceptación los militares no hubiesen permitido que el proceso de elaboración cons-

1. Lo que no quiere decir que lo hiciera de manera voluntaria: «los cambios se dan en respuesta a la gran movilización popular» (Monedero, 2013: 136).

2. Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política.

3. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

titucional continuara (Solé Tura, 1985: 99-100). Más aún, se encomienda al ejército la defensa de esa unidad nacional.

En cuarto lugar, y aunque se ha dicho que la Constitución española permite una interpretación tendencialmente socialista o más neoliberal, lo cierto es que no estamos ante un texto constitucional revolucionario o rupturista –como la Constitución italiana de 1948 o la portuguesa de 1976–, sino ante una Constitución mixta. Y es que «en las transiciones vía transacción acometidas por regímenes autoritarios conservadores cabe esperar que los líderes del régimen gobiernen evitando cambios socioeconómicos de orden estructural» (Share y Mainwaring, 1986: 95). Eso se consiguió en España a través de los Pactos de la Moncloa, que fijaron «las paredes maestras del modelo económico» (Pisarello, 2011: 178). La evolución posterior hacia una mayor liberalización de los mercados y una paralela reducción de los derechos sociales vendría marcada por la incorporación a la Comunidad Económica Europea en 1986. El resultado fue la consagración de «una auténtica Constitución económica dirigente, pero invertida, que regulaba con detalle su programa tecnocrático y neoliberal, frenando cualquier intento de regeneración democrática y proscribiendo la posibilidad de que dentro de los Estados pudieran ejecutarse políticas keynesianas capaces de contener al capital financiero» (Pisarello, 2011: 186). La crisis económica actual y la reforma del artículo 135 de la Constitución para dar prioridad al pago de la deuda sobre cualquier gasto social o de otro tipo terminaron por dibujar los rasgos de la Constitución económica en España.

En quinto lugar, y a los efectos de este trabajo, reviste una importancia fundamental otra característica típica de las transiciones vía transacción, como es «la ausencia de medidas de castigo dirigidas contra los líderes del periodo autoritario» (Share y Mainwaring, 1986: 95). Se puede entender que los líderes de un régimen dictatorial se nieguen a iniciar «la democratización a no ser que les sea garantizado el que no vayan a ser procesados» (1986: 95), pero lo que llama la atención del caso español es que transcurridos casi cuarenta años desde la aprobación de la Constitución, con un sistema de democracia formal plenamente consolidado, sigan sin adoptarse apenas medidas de justicia de transición. Y ello a pesar de los recientes desarrollos del Derecho internacional en materia de protección de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos y desapariciones forzadas. Más aún, el discurso oficial acerca de la Transición en España afirma que representó un proceso modélico, digno de ser exportado a otras latitudes<sup>4</sup> y que, aunque tuvo sus ligeras sombras, éstas aparecen compensadas por sus muchas luces y se explican acudiendo al

4. Según Elster, «el caso español es único dentro de las transiciones a la democracia, por el hecho de que hubo una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional [...]. En los hechos esta decisión consensuada de ignorar el pasado no tuvo imitadores directos» (2006: 80-81). Es más, los únicos ejemplos que pueden extraerse de ella son la «impunidad de grandes criminales, la mentira, el silencio, el abandono y desprecio a las víctimas de la represión» (Sáez, 2010: 30-31).

contexto de terrible confrontación social<sup>5</sup> de la época.<sup>6</sup> No obstante, un estudio comparativo del caso español y otros supuestos transicionales permite comprobar que existen modelos alternativos en los que, al contrario que en España, se aplicaron medidas de justicia de transición de manera más amplia y efectiva y se procedió a recuperar la memoria democrática anterior a la dictadura. A continuación analizaré con detalle los déficits que presenta la justicia transicional en España para intentar demostrar que, lejos de resultar ejemplar, la Transición española consagró un modelo de impunidad para los criminales de la dictadura. En lugar de ser exportada, la Transición española debiera ser revisada y sus errores, en la medida de lo posible, enmendados.<sup>7</sup>

## 2. Justicia de transición en España

El término justicia de transición (*transitional justice*) hace referencia a «la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales» (Naciones Unidas, 2004: §8).

Es importante destacar que las medidas de justicia transicional no sólo resultan de aplicación en sociedades en las que se está gestando la democracia –como sería España a mediados de los años setenta–, sino que Estados con un sistema democrático asentado, al menos desde un punto de vista formal –como la España actual– también pueden –y deben– recurrir a ellas a fin de saldar cuentas con su pasado.

Tras el informe de Joinet sobre la impunidad de los autores de violaciones de los Derechos Humanos, se suele entender que la justicia de transición se compone de tres dimensiones: verdad, justicia y reparación (1997). Veamos en qué consiste cada una de ellas.

### 2.1. Verdad

El principio de verdad tiene como finalidad esclarecer los hechos ocurridos durante la dictadura para determinar si constituyeron una vulneración de los derechos fundamentales. La verdad, en este sentido, presenta una doble dimensión: individual y colectiva. En el

---

5. Algunos elementos de ese contexto que permiten comprender mejor el desarrollo de la Transición española –aunque sus hagiógrafos no siempre los señalen– son, además de la violencia y la conflictividad social, la crisis económica mundial y la desmovilización de la sociedad, fomentada esta última –según explica Ortí (1989)– tanto por la burguesía conservadora como por las elites de los partidos y organizaciones sindicales antifranquistas que se sumaron al consenso. La desactivación de la calle favoreció la estrategia de cambio controlado y limitado a los aspectos formales de la democracia.

6. *Vid.*, a modo ilustrativo, Viver i Pi-Sunyer (1998: 29).

7. A este respecto, las reflexiones de Queralt son absolutamente pertinentes: «como decía Heráclito no se puede entrar dos veces en el mismo río lo que, aplicado a nuestro caso, [...] significa que no tiene sentido reescribir la Historia. Pero lo que no decía Heráclito es que haya que bañarse siempre en el mismo pútrido río y que no asista el derecho al saneamiento de tales aguas. No se trata de revisar la Historia [...]. De lo que se trata es de devolver a quienes impunemente y con publicidad se les arrebató lo que hace que una persona sea persona: su dignidad» (2011: 929).

plano individual se reconoce un derecho a saber qué pasó cuyos titulares son las víctimas y sus familiares y amigos. Este derecho entraña un deber correlativo de investigar los hechos a cargo del Estado. En el plano colectivo, la verdad consiste en el derecho de la sociedad a conocer la historia para evitar su repetición. Es lo que se conoce como derecho a la memoria histórica. En contrapartida, el Estado tiene un deber de preservar esa memoria «a fin de prevenir contra las deformaciones de la historia» denominadas revisionismo y negacionismo (Joinet, 1997: §17).

Las medidas que sugiere Joinet para proceder a esclarecer la verdad son dos: la creación de comisiones no judiciales de investigación, más conocidas como comisiones de la verdad, y la preservación de todos aquellos archivos relacionados con las violaciones de Derechos Humanos (1997: §18).

Pues bien, en España no se creó ninguna comisión de la verdad durante la Transición ni aun después. El consenso, tan alabado, que posibilitó el tránsito *pacífico*<sup>8</sup> de la dictadura a la democracia se basó en un pacto de silencio y olvido del pasado, tanto el infame –el golpe de Estado y la dictadura– como el democrático –la República y la resistencia antifranquista–. Se pretendía evitar la apertura de viejas heridas para, de ese modo, lograr la reconciliación nacional. Semejante actitud contribuyó a difundir la tesis de la equidistancia entre ambos bandos, responsables por igual de crímenes terribles.<sup>9</sup>

Con la Ley de Memoria Histórica<sup>10</sup> se perdió una buena oportunidad de avanzar en el esclarecimiento de la verdad. Pese a que entre los objetivos declarados de la norma se encuentra la recuperación de la memoria personal y familiar «de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura» (artículo 1.1), así como, en el marco de las políticas públicas, fomentar «los valores y principios democráticos, facilitando el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos durante la Guerra Civil y la Dictadura y asegurando la preservación de los documentos relacionados con ese período histórico y depositados en archivos públicos» (artículo 1.2), lo cierto es que la regulación es insuficiente para colmar el deber de memoria e investigación que incumbe al Estado –más aún, en ningún lugar aparecen recogidas las obligaciones del Estado, sólo se habla de derechos de las víctimas y sus familiares– y la aplicación no ha sido demasiado efectiva.<sup>11</sup>

8. A juicio de Monedero, «que la transición fue pacífica es un mito injustificable» (2013: 142), teniendo en cuenta la violencia brutal que desplegaron tanto la extrema derecha como la extrema izquierda, ETA, el GRAPO y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. En palabras de Sánchez Cuenca, «exceptuando la transición rumana [...], la española ha sido la más sangrienta en Europa» (2009: 10). Una buena descripción de tal violencia puede leerse en Sánchez Soler (2010).

9. Resultan sumamente ilustrativas las siguientes palabras de Monedero: «si [...] la mejor forma de esconder un elefante en la Gran Vía es llenando la Gran Vía de elefantes, para que no hubiera culpables de la guerra era necesario que todos fueran culpables. Se sentaban las bases para entender la Guerra Civil como el resultado de un enfrentamiento *fratricida* entre los españoles, un pueblo que aún no había aprendido a convivir pacíficamente. El relato era amable para los hijos de los vencedores, que ganaban en moralidad respecto de sus padres, pero seguía siendo inmoral para la consciencia de los vencidos, culpables solamente de haber intentado defender la legalidad vigente en 1936» (2013: 169).

10. Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

11. Mucho menos desde que el Partido Popular (PP) dejó sin fondos la aplicación de la Ley de Memoria Histórica.

La ley contempla tres dimensiones del derecho a la verdad: la localización y exhumación de fosas comunes, la investigación histórica acerca de la dictadura y la gestión de los monumentos y símbolos públicos. El primer asunto se contiene en los artículos 11-14. El artículo 11.1 regula el derecho de los familiares a conocer el paradero de sus muertos en los siguientes términos: «las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus competencias, *facilitarán* a los descendientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil y la represión política posterior y cuyo paradero se ignore» (cursiva añadida).

Esta colaboración del Estado con los particulares en la búsqueda de los cadáveres de los desaparecidos, que se iniciará siempre a instancia de parte, se queda lejos de lo que preceptúan las normas internacionales en la materia y consagra una especie de «privatización de la verdad» (Amnistía Internacional, 2006).<sup>12</sup> Y es que el deber de recordar e investigar que corresponde al Estado no depende de que lo pidan las partes; incluso los Estados habrían de *alentar* a las víctimas a ejercer su derecho a la memoria (Naciones Unidas, 2005: §12).

En los artículos 20-22 se establecen medidas acerca de los estudios de investigación histórica: de este modo, se «constituye el Centro Documental de la Memoria Histórica» en Salamanca (artículo 20.1), estableciéndose «el derecho de acceso a los fondos documentales depositados en los archivos públicos y la obtención de las copias que se soliciten» (artículo 22.1).

Particularmente importantes son las disposiciones acerca de la gestión de los monumentos y simbología públicas que se contienen en los artículos 15-17. El artículo 15.1 dice: «las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus competencias, tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura».

La aplicación de este precepto ha sido limitada y todavía perduran monumentos de exaltación franquista en diferentes ciudades españolas, así como calles cuyos nombres recuerdan hechos o personajes relacionados con ese pasado luctuoso. Más aún, el artículo 15.2 prevé una importante limitación a la retirada de símbolos franquistas: «cuando concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley». Según ha señalado Capellà, si tenemos en cuenta «que buena parte de estos símbolos fascistas se encuentran todavía en iglesias y fachadas de edificios públicos, esta disposición

---

La justificación ofrecida es que «no se debe remover el pasado». Y es que incluso las labores de identificación y exhumación de cadáveres han quedado sin financiación, pese a que cuando el PP llegó al poder en 2012 aseguró que ésta iba a ser la única acción memorialista que, no sólo mantendría el presupuesto, sino que lo vería incrementado. Como el tiempo ha demostrado, otra promesa vacua (Pérez, 2015).

12. En este sentido, y como bien señalaba Gómez Isa, «al final, parece que va a ser la sociedad civil, con la ayuda de los historiadores, quien elabore la narrativa del sufrimiento de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo, algo que, aunque imprescindible, resulta totalmente insuficiente. [...] La verdad por sí sola no [basta], tiene que ir acompañada de un reconocimiento público del sufrimiento. La verdad no se puede quedar en el círculo más íntimo de las víctimas, sino que tiene que ser reconocida oficial y públicamente» (2012: 179).

corre el peligro de quedar en papel mojado cuando no haya voluntad política de eliminar monumentos y simbología franquista» (2009: 244). Y eso es lo que ha ocurrido.

Aun así, no siempre resulta conveniente la destrucción de todos los símbolos de la dictadura; en los casos en que exista un valor artístico o, incluso, histórico relevante (véase, por ejemplo, el Valle de los Caídos), conviene mantenerlo, pero dándole una nueva orientación antifascista.<sup>13</sup> De este modo, se convierte en un lugar de memoria para que las generaciones venideras sepan y vean cuán terrible fue el régimen dictatorial: es lo que ha pasado en Argentina con la antigua Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), convertida desde 2004 en un museo para la memoria y la promoción de los Derechos Humanos. Esta permanencia no alcanza en ningún caso a los nombres de las calles y plazas que conmemoran personajes o hechos relacionados con el pasado funesto.

Como balance general, podría decirse que en la Ley de Memoria Histórica «brillan por su ausencia medidas para tratar de garantizar el derecho individual de las víctimas y el derecho colectivo de la sociedad a conocer toda la verdad» (Gómez, 2012: 179).

## 2.2. Justicia

El principio de justicia es un requisito básico para evitar la impunidad. La justicia implica un derecho de las víctimas a un proceso justo y eficaz donde, si procede, se castigue a su opresor y, correlativamente, un deber del Estado de investigar concienzudamente las violaciones de Derechos Humanos que se hayan cometido, perseguir a sus autores, juzgarlos y, finalmente, condenarlos si se demuestra su culpabilidad.

En su informe, Joinet sugería la adopción de dos tipos principales de medidas a fin de implementar adecuadamente el principio de justicia. En primer lugar, la concesión a la víctima de la «posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz (...) para que su opresor sea juzgado» (1997: §26). Lo ideal es que la competencia para juzgar recaiga sobre los tribunales nacionales y que se reserve excepcionalmente la competencia a un tribunal internacional en aquellos casos en los que los primeros no puedan llevar a cabo esa labor de manera imparcial (1997: §28). En segundo lugar, el relator especial recomendaba la aplicación restrictiva de ciertas reglas jurídicas para impedir que favoreciesen la impunidad de los agresores. Así, la prescripción no debe regir en los crímenes contra la humanidad ni ha de contar para la misma el período de tiempo donde no haya existido un recurso eficaz (1997: §31); no cabe amnistiar a los responsables de violaciones de Derechos Humanos «en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz» (1997: §32) y el derecho de reparación en ningún caso puede verse afectado por la amnistía; tampoco es posible que los autores de vulneraciones de derechos gocen de los derechos de «refugio político, asilo territorial o diplomático» (1997: §33) o se amparen en el carácter político de sus crímenes a fin de evitar la extradición

---

13. A ello se refería De Greiff al decir: «ciertos objetos no pueden propiamente ser removidos y algunos pueden o deben mantenerse con una necesaria contextualización y «resignificación» para perder el carácter divisorio que puedan tener y poder contribuir a la pedagogía ciudadana y la memoria. El Valle de los Caídos es un buen ejemplo de ello» (2014: §29).

(1997: §34); ni el principio de obediencia debida ni el arrepentimiento pueden actuar como causa de exoneración de la responsabilidad penal (1997: §36-37); la jurisdicción de los tribunales militares ha de quedar limitada a las «infracciones específicamente militares cometidas por militares», excluyéndose las violaciones graves de Derechos Humanos (1997: §38); por último, los jueces nombrados de manera ilegítima deben ser destituidos, mientras que aquellos que fueron removidos del cargo durante la dictadura han de ser reintegrados a su puesto (1997: §39).

De los tres aspectos que comporta la justicia de transición, el derecho a la justicia ha sido, quizá, el que ha alcanzado un menor desarrollo en España. Si no se esclareció la verdad de lo ocurrido, mucho menos iba a procederse a juzgar a los responsables. Parece que «ni siquiera durante los años previos al inicio formal de la transición, y ni aun los partidos de la extrema izquierda, demandaron abiertamente la persecución y castigo judicial de los responsables de los crímenes pasados» (Chinchón, 2007: 134). Y es que «las demandas más repetidas de la oposición moderada [...] fueron, además de la amnistía, la [abolición] de las jurisdicciones especiales. Todo lo relacionado con la supresión de los cuerpos represivos y la devolución del patrimonio expoliado a los particulares (por la Ley de Responsabilidades Políticas de 1939) tendió a dejarse de lado y las medidas de justicia política nunca llegaron a plantearse con la suficiente claridad» (Aguilar, 2001 :16).

Las dos peticiones de la oposición democrática se cumplieron, pero en ambos casos las concesiones contenían un gusano oculto. Por lo que se refiere a la eliminación de las *jurisdicciones especiales*, el Tribunal de Orden Público (TOP) desapareció en enero de 1977, pero sus magistrados no fueron depurados, sino que se integraron automáticamente en la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN), un tribunal más que cuestionable en un Estado de derecho (*vid.* Andrés, 2012: 169-170).

Por lo que hace a la *amnistía*, se solicitaba para los presos políticos de la dictadura. La Ley 46/1977, de 15 de octubre, constituyó el hito fundamental en este sentido, al amnistiar «todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas, realizados al día 15 de diciembre de 1976», así como los cometidos entre esa fecha y el 15 de junio de 1977 «cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España». Si los actos con esos fines no supusieron «violencia grave contra la vida o la integridad de las personas» la amnistía se extiende hasta el 6 de octubre de 1977 (artículo 1.1). No obstante, durante el trámite parlamentario se colaron dos cláusulas que amnistiaban también a los violadores de Derechos Humanos y que resultarían finalmente aprobadas: «están comprendidos en la amnistía [...] los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley, [así como] los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas» (artículo 2 e, f).

A partir de ese momento, en las escasas ocasiones en que se intentaron investigar y juzgar los crímenes de la dictadura siempre fue alegada la Ley de Amnistía como un impe-

dimento legal absoluto.<sup>14</sup> El argumento se resume más o menos así. Cuando se aprobó la Ley de Amnistía, el Derecho internacional de los Derechos Humanos se hallaba en pañales, por lo que España no incumplió la obligación de investigar y perseguir las violaciones de Derechos Humanos que establecen, entre otros, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998) o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), puesto que tales normas no habían sido promulgadas todavía. España había ratificado sólo unos meses antes el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo artículo 2.3 reconoce el derecho a un recurso efectivo a toda persona que vea vulnerados los derechos que el propio tratado contempla; y ello «aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales».

Autores como Ambos (2009a) y Gil (2009) consideran que, en primer lugar, no cabe una aplicación retroactiva del PIDCP, por lo que si los hechos ocurrieron con anterioridad a su ratificación –como es el caso– no habría derecho a recurso. En segundo lugar, incluso aunque se admitiese la retroactividad del PIDCP, el recurso no tendría que ser necesariamente de tipo penal, sino que bastaría el reconocimiento de acciones en el orden civil. A pesar de que España también incumplió sus obligaciones internacionales en este punto, como expresamente reconoce Gil (2009: 109), ello no significa que la Ley de Amnistía contradijese el Derecho internacional del momento. En tercer lugar, e incluso aunque la Ley de Amnistía fuese derogada, los crímenes habrían prescrito, por lo que tampoco sería posible su persecución penal. Esta es la opinión que siguen tanto el Tribunal Supremo (TS)<sup>15</sup> como los dos principales partidos políticos de ámbito estatal.

14. El caso Ruano constituye uno de los pocos ejemplos en los que se llevaron ante los tribunales crímenes (asesinato y tortura) cometidos por funcionarios durante el franquismo. Enrique Ruano era un joven estudiante al que detuvo la policía en 1969 por repartir propaganda de Comisiones Obreras (CCOO). A los tres días, su cuerpo apareció muerto en el patio interior de una casa. Según la versión oficial, Ruano se tiró por la ventana intentando escapar (suicidio). Tal y como relata Aguilar, «dicha muerte no fue debidamente investigada e incluso se manipularon una serie de documentos y pruebas para intentar justificar la acción de Ruano basándose en su supuesto desequilibrio psicológico. [...] En 1992, los tres policías implicados en el caso se hallaban en activo en el cuerpo policial y nunca fueron castigados ni siquiera por negligencia en la custodia del detenido. En esta fecha, la familia decidió reabrir el caso y llevarlo a la justicia. Sin embargo, los abogados de los acusados adujeron, por un lado, que los veinte años transcurridos impedían, según la legislación en vigor, juzgar ningún delito y, por otro, que la Ley de Amnistía de 1977 se había aprobado para evitar este tipo de juicios. Al final, la justicia decidió que el delito no había prescrito, pero que la ausencia de pruebas determinantes (puesto que éstas se habían hecho desaparecer con anterioridad), obligaba a absolver a los tres policías implicados» (2001: 31-32).

Es importante destacar, no obstante, la conclusión que extrae A. Gil de la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid (Auto 19 diciembre 1995) en la que, «frente a la pretensión de la defensa y del Ministerio Fiscal de considerar los hechos amnistiados, admitió la tesis de la acusación particular afirmando que la aplicación de la Ley de Amnistía exigía un juicio valorativo sobre la intencionalidad política de los acusados que, por el momento, no había sido probada. [Por tanto, habría que deducir, en primer lugar], una interpretación restrictiva de la Ley del 77: donde dice que se amnistían los delitos cometidos por los funcionarios con la ocasión de la persecución de delitos políticos debe exigirse también en la comisión de dichos delitos el mismo móvil político. [En segundo lugar], la amnistía no impide la investigación y constatación de los hechos y del móvil político para los delitos de los funcionarios que no hubieran sido perseguidos con anterioridad, sino que, por el contrario, la constatación por el tribunal de estos presupuestos es condición para su aplicación. Esta interpretación acercaría más nuestra Ley de Amnistía a un mecanismo de averiguación de la verdad y no de olvido absoluto» (2009: 86).

15. El Auto del TS de 28 de marzo de 2012, que resuelve la cuestión de competencia planteada por Garzón en el caso de las fosas del franquismo, hace referencia a todos estos asuntos. Con respecto a la *irretroactividad* de la aplica-

No obstante, existe una opinión alternativa<sup>16</sup> que, sobre la base de los recientes desarrollos del Derecho internacional en materia de protección de los Derechos Humanos, y teniendo en cuenta el precedente sentado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), afirma la necesidad de derogar la Ley de Amnistía y perseguir los crímenes del franquismo. A ello obligan la coherencia política y la responsabilidad moral que, pese a lo que algunos autores parecen sugerir, no se encuentran reñidas con la corrección jurídica.<sup>17</sup>

ción de las normas penales internacionales dice: «el principio de legalidad y el de interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (artículo 9.3 de la Constitución), que prohíben la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras a los hechos anteriores a su vigencia, impiden operar con la categoría «delitos contra la humanidad» para denotar jurídicamente y tratar procesalmente las acciones criminales de las que fueron víctimas las personas a las que se refieren las denuncias que motivan las actuaciones de referencia».

También alude a la *prescripción* de los delitos: «por la fecha de iniciación de dichas causas, las acciones criminales sobre las que versan deben considerarse prescritas, a tenor de lo previsto en los artículos 131 y 132 del Código Penal. Es así, debido, de una parte, a que el delito de detención ilegal de carácter permanente sin dar razón del paradero de la víctima, presente en el Código Penal de 1928, desapareció en el de 1932, para ser reincorporado al de 1944, de modo que no estuvo vigente durante la mayor parte del tiempo en que tuvieron lugar las acciones que se trataría de perseguir. De otra, porque, como se dice en la STS 101/2012, el argumento de la *permanencia* del delito fundado en la hipotética subsistencia actual de situaciones de detención producidas en torno al año 1936, carece de plausibilidad. Y, en fin, porque, aun admitiendo razonablemente [...] que, por la imposibilidad para los familiares de los afectados de instar la persecución de esos delitos durante la dictadura, hubiera que posponer el inicio del cómputo de la prescripción a la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, incluso en este supuesto, el plazo de 20 años habría transcurrido en todo caso».

Finalmente, también menciona la vigencia de la *Ley de Amnistía*: «la Ley 46/1977 [...] forma parte del ordenamiento vigente. [...] Porque a tenor de lo que dispone su artículo 6, la amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que pudieran imponerse; y porque, conforme a su artículo 9, será aplicable cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso, no podría dejar de proyectar sus efectos sobre los hechos a que se refieren las denuncias que están en el origen de las actuaciones en las que se han suscitado las cuestiones que ahora se deciden» (FJ 2º).

16. *Vid.* Chinchón (2007, 2008), Queralt (2007), Estirado (2009), Sáez (2009), Garcés (2010), Paredes (2010, 2013) y Valencia (2012).

17. Los defensores de la vigencia de la Ley de Amnistía y, en consecuencia, de la imposibilidad de juzgar los crímenes de la dictadura, apelan a los valores del garantismo jurídico y del *iuspositivismo* legalista «para evitar resultados que político-criminalmente no consideran deseables» (Paredes, 2010). Un buen ejemplo lo encontramos en Gil: «se ha criticado a los tribunales españoles la incoherencia de perseguir crímenes cometidos en otros países desconociendo leyes de amnistía, mientras no persigue los cometidos en España amparados por una ley de amnistía. Sin embargo, en un país con división de poderes y con independencia judicial, las decisiones de los tribunales no tienen por qué ser políticamente correctas ni políticamente coherentes, sino sólo jurídicamente correctas y [...] entiendo que la decisión de la Audiencia Nacional respecto de las leyes argentinas de Punto Final y Obediencia Debida es jurídicamente correcta, como también lo es someterse a la propia ley de amnistía, que sí vincula a los jueces españoles —no a los extranjeros cuando persigan crímenes claramente tipificables como internacionales en el momento de su comisión—» (2009: 152). Sin embargo, España no coopera con los tribunales extranjeros que investigan crímenes franquistas, como quedó demostrado recientemente: cuando en Argentina se abrió un proceso judicial en cuyo marco la jueza Servini de Cubría dictó orden internacional de detención contra diecinueve altos cargos franquistas, el Ministerio del Interior denegó su extradición, alegando que los delitos habían prescrito y estaban amparados por la amnistía de 1977.

Aun así, y según apunta Valencia, «la corrección jurídica no se puede separar de la coherencia política ni, sobre todo, de la responsabilidad moral, a menos que se pretenda que la función jurisdiccional consiste tan sólo en hacer derecho formal e impartir justicia ritual, lo cual termina por convertirse en positivismo puro y duro al servicio del orden o desorden establecido» (2012: 190). Además, los resultados que los defensores de la Ley de Amnistía pretenden evitar «resultarían compatibles (y aquí estriba la trampa, en negarlo) con el Derecho positivo, además de ser muy valiosos en términos político-criminales (reducción del nivel de impunidad, satisfacción de Derechos Humanos), en

### 2.3. Reparación

La reparación que se concede a las víctimas de violaciones de Derechos Humanos presenta una doble dimensión: individual y colectiva. En el plano individual, la reparación consiste en un derecho a un recurso eficaz cuyo titular es la víctima, sus familiares directos, las personas a cargo de la víctima o quienes estuviesen estrechamente vinculados con ella. El deber de reparación a cargo del Estado incluye tres tipos de medidas: de restitución, de compensación o indemnización y de rehabilitación o readaptación. De acuerdo con la Resolución 60/147,<sup>18</sup> «la restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior. [...] Comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los Derechos Humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes» (principio 19). El principio 20 dispone la indemnización «por todos los perjuicios económicamente evaluables», entre los que se cuentan el daño físico y mental, la pérdida de oportunidades, los daños materiales y pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante, los perjuicios morales y los gastos de asistencia jurídica o de expertos, atención médica y psicológica. Por último, la rehabilitación incluirá «atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales» (principio 21).

En el plano colectivo, el derecho a la reparación alude al ámbito moral (no económico) y comprende medidas de carácter simbólico relacionadas con la memoria histórica (algunas de ellas ya fueron mencionadas cuando se explicó el derecho a la verdad, puesto que verdad y reparación se hallan íntimamente conectadas en su dimensión colectiva): es lo que en la Resolución 60/147 se incluía bajo el concepto de satisfacción (principio 22). De este modo, el Estado se halla obligado a adoptar «medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones, la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad [...], la búsqueda de las personas desaparecidas [...], una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima [...], una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones, conmemoraciones y homenajes a las víctimas, la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de Derechos Humanos y del derecho internacional humanitario».

---

términos meramente políticos y también en términos morales» (Paredes, 2010). En cualquier caso, «la incoherencia que [...] revela en la proyección internacional de nuestro Estado [...] la vocación expresada por nuestros órganos jurisdiccionales para erigirse en custodios del respeto de los Derechos Humanos por doquier, a través del empleo de la herramienta de la jurisdicción universal contemplada en el artículo 23.4 LOPJ», ha sido subsanada mediante las reformas operadas por la LO 1/2009, 3 noviembre, y la LO 1/2014, 13 marzo, que modificaron la LO 6/1985, 1 julio, del Poder Judicial, en lo relativo a la justicia universal (González, 2009: 84). Tras esta desnaturalización del instituto de la justicia universal ni se investigarán los crímenes de genocidio y de lesa humanidad ocurridos en España ni tampoco los que hayan tenido lugar en cualquier otro Estado.

18. Resolución 60/147, de la Asamblea General, que aprueba los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (16 diciembre 2005).

El ámbito de la reparación individual es, sin duda, el que ha alcanzado un mayor grado de desarrollo en España –más concretamente, en su faceta indemnizatoria–; aún así, habría muchas cosas que mejorar de acuerdo con los estándares internacionales y siguiendo el ejemplo de otros países que también se enfrentaron a un pasado dictatorial. La reparación en España se ha entendido fundamentalmente en su vertiente económica, lo cual resulta insuficiente.<sup>19</sup> Por esa razón se ha dicho que la Transición española responde a un «modelo de olvido del pasado «absoluto» con rehabilitación» de las víctimas (Chinchón, 2007: 136). Como ha señalado Sauca, hasta el 20 de noviembre de 2002 –fecha en que, por primera vez, el Congreso de los Diputados aprueba una declaración de reconocimiento a las víctimas de la guerra y el franquismo<sup>20</sup>– «se habían producido diversos reconocimientos de derechos e indemnizaciones a los combatientes republicanos que en la mayoría de casos suponían la equiparación de derechos de los combatientes por la República con los de los vencedores» (2008: 75). Así, se llega a la Ley de Memoria Histórica, donde también se contienen medidas de reparación colectivo-simbólicas como parte del derecho a la memoria histórica.<sup>21</sup> Por lo que se refiere a la reparación pecuniaria individual, la Ley de Memoria Histórica amplía los ámbitos de aplicación de algunos derechos ya existentes e introduce otros nuevos (*vid.* artículos 5-10, 18 y Disposiciones Adicionales 4-5 y 7).

Algunos déficits de las políticas de reparación en España son los siguientes: no se ha construido ningún monumento nacional de homenaje a las víctimas y, por el contrario, subsisten numerosos símbolos de la dictadura (el Valle de los Caídos sin reorientación antifascista alguna,<sup>22</sup> estatuas, placas conmemorativas, nombres de calles, listas de los

19. La concepción económica de la reparación no agota el concepto: *vid.* Sentencia de la CIDH, Caso Loayza Tamayo c. Perú, 27 noviembre 1998; Gómez (2006: 57); Villa Gómez (2013).

20. Debe señalarse que la declaración parlamentaria no condena el franquismo explícitamente, sino el totalitarismo y la violencia en sentido genérico, a la vez que reconoce el sufrimiento de las víctimas. Las condiciones que puso el PP para aprobar esta Proposición no de ley fueron dos: que se sacasen definitivamente del debate político esos asuntos y que se tuviese especial cuidado en no reabrir viejas heridas y rencores (Atencia Robledo, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados [DSCD] núm. 625, 20 noviembre 2002, p. 20517). De ahí que cuando en 2013 el grupo parlamentario de Izquierda Plural presentó una Proposición de ley en el Congreso de los Diputados para que el 18 de julio fuera declarado Día Oficial de Condena de la Dictadura Franquista, el PP utilizó su mayoría absoluta para impedir que la misma se admitiera a trámite (DSCD núm. 112, 21 mayo 2013). Por esta razón, Aguilar aseguraba que «hoy en día, el PP no ha condenado todavía explícitamente el golpe de Estado de 1936 ni la dictadura que vino a continuación» (2007: 17).

21. Destaca, por ejemplo, el artículo 2.1, que «declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil [y] [...] la Dictadura».

El artículo 3.1 declara la «ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones»; en particular, «el Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, [...] los Tribunales de Responsabilidades Políticas y los Consejos de Guerra» (artículo 3.2), así como «las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia» por los tribunales de la dictadura (artículo 3.3). No obstante, «no se procede a la abolición de dichas instituciones en el sentido de que mantienen el estatuto de haber pertenecido al orden jurídico español. Dicho de otro modo, esta derogación no tiene un efecto *ex tunc* que se retrotraiga hasta el momento en que fue dictada la norma» (Sauca, 2008: 97).

22. La Ley de Memoria Histórica únicamente prohíbe que allí se realicen actos de naturaleza política o exaltadores de la Guerra Civil, sus protagonistas o el franquismo (artículo 16.2), pero respeta su condición de lugar de culto y

«caídos por Dios y por España» en iglesias y catedrales...); ni los monarcas ni ningún Presidente del Gobierno han pedido perdón «a las víctimas de la guerra o de la represión franquista en nombre del Estado» (Aguilar, 2007: 17); tampoco se ha disculpado la Iglesia católica, cómplice de los vencedores de la guerra; además, y en el plano de la reparación material, «nunca se aprobaron medidas destinadas a facilitar el retorno de decenas de miles de exiliados ni normas que ofrecieran reparación a las víctimas de la tortura» (2007: 22). A juicio de Chinchón, «los pasos dados por España se han alejado notablemente de la inmediatez exigida en toda reparación, al tiempo que, en líneas generales [se produce una] falta de adecuación con un concepto de víctima acorde a lo que dispone el derecho internacional [...]. La inmensa mayoría de las iniciativas aprobadas no han tenido un verdadero carácter reparador, pues no se han basado en el reconocimiento de la existencia de ninguna violación previa, sino que más bien han sido configuradas como una suerte de compensación o igualación de regímenes» (2007: 183).

Por último, resulta interesante señalar que el Estado español se ha volcado y no ha escatimado medios para reparar el sufrimiento de otras víctimas –paradigmáticamente, las del terrorismo (de ETA), pero también es llamativo el esfuerzo dedicado a la búsqueda del cadáver de Marta del Castillo, por ejemplo–, lo que denota un trato absolutamente discriminatorio que acrecienta la injusticia cometida por el Estado.<sup>23</sup> De hecho, debiera ocurrir más bien al revés: el Estado tendría que ser incluso más diligente en la reparación de las víctimas cuando fue el causante del daño que si se trata de crímenes cometidos por particulares. Y es que hay una «notable diferencia entre delitos de particulares, incluso organizados, expresión de violencia privada, y los crímenes de derecho internacional ejecutados por el Estado, de modo sistemático, masivo y serial, que provocan masacres humanas. Es la distancia que existe entre el poder privado, al margen de la intensidad de la ofensa, y el poder estatal genocida» (Sáez, 2014: 11).

### 3. ¿Cómo subsanar los graves déficits de la justicia transicional en España?

Las principales carencias de la justicia de transición en España se refieren a los ámbitos del derecho a la verdad y a la justicia. En lo que sigue, serán esbozadas algunas propuestas que, de aplicarse en este país, colmarían ciertas lagunas de su política transicional y lo acercaría a los estándares internacionales en materia de protección de las víctimas de vulneraciones graves de los Derechos Humanos.

#### 3.1. Verdad

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas aseguró recientemente que «aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte [España]

—  
cementerio –prueba del enorme poder de la Iglesia en España–.

23. *Vid.* R. Sáez (2009: 100), Vicente (2009: 150), Arrojo (2014), Gordon (2014).

en el sentido de que la Ley de la Memoria Histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos, observa con preocupación las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas. El Estado parte debe [...] prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los Derechos Humanos cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura y permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizar» (2008: §9).

Por tanto, convendría proceder a la des-privatización de la labor de búsqueda de los desaparecidos mediante la asunción de esa competencia por parte de las administraciones públicas. Asimismo sería necesaria la creación de una comisión de la verdad integrada por expertos independientes para proceder a esclarecer los hechos ocurridos durante la guerra y la dictadura posterior. Igualmente, el Estado español tendría que prestar una mayor atención a la recuperación de la memoria histórica, incluyendo la eliminación o reasignación de significado a todos los símbolos de la dictadura y la reclamación del pasado republicano como un referente válido para mejorar la democracia y avanzar por su senda:<sup>24</sup> se pretende así recobrar «una memoria democrática que, frente al relato político hegemónico que ha actuado como pilar legitimador del sistema constitucional, reivindique el relato de las víctimas del franquismo y ponga en valor lo que supuso para España la Segunda República y la Constitución de 1931» (Escudero, 2013: 321). De este modo, la verdad histórica se «oficializaría», poniendo fin a la «excesiva fragmentación que caracteriza la construcción de la memoria en España» (De Greiff, 2014: §104g).

### 3.2. Justicia

Por lo que se refiere a la efectividad del derecho a la justicia, tres grandes obstáculos impiden el procesamiento de los criminales de la dictadura: el principio de legalidad, la vigencia de la Ley de Amnistía y la prescripción de los delitos.

El *principio de legalidad* exige que exista una ley previa (*lex praevia*) que tipifique los hechos. Esa ley podría hallarse en el ordenamiento internacional o nacional. Por lo que se refiere al primero, se ha sugerido que el Derecho creado por el Estatuto y el fallo del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg adquirió alcance universal tras la Resolución 95 (I),<sup>25</sup> convirtiéndose en parte del Derecho consuetudinario internacional (Estirado, 2009: 118). En el artículo 6c de dicho Estatuto se dice que son crímenes contra la humanidad:<sup>26</sup> «el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos

24. Y es que, paradójicamente, España es el único país de Europa donde se puede «ser demócrata sin ser antifascista» (Monedero, 2013: 246). En los Estados de nuestro entorno han desaparecido del imaginario oficial «desde el mismo momento de la Liberación, los nombres y las loas a los tiranos y a su extensísima cohorte de secuaces» (Queralt, 2011: 930).

25. Confirmación de los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y por el fallo de este Tribunal. Resolución 95 (1), 11 diciembre 1946, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

26. Tanto el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg como el de Tokio tenían competencia para conocer no

inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma [en España, diríamos: durante la Guerra Civil o después de la misma]; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron».

Por tanto, se podría aplicar la calificación de delitos contra la humanidad a muchos de los cometidos por el régimen franquista de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6c del Estatuto citado,<sup>27</sup> especialmente si tenemos en cuenta que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) señaló que, «si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje por los crímenes que habían cometido antes y durante la Segunda Guerra Mundial, [...] la validez universal de los principios relativos a los crímenes se vio posteriormente confirmada por, *inter alia*, la Resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (...) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del período específico de la Segunda Guerra Mundial».<sup>28</sup>

Sin embargo, algunos autores opinan que aunque el Derecho consuetudinario del momento en que se dictó la Ley de Amnistía obligase a España a perseguir los delitos, ello no significa que la norma internacional fuera de directa aplicación por el Estado. «Máxime en lo que concierne a una obligación de castigar penalmente, algo que el Estado sólo puede hacer de acuerdo con su sistema jurídico interno y, en un país regido por el principio de legalidad, a partir de una Ley que defina la conducta punible y la pena aplicable a los sujetos responsables» (Tamarit, 2009: 137).<sup>29</sup>

---

sólo crímenes contra la humanidad, sino también crímenes contra la paz y crímenes de guerra. «Salvo los crímenes de guerra, los otros dos eran nuevas categorías de delitos que se aplicaron en contravención de los principios de legalidad y de no retroactividad pero que, desde entonces, sentaron un precedente de la lucha de la Humanidad contra la barbarie» (Fernández, 2010: 77).

27. Valencia considera que cuando se elaboró la Ley de Amnistía los crímenes del franquismo y la dictadura constituían delitos graves contra el Derecho de gentes «a la luz de la codificación del derecho internacional de los conflictos armados, en su doble vertiente de derecho humanitario o derecho de Ginebra y derecho de la guerra o derecho de La Haya, que comienzan con la primera Convención de Ginebra de 1864 y con las trece Convenciones de la Haya de 1899 y de 1907, respectivamente. [...]. Otros precedentes normativos de trascendencia [son] la declaración diplomática de los aliados de la Primera Guerra Mundial, en mayo de 1915, para condenar el genocidio de los armenios por los turcos otomanos como un crimen «contra las leyes de la humanidad»; el Acuerdo de Londres, en agosto de 1945, por el cual los aliados de la Segunda Guerra Mundial crearon el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para juzgar a los jefes de la dictadura nazi por crímenes contra la paz, contra las leyes y costumbres de la guerra y contra las leyes de la humanidad; la Convención contra el Genocidio, de diciembre de 1948, que constituye el instrumento fundacional del Derecho penal internacional; y la decisión de la Comisión de Derecho Internacional, en julio de 1950, que codifica como nuevas normas consuetudinarias los Principios de Nuremberg que la Asamblea General de las Naciones Unidas ya había sancionado como tales en diciembre de 1946» (2012: 196-197).

28. Decisión del TEDH, caso Kolk y Kislyiy c. Estonia, 17 enero 2006.

29. En opinión de Ambos, «la persecución jurídico *internacional* de los crímenes fracasa por lo general –también en el caso español [...]– por su falta de redacción típica en la fecha de los hechos y la persecución *nacional* lo hace por su prescripción» (2009b: 14). Más aún, con relación a la persecución internacional asegura que «es controvertido en qué medida tal deber [de perseguir los crímenes internacionales] puede derivarse del derecho consuetudinario internacional (artículo 38 (b) Estatuto de la CIJ) o de los principios generales del derecho (artículo 38 (c) Estatuto

No obstante, otro sector de la doctrina defiende que para los crímenes de lesa humanidad no rige este principio del Derecho penal tradicional con el fin de evitar la impunidad. Por ejemplo, el juez Zupančič aseguró que el artículo 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) representa una «excepción al principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*». Y es que si el principio de legalidad se interpreta normalmente en un sentido restrictivo del poder estatal de castigar, «en este caso [...] tiene el efecto inverso. Impide que los demandantes se beneficien de su propia interpretación del derecho». Y continúa: «es fácil imaginar un caso similar en el que los demandantes fueran altos magistrados de la RDA que hubiesen participado en la creación de la «práctica» judicial [...] de la impunidad. ¿Diríamos entonces que este «elemento de la interpretación judicial» (ver el apartado 82 de la sentencia) equivale a la «ley que define el delito»?». <sup>30</sup>

Refiriéndose a las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida argentinas (leyes de amnistía similares a la española), el Instituto Max-Planck decía: «las citadas leyes especiales son ilegales desde el punto de vista del Derecho internacional público [...]. [No] se opone a esta conclusión la *prohibición de retroactividad (nullum crimen sine lege praevia)*, sin perjuicio de que Argentina firmó los convenios respectivos de Derechos Humanos después de la perpetración de los delitos. A nivel del Derecho Internacional Público Penal este principio ya no requiere de principios legales escritos para fundamentar una penalidad, sino que —desde la jurisprudencia de Nüremberg— son suficientes los principios no escritos pero reconocidos por el Derecho Consuetudinario. Basta la penalidad en el momento de perpetración *according to the general principles of law recognized by the community of nations* (comp. Art. 15 inc. 2 PIDCP). Esta disposición quiere evitar la impunidad de graves violaciones a los Derechos Humanos y/o a delitos internacionales» (1998: 284-285).

Incluso el Juzgado de Instrucción nº 2 de la AN<sup>31</sup> interpretó de este modo el principio de legalidad: «el principio de legalidad aplicable a los delitos internacionales tales como los crímenes contra la humanidad no es el interno, sino el internacional, contenido en el artículo 15 del PIDCP de 1966 [...]. El CP vigente puede aplicarse retrospectivamente a conductas anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el Derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque aún no hubieran sido tipificadas en el CP español. La legalidad penal internacional debe establecerse atendiendo tanto al Derecho convencional escrito, interno e internacional, como al Derecho consue-

---

de la CIJ). En cuanto al primero, es difícil aducir una práctica de los Estados a este efecto y el recurso a los últimos es pasible de crítica, dado que aparentemente quiere superar la falta de una práctica de los Estados o incluso una práctica contraria simplemente ignorándola» (2009b: 37).

Con respecto a la existencia de una norma de *ius cogens* consuetudinaria anterior a 1977 que obligase a España a perseguir los crímenes de la dictadura, A. Gil todavía es más restrictiva, puesto que entiende que no se daría ninguno de los elementos de la costumbre internacional: ni *opinio iuris* ni práctica consistente de los Estados (2009: 109). Igualmente, Tamarit considera que «la existencia de una costumbre internacional que impusiera a los Estados el deber de perseguir penalmente las violaciones de los Derechos Humanos era dudosa en el momento en que fue dictada la Ley de amnistía» (2009: 137).

30. Voto concurrente a la Sentencia del TEDH, caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania, 22 marzo 2001.

31. Auto que declara la admisión a trámite de la querrela formulada en el caso de las víctimas españolas de los campos nacionalsocialistas (Diligencias Previas 211/08 L, 17 julio 2008).

ordinario o los principios generales de las naciones civilizadas». En este punto, ni siquiera la exégesis dada al principio de legalidad por parte de los tribunales españoles es unánime, puesto que el TS sigue otra orientación.<sup>32</sup>

En cualquier caso, si no es posible la aplicación directa de las normas consuetudinarias de Derecho internacional, una segunda opción consistiría en acudir al Derecho internacional convencional (García, 2013: 143-144), que sí cumpliría los requisitos de *lex scripta* y *stricta*. En este sentido, es necesario referirse al PIDCP, de obligado cumplimiento para nuestro país desde el 27 de abril de 1977. Más aún, España no expresó ninguna reserva a la hora de firmar este tratado. Su artículo 2.3 dice: «cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales».<sup>33</sup>

Se ha objetado que el PIDCP no resulta aplicable a actos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor (artículo 15.1), como son todos los ocurridos en España. Ahora bien, existe una excepción a la prohibición general de retroactividad: «nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional» (artículo 15.2).

La pregunta clave es: los delitos cometidos durante la Guerra Civil y la dictadura, ¿se podían considerar incluidos dentro de esos «principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional» en el momento en que se perpetraron? Hay buenas razones para pensar que sí. Y no ofrezco una rotunda respuesta afirmativa porque hablar de principios, particularmente en el ámbito internacional y, más concretamente, en esa época en que la protección internacional de los Derechos Humanos se hallaba en fase de gestación resulta tremendamente vago.

Ahora bien –y con esto entro en el ámbito del Derecho interno, el tercero donde se puede buscar la existencia de una ley previa–, en el momento de comisión de los hechos tanto el homicidio, como la violación, las lesiones corporales o la detención ilegal se hallaban tipificadas como delitos en el Código Penal (el de 1932 y el de 1944). Por tanto, qui-

32. La STS 101/2012, 27 febrero (caso de las fosas del franquismo), considera que el principio de legalidad exige la existencia de *lex praevia* (anterior a la comisión de los hechos), *lex stricta* (tipificada en una norma de rango legal), *lex certa* (de forma clara) y *lex scripta* (por escrito). Así, «en orden a la aplicación del Derecho Internacional Penal «es necesaria una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales [...]. El Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles» [...]. La vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad exige que el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la Constitución y con los efectos dispuestos en la misma. No es posible –por más que sea sostenida por algún sector doctrinal– que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada, pero siempre a partir de su publicación» (FJ 3º).

33. Entre esos derechos y libertades se encuentran la vida (artículo 6), la prohibición de la tortura (artículo 7), del trabajo forzoso (artículo 8) y de la detención ilegal (artículo 9), así como la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 18), todos ellos objeto de vulneración masiva durante la dictadura franquista.

zá en España se podría acudir al Derecho interno que estaba vigente cuando ocurrieron los crímenes para enjuiciarlos (Paredes, 2010). Como en el resto de Estados de nuestro entorno también se tipificaban tales conductas como delictivas, se puede entender que se daba un consenso entre las «naciones civilizadas» (artículo 7.2 CEDH) acerca de la necesidad de sancionarlas, por lo que se cumpliría el requisito establecido en el PIDCP para su aplicación retroactiva: que los actos «fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional».

El segundo impedimento frente a la pretensión de juzgar los crímenes del franquismo es la vigencia de la *Ley de Amnistía*. Aquí se vuelve necesario precisar algunos extremos. En primer lugar, y como ya fue mencionado, la Ley de Amnistía se aprobó unos meses después de que España ratificase el PIDCP, motivo por el cual algunos autores han sugerido que la primera vulneró el Derecho internacional aplicable en nuestro país. Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno, para el caso de un tratado anterior a una ley nacional –por ejemplo, el PIDCP y la Ley de Amnistía española–, se explican acudiendo al principio de aplicabilidad preferente. De acuerdo con el artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), «una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Y es que, en el fondo, obrar en sentido contrario significaría quebrantar el propio ordenamiento nacional, puesto que la violación del Derecho internacional es, en sí misma, una transgresión del primero (Requejo, 1992: 62-63). Por tanto, la Ley de Amnistía se aprobó en contravención de la normativa internacional ratificada por España en aquel momento; esgrimir su vigencia como argumento para eximir al Estado de su deber de perseguir los crímenes de Derecho internacional cometidos durante el franquismo (*vid.*, Gil, 2009: 152) supone conculcar el artículo 27 del CVDT citado.<sup>34</sup>

Un segundo punto a destacar es que desde el momento en que se aprueba la Constitución los jueces deben tener presente esta norma siempre que apliquen Derecho –sea éste preconstitucional o posterior a la Constitución–, así como los valores superiores que propugna (entre ellos, la justicia).<sup>35</sup> En este sentido, nuestra Constitución es incompatible

34. Más aún, como indica Paredes, «sin necesidad de acudir al efecto derogatorio del Derecho internacional de los Derechos Humanos sobre la legislación ordinaria, simplemente mediante la realización de una interpretación sistemática y valorativamente coherente de la Ley, habría que concluir que ciertos actos no fueron amnistiados: en concreto, aquellos que han sido declarados no susceptibles de amnistía ni de prescripción por la interpretación consolidada del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Por lo demás, [...] aun si tal interpretación no resultase posible (que lo es), la conclusión que debería extraerse no es que la Ley 46/1977 –interpretada como causa de extinción de la responsabilidad penal– se impone sobre el Derecho internacional de los Derechos Humanos, sino justamente la contraria: que se trata de una ley inválida ya *ab initio* (o, cuando menos, posteriormente derogada), por contradecir normas de rango superior» (2013: 39).

35. Como señaló el juez Levits, en su voto concurrente a la Sentencia del TEDH, caso *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, ante la cuestión de si «después de un cambio de sistema político (...) es legítimo aplicar el «viejo» derecho establecido por el régimen no democrático anterior de acuerdo con los métodos de interpretación y aplicación del derecho inherentes al nuevo orden político democrático», [la única respuesta posible es *sí*]. «Los Estados democráticos sólo pueden permitir a sus instituciones que apliquen el derecho –incluido el derecho anterior dictado por un gobierno pre-democrático– de una manera inherente al orden político democrático [...]. El recurso a cualquier otro método de aplicación del derecho (que implica alcanzar resultados diferentes a partir de los mismos textos jurídicos) atentaría contra el núcleo mismo del orden público de un Estado democrático. Los mismos principios resultan igualmente aplicables respecto a la interpretación y aplicación de las normas del Derecho internacional,

con una ley que ampara la impunidad de asesinos, torturadores, secuestradores y violadores a gran escala de los Derechos Humanos, por lo que tanto el artículo 2 e) y f) de la Ley de Amnistía como las sentencias dictadas por los tribunales franquistas deberían ser suprimidas, expulsadas del ordenamiento jurídico, por injustas.<sup>36</sup> Al igual que se hizo en otros países.<sup>37</sup>

Otra posibilidad sería declarar la «inconstitucionalidad sobrevenida [...] por vulneración del artículo 15 (derecho a la vida e integridad física y prohibición de la tortura y tratos inhumanos y degradantes)», en relación con el artículo 10.2 («interpretación de los derechos conforme a las declaraciones internacionales») (Tamarit, 2010: 68). Ello conduciría a una segunda inconstitucionalidad sobrevenida, puesto que la Ley de Amnistía es contraria al Derecho internacional de los Derechos Humanos y los tratados en esta materia no sólo sientan la pauta hermenéutica de los derechos fundamentales, sino que son parte del ordenamiento jurídico español si han sido ratificados por España –artículo 96.1 de la Constitución– (Estirado, 2009: 123).<sup>38</sup>

En tercer lugar, el TEDH, cuya interpretación del CEDH vincula a España,<sup>39</sup> ha afirmado que los delitos contemplados en el artículo 7.2 del CEDH –delitos con arreglo a los principios generales del Derecho reconocido por las naciones civilizadas– son incompatibles con la amnistía.<sup>40</sup> En definitiva, «los crímenes del franquismo no podían ser amnistiados entonces y no pueden ser amnistiados ahora porque eran delitos graves contra el Derecho de gentes y lo siguen siendo en la actualidad» (Valencia, 2012: 196).<sup>41</sup>

---

como el PIDCP».

36. La necesidad de anular «las resoluciones de los tribunales de excepción que instituyó el estado fascista» deriva de la siguiente asunción: «el aparato institucional franquista fue un estado ilegal, un espacio de no derecho, porque se sustentaba sobre la violación sistemática de los derechos y libertades y conculcaba la legalidad internacional, el orden jurídico universal [basado] en los Derechos Humanos indisponibles» (Sáez, 2009: 85-86).

37. En palabras de Queralt, «ampararse en la irretroactividad de la Constitución es una añagaza. Si fuera verdad esa mentira, en los matrimonios celebrados antes de la Carta Magna seguiría mandando el marido. Afirmar que anular una sentencia del TOP o de un consejo de guerra es atentar contra la seguridad jurídica resulta grotesco [...]; también supone afirmar la supraconstitucionalidad de la seguridad jurídica por encima del valor superior de la Constitución que es la Justicia» (2007).

38. A juicio de Estirado, «en la medida en que la Ley de Amnistía, en cuanto impide la persecución penal de los citados crímenes de lesa humanidad, es contraria al Derecho Penal Internacional y a principios esenciales del mismo, con fuerza de *ius cogens*, y que tal Derecho Internacional ha sido recogido por nuestra Constitución de 1978 a través de los artículos 10 y 96, debe entenderse derogada esta Ley por la Constitución en este concreto ámbito, sin necesidad de plantearse la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad» (2009: 123).

39. *Vid.* artículo 10.2 de la Constitución y STC 245/1991, 16 diciembre (FJ 3º).

40. Decisión del TEDH sobre la admisibilidad de la demanda nº 13113/03 presentada por Ely Ould Dah c. Francia, 17 marzo 2009.

Naciones Unidas se muestra igualmente contraria a las amnistías. *Vid.* Resolución 3074 (XVIII), 3 diciembre 1973, de la Asamblea General de Naciones Unidas que establece Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad (apartado 8). También la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recomienda asimismo la derogación de la Ley de Amnistía de 1977 (2008).

41. Más aún, en España no se cumplían las circunstancias en las que, a juicio de algunos autores, cabe justificar una amnistía: el peligro de que, al tratar de satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas, se pongan en peligro la paz y el orden democrático. Puede ser discutible hasta qué punto las elites del régimen franquista hubieran aceptado

Por lo que atañe a la *prescripción* de los crímenes, hay quien ha apuntado que aun cuando se interpretase el principio de legalidad como aquí se postula y se derogase la Ley de Amnistía, tampoco sería posible juzgar a los criminales de la dictadura que todavía se encuentren con vida porque sus delitos habrían prescrito.

No obstante, el TEDH señala que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, independientemente de la fecha de su comisión, ya fue consagrada por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg.<sup>42</sup> Igualmente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas «recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. [Por esa razón], el Estado parte debe [...] tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales» (2008). El Código Penal español también recoge el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad (artículo 131.4). Es más, se viene entendiendo que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad era una regla consuetudinaria con carácter previo a su codificación internacional o interna.<sup>43</sup>

De cualquier modo, los plazos de prescripción no han de contar durante el tiempo en que no existió el derecho a un recurso efectivo. Para el caso paradigmático de las desapariciones forzadas, el Derecho internacional considera que se trata de un hecho ilícito de carácter continuado. Así, de acuerdo con el artículo 17.1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,<sup>44</sup> «todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos», aunque la persona desaparecida haya muerto.<sup>45</sup> Igualmente, el artí-

---

una Transición que no les garantizase la inmunidad, pero de lo que no hay duda es de que en España la amnistía no reunió las condiciones de legitimidad exigidas: ni hubo arrepentimiento (admisión de la culpa, petición pública de perdón, demostración de remordimiento, propósito de enmienda, reconocimiento de las víctimas, entrega de información, participación en programas de reeducación) ni esclarecimiento de la verdad (por ejemplo, con la creación de Comisiones de la Verdad) ni reparación del daño. Por tanto, la española no sería una amnistía condicionada, sino una amnistía general o incondicionada –*blanket amnesty*– (Dorado, 2013: 88-98).

42. Decisiones del TEDH, casos Papon c. Francia, 11 octubre 2005, y Touvier c. Francia, 13 enero 1997.

43. Tamarit llama la atención sobre el instituto de la prescripción: «la opinión dominante en la doctrina y en la jurisprudencia entiende que es una institución de derecho material no susceptible de aplicación retroactiva. La prescripción de un delito supone un límite al ejercicio de la potestad punitiva estatal y una vez producida la misma con arreglo a la ley vigente existe una expectativa legítima de no ser perseguido penalmente que no puede ser defraudada mediante una ley posterior que establezca el carácter imprescriptible del delito, como ha sucedido respecto a los delitos de lesa humanidad» (2009: 137).

Por su parte, Muñoz Conde estima que «razones de seguridad jurídica avalan [...] la prohibición de retroactividad de nuevos plazos de prescripción que alarguen los que regían en el momento en que se cometieron los hechos, para poder juzgar esos hechos conforme a los nuevos plazos» (2011: 857). Ahora bien, este penalista contempla la posibilidad de entender interrumpido el plazo de prescripción, «bien porque se hayan cometido nuevos delitos (como puede ser el caso de la Dictadura franquista que duró casi cuarenta años), bien porque se hayan querido oponer obstáculos a su persecución otorgándose los propios criminales antes del transcurso de los plazos de prescripción Leyes de Punto final o de Autoamnistía, o se hayan aprobado éstas ya en la nueva etapa democrática por debilidad de los nuevos regímenes democráticos» (2011: 859).

44. Aprobada por la Resolución 47/133, 18 diciembre 1992, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

45. Este es el argumento que sostiene el Ministerio Fiscal en España: la desaparición forzada finalizó hace mucho tiempo porque se sabe que las víctimas fueron ejecutadas; de este modo, se trataría de un asesinato y estaría prescrito. Sin embargo, como subraya Vicente, «esta interpretación hace total abstracción del artículo 17 de la Declara-

culo 5 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas dispone: «la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el Derecho internacional aplicable». En su artículo 8 añade: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, cada Estado parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal [...] se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito». Por tanto, coincido con R. Sáez en que tales crímenes «no puede considerarse que han prescrito, cuando menos de manera concluyente como se pretende y sin haber procedido a la investigación. Porque, según nuestro código penal, en el caso de delitos permanentes los términos de la prescripción no se computarán hasta que se elimine la situación antijurídica (artículo 132.1). [De ahí que] pudiera sostenerse con razón que la legislación aplicable al delito permanente es la vigente en el momento del descubrimiento del desaparecido» (2009: 101-102).

En este sentido, nuestro TS yerra al negar cualquier posibilidad de investigar judicialmente y, en su caso, procesar a los criminales de la dictadura que aún se hallen vivos. Una interpretación flexible tanto del principio de legalidad como del instituto de la prescripción y de la constitucionalidad de la Ley de Amnistía permitiría cierto ámbito de maniobra a los jueces.

Mi propuesta no socava el principio de intervención mínima del Derecho penal ni cae en la ingenua tentación de pretender solucionar todos los problemas que aquejan a una sociedad acudiendo a la vía penal; tampoco desnaturaliza el Estado de derecho convirtiéndolo en un Estado de *desecho* por atentar contra principios garantistas básicos. Las instituciones que sugiero interpretar de forma flexible (principio de legalidad, irretroactividad de la ley penal desfavorable, prescripción de los delitos), en el supuesto único y exclusivo de juzgar crímenes contra la humanidad cometidos por dictadura, se crearon para proteger al ciudadano frente al poder estatal que, si no se limita, tiende siempre al totalitarismo. Pero no buscaban beneficiar a quienes, prevaliéndose de la legitimidad y fuerza que otorga el Estado, vulnerasen los derechos fundamentales de los ciudadanos de forma masiva, aprovechándose luego de las garantías que ellos ignoraron para librarse de cualquier castigo. En este sentido, creo que es importante distinguir entre el crimen de Estado y el delito cometido por particulares –incluso aunque se trate de bandas organizadas–: por muy grave que sea el último, no se puede comparar con el carácter masivo, serial y sistemático del primero. Además de la presunción de moralidad que acompaña a la ley –y, en general, a toda actuación estatal–, un Estado que delinque se convierte en

---

ción de 1992. El hecho de que las «detenciones ilegales sin dar razón del paradero de la víctima» concluyeran con la ejecución de la persona detenida, por mucho que fuera un hecho notorio y público, no cambia en absoluto la calificación del delito como un acto de desaparición forzada, que constituye un delito permanente, lo que significa que la violación se prolonga en el tiempo y no concluye hasta que sea determinado el paradero de las personas desaparecidas o debidamente localizados o identificados los restos. [...]. Y, en todo caso, no se trataría de un delito común [...], sino uno (asesinato) constitutivo de un crimen contra la humanidad. Es adicionalmente abusivo afirmar prescripción o limitaciones de orden temporal cuando las víctimas han sido privadas de recursos efectivos por décadas, condición que en el caso de España ha sido el auténtico hecho público y notorio» (2009: 160).

juez y parte: quienes atentaron gravemente contra los Derechos Humanos se hallan luego en la posición de dictar normas que les exoneren de responsabilidad (amnistías). De este modo, ni los crímenes fueron perseguidos durante el régimen totalitario ni tampoco lo serán una vez instaurada la democracia. Esta situación no acaece en los casos de violencia privada, donde, mientras no prescriba el delito, el autor se halla siempre en la posición de ser capturado y procesado. Más aún, para los crímenes contra la humanidad no resultan aplicables varias de las justificaciones tradicionales del instituto de la prescripción<sup>46</sup>. En primer lugar, no desaparece la necesidad de la pena, ni desde un punto de vista preventivo general (porque se oscurezca o apague el recuerdo del delito y el sentimiento de alarma que en su día pudo producir o bien porque se entienda que el tiempo transcurrido ocultándose de la Justicia y con la amenaza pendiente de la pena sea ya suficiente castigo) ni, incluso, preventivo especial (porque el delincuente no haya reincidido, demostrando así una verdadera reinserción social). Por lo que hace al fundamento procesal (el aumento de las dificultades de prueba por el paso del tiempo, que se traduce en una afectación negativa del derecho de defensa y de la presunción de inocencia), en los delitos privados, al ser la dilación culpa del aparato represivo estatal, es lógico que redunde en provecho del reo; pero no ocurre eso en este supuesto, donde los que detentaban el poder para perseguir los delitos no lo ejercieron porque ello significaba actuar contra sí mismos: parece lógico que los responsables de la demora no puedan prevalerse de beneficios adicionales (prescripción) a los que reporta el no haber sido juzgados durante la dictadura.

Quisiera concluir con la siguiente reflexión: «ninguna sociedad se rompe porque se aplique la justicia [...]. Una sociedad democrática mucho menos».<sup>47</sup> Pues bien, la sociedad española no escapa a esa consideración. Y, en materia transicional, aquí no se ha aplicado la justicia.

#### 4. Referencias bibliográficas

- Aguilar, Paloma (2001) Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la Transición española, *Working paper*, nº 163.
- Aguilar, Paloma (2007) La justicia transicional en los casos español, argentino y chileno», *Comunicación presentada a la Conferencia Internacional «Paz y Justicia – Elementos Conformadores del Futuro» celebrada en Nüremberg (25-27 junio)*, pp. 1-34.
- Ambos, Kai (2009a) El marco jurídico de la justicia de transición, en Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela (eds.) *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlín, Fundación Konrad-Adanauer, pp. 23-129.

46. Sigo, en lo esencial, a Mir (2011: 773).

47. Baltasar Garzón, *Escuchando al juez Garzón*, España, 2011, 87 min., Dir. I. Coixet.

- Ambos, Kai (2009b) Prólogo, en Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier, pp. 11-20.
- Amnistía Internacional (2006) Víctimas de la Guerra Civil y el régimen franquista: el desastre de los archivos, la privatización de la verdad, *Informe de 30 de marzo*.
- Andrés Ibáñez, Perfecto (2012) Casos Garzón: necesario distinguir», *Isonomía*, núm. 37, pp. 169-200.
- Arrojo, Emilio (2014) El franquismo os sienta muy bien, *Público*, 16 septiembre. En: <<http://blogs.publico.es/dominiopublico/11051/el-franquismo-os-sienta-muy-bien/>>. [Consultado el 4 diciembre 2015]
- Capellà, Margalida (2009) Represión política y Derecho internacional: una perspectiva comparada (1936-2006), en Capellà, Margalida y Ginard, David (coords.) *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Palma de Mallorca, Edicions Documenta Balear, pp. 161-254.
- Chinchón, Javier (2007) El viaje a ninguna parte: memoria, leyes, historia y olvido sobre la Guerra Civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el Derecho internacional, *Revista IIDH*, nº 45, pp. 119-233.
- Chinchón, Javier (2008) Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de Derecho internacional postergados en la transición política de España, *Entelequia*, nº 7, pp. 331-354.
- Dorado Porras, Javier (2013) Justicia transicional, persecución penal y amnistías, *Derechos y Libertades*, nº 28, pp. 81-114.
- Elster, Jon (2006) *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz.
- Escudero, Rafael (2013) Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 29, pp. 319-340.
- Estirado, César (2009) Perseguibilidad penal de los crímenes del franquismo. Aplicación del Derecho penal internacional al caso español. Antecedentes judiciales en España y en el extranjero, en VV.AA. *Memoria histórica: ¿se puede juzgar la historia?*, Madrid, Fundación Antonio Carretero, pp. 113-128.
- Fernández Liesa, Carlos R. (2010) La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho penal español, en Tamarit, Josep (coord.) *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, Atelier, pp. 73-90.
- Garcés, Joan E. (2010) Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo, en Tamarit, Josep (coord.) *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, Atelier, pp. 175-190.
- García Sáez, José Antonio (2013) 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, pp. 139-153.
- Gil, Alicia (2009) *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier.

- Gómez Isa, Felipe (2006) El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos, en Gómez Isa, Felipe (dir.) *El derecho a la memoria*, Zarautz, Alberdania, pp. 23-76.
- Gómez Isa, Felipe (2012) Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso español, en Ripol, Santiago y Villán, Carlos (eds.) *Justicia de transición: el caso de España*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, pp. 172-184.
- González Vega, Javier (2009) Memoria histórica vs. impunidad: las obligaciones impuestas por el Derecho internacional, en VV.AA., *Memoria histórica: ¿se puede juzgar la historia?* Madrid, Fundación Antonio Carretero, pp. 67-84.
- Gordon, Jordi (2014) La gran vergüenza de la democracia española, *Público*, 10 diciembre. <http://blogs.publico.es/dominiopublico/11965/la-gran-vergüenza-de-la-democracia-espanola/>. [Consultado el 5 diciembre 2015].
- Greiff, Pablo de (2014) Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, (UN Doc A/HCR/27/56/Add.1).
- Instituto Max-Planck (1998) Dictamen producido por el Instituto Max-Planck para el Derecho penal extranjero e internacional en Friburgo de Brisgovia, Alemania, acerca del siguiente problema jurídico, en Plataforma Argentina Contra la Impunidad (eds.) *Contra la impunidad. En defensa de los Derechos Humanos*, Barcelona, Icaria, pp. 266-290.
- Joinet, Louis (1997) Informe final revisado acerca de la impunidad de los autores de violaciones de los Derechos Humanos (civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión, (UN Doc E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1).
- Mir Puig, Santiago (2011) *Derecho penal: parte general*, Barcelona, Reppertor.
- Monedero, Juan Carlos (2013) *La Transición contada a nuestros padres. Nocturno de la democracia española*, Madrid, Los Libros de la Catarata.
- Muñoz Conde, Francisco José (2011) El Derecho penal en tiempos de cólera, en Nuñez, Paz, Miguel Ángel (ed.) *Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 851-883.
- Naciones Unidas (2004) El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, *Informe del Secretario General* (UN Doc S/2004/616).
- Naciones Unidas (2005) Resolución 2005/81 sobre impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (E/CN.4/RES/2005/81).
- Naciones Unidas (2008) Proyecto de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos. España, (UN Doc. CCPR/C/ESP/CO/5).
- Ortí, Alfonso (1989) Transición postfranquista a la monarquía parlamentaria y relaciones de clase: del desencanto programado a la socialtecnocracia transnacional, *Política y Sociedad*, nº 2, pp. 7-19.
- Paredes, José Manuel (2010) Soluciones, haberlas, haylas: acerca de garantismos falsos y desconsideraciones verdaderas hacia el derecho internacional de los Derechos

- Humanos, *Blog: Justicia internacional y franquismo: el caso contra Garzón*. <<http://casogarzon.blogspot.co.uk/2010/05/colaboraciones-jose-manuel-paredes.html>> [Consulta de 4 diciembre 2015].
- Paredes, José Manuel (2013) La impunidad como práctica interpretativa: sobre el desprecio de la jurisdicción penal por el Derecho internacional de los Derechos Humanos, *Jueces para la Democracia*, nº 76, pp. 32-40.
- Pérez Álvarez, Pablo (2015) La Ley de Memoria Histórica es papel mojado, *CTXT – Contexto y Acción*, núm. 13. En: <<http://ctxt.es/es/20150416/politica/806/memoria-memoria-hist%C3%B3rica-fosas-comunes-exhumaciones-ayudas-PP-Partido-Popular-recortes-Espa%C3%B1a-Desmontando-el-bienestar.htm>> [Consultado el 8 diciembre 2015].
- Pisarello, Gerardo (2011) *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta.
- Queralt, Joan (2007) Desmemoria histórica, *El País*, 5 enero. En: <[http://elpais.com/diario/2007/01/05/espana/1167951617\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2007/01/05/espana/1167951617_850215.html)> [Consultado el 4 diciembre 2015].
- Queralt, Joan (2011) Imposibilidades de la Ley de memoria histórica: el caso Companys, en Núñez Paz, Miguel Ángel (ed.) *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 929-945.
- Requejo Pagés, Juan Luis (1992) Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, pp. 41-66.
- Sáez, Ramón (2009) Justicia transicional y España. ¿Se puede juzgar la historia? en VV.AA. *Memoria histórica: ¿se puede juzgar la historia?*, Madrid, Fundación Antonio Carretero, pp. 85-112.
- Sáez, Ramón (2010) Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo, *Mientras tanto*, núm. 114, pp. 41-72.
- Sáez, Ramón (2014) Justicia universal en España: el olvido del crimen de Estado, *Jueces para la Democracia*, nº 80, pp. 5-11.
- Sánchez Cuenca, Ignacio (2007) La violencia terrorista en la transición española a la democracia, *Historia del presente*, nº 14, pp. 9-24.
- Sánchez Soler, Mariano (2010) *La transición sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)*, Barcelona, Península.
- Sauca, José María (2008) El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido, en Martín Pallín, José Antonio y Escudero, Rafael (eds.) *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta, pp. 73-104.
- Share, Donald y Mainwaring, Scott (1986) Transiciones vía transacción: la democratización en Brasil y en España, *Revista de Estudios Políticos*, nº 49, pp. 87-135.
- Sole Tura, Jordi (1985) *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo y autodeterminación*, Madrid, Alianza Editorial.

- Tamarit, Josep (2009) Justicia transicional y Derecho penal en España, en VV.AA. *Memoria histórica: ¿se puede juzgar la historia?*, Madrid, Fundación Antonio Carretero, pp. 129-141.
- Tamarit, Josep (2010) Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad, en Tamarit, Josep (coord.) *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, Atelier, pp. 45-72.
- Valencia, Hernando (2012) La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional, en Ripol, Santiago y Villán, Carlos (dirs.) *Justicia de transición: el caso de España*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, pp. 185-198.
- Vicente, Lydia (2009) 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, en VV.AA. *Memoria histórica: ¿se puede juzgar la historia?*, Madrid, Fundación Antonio Carretero, pp. 143-169.
- Villa Gómez, Juan David (2013) Consecuencias psicosociales de la participación en escenarios de justicia transicional en un contexto de conflicto, impunidad y no-transición, *Cátedra Abierta*, nº 13 (2), pp. 307-338.
- Viver i Pi-Sunyer, Carles (1998) Veinte años de Constitución y de incipiente constitucionalismo, *Revista de Occidente*, nº 211, pp. 23-53.

## PROCESO EDITORIAL • EDITORIAL PROCESS INFO

Recibido: 09/12/2015      Aceptado: 31/05/2016

## CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO • HOW TO CITE THIS PAPER

Payero López, Lucía (2016) Justicia de transición en España: claves para aprobar una asignatura pendiente, *Revista de Paz y Conflictos*, Vol. 9, nº 1, pp. 209-234.

## SOBRE LOS AUTORES • ABOUT THE AUTHORS

Lucía Payero López es doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo y colaboradora de honor del Área de Filosofía del Derecho de dicha Universidad. Participa como investigadora en el proyecto “Neo-federalism: Dividing Political Power among People(s)”, financiado por el Consejo de Investigación Europeo (ERC) y desarrollado en Durham Law School (UK).