



**Clínica Jurídica
per la Justícia Social**

VNIVERSITAT [i] VALÈNCIA [i]
Facultat de Dret



apdhe
Asociación Pro Derechos Humanos de España

INFORME PARA LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PRO DERECHOS HUMANOS (APDHE)

DENUNCIA SOBRE LA FALTA DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO

Valencia, 14 de junio de 2019

Profesores tutores: Jorge Correcher, José Elías Esteve, Ricardo Juan, José A. Sáez y Raquel Vanyó

Estudiantes: Estrella del Valle, Joan Marc Ferrando, Cristina Millet, Marta Sevilla, Ana Machuca, Rosaly Yovianka, Stefani Brito

Este trabajo se encuentra bajo una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial- ShareAlike 4.0 International



Las ideas, afirmaciones o expresiones contenidas en el presente informe son responsabilidad exclusiva del grupo de autores, no teniendo que ser compartidas por la APDHE, la Universitat de València, la Facultat de Dret de la Universitat de València, o la Clínica Jurídica per la Justícia Social de la UV.

Puede contactar con el grupo de autores a través del correo electrónico: clinica@uv.es



**DENUNCIA SOBRE LA FALTA DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL
EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO**

*Diego García-Sayán,
Relator Especial de la ONU para la independencia de Jueces y Abogados
Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights
United Nations Office at Geneva
8-14 Avenue de la Paix
12-11 Geneva 10, Switzerland*

Vía e-mail: SRindependenceJL@ohchr.org

**DENUNCIA SOBRE LA FALTA DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL
EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO**

Como se ha venido manifestando en distintas denuncias ante este organismo extraconvencional para la protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, desde las etapas iniciales del mandato del Relator Especial, el principio de independencia de los magistrados y abogados se ha definido como costumbre internacional y principio general de derecho reconocido por la comunidad internacional, respectivamente, en el sentido del artículo 38 1) b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Además, también ha constituido una obligación contraída en virtud de tratados, como ocurre con el requisito de independencia del tribunal, establecido en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que, como afirmó el Comité de Derechos Humanos en su Observación general Nº 32, es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna¹.

Por otra parte, ya en un informe que se presentó a la entonces denominada Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías se destacó lo siguiente: "Los principios de imparcialidad e independencia constituyen en todos los Estados los rasgos distintivos del fundamento y la legitimidad de la función judicial... Su inexistencia conduce a la denegación de justicia y resta credibilidad al

¹ Comité de Derechos Humanos, "Artículo 14: el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia" (CCPR/C/GC/32, párr. 19); véase también la comunicación Nº 263/1987, *González del Río c. el Perú*, párr. 5.2.



proceso judicial"². Como se expresa en los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, "la independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo" (Informe del Relator A/HRC/11/41 de 24 de marzo del año 2.009).

A través del presente escrito se denuncia la falta de independencia e imparcialidad del poder judicial español en relación a la investigación judicial de los crímenes internacionales cometidos durante el franquismo. El reciente auto de 4 de junio de 2019 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo dejando en suspensión la exhumación de los restos de Franco supone una nueva muestra del bloqueo judicial a cualquier iniciativa legal de reparación para las víctimas. Como bien precisa el ex juez Baltasar Garzón, que precisamente por iniciar una investigación judicial sobre estos crímenes fue juzgado por prevaricación, en una reciente Tribuna en El País titulada "Banalizar el franquismo" apunta "a la pervivencia del franquismo en el Poder Judicial"; lacra, que ha sido recopilada y denunciada en el libro *Jueces, pero parciales* por los juristas Carlos Jiménez Villarejo y Antonio Doñate.

Pues bien, a través de la presente denuncia se quiere poner de manifiesto que esa pervivencia del franquismo en el seno del Poder Judicial español, en primer lugar, ha bloqueado todo el proceso judicial y tentativas de extradición de torturadores del franquismo reclamadas desde Argentina por la jueza Servini. En segundo lugar, este escrito aborda el papel de la fiscalía sometido a los mismos intereses para garantizar la impunidad, que acaba en tercer lugar, en una pauta sistemática de inadmisiones a trámite y archivos de querellas en los últimos meses relativas a esta exigencia de responsabilidades.

² Si bien se entiende por independencia de la judicatura la ausencia de interferencias inadecuadas en los asuntos judiciales, la imparcialidad normalmente denota la ausencia de prejuicios o parcialidad, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Apitz Barbera y otros c. Venezuela*, 5 de agosto de 2008, párr. 55, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Piersack c. Bélgica*, 1º de octubre de 1982, párr. 30.



Índice

I. LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO ANTE LA JUSTICIA ARGENTINA Y LA INTERACCIÓN CON LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

1. CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS Y ACTUACIONES JUDICIALES EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO Nº4591/2010. JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 1

2. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA Oponerse a LA QUERRELLA ARGENTINA

- 2.1. Existencia del tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina
- 2.2. Prescripción del delito según el artículo 131.1 del CP
- 2.3. Los delitos no constituyen crímenes de lesa humanidad
- 2.4. España no ha ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de las Naciones Unidas
- 2.5. Falta de competencia judicial
- 2.6. Vulneración del principio de legalidad e irretroactividad de las disposiciones no favorables y restrictivas de derechos
- 2.7. Colisión con la Ley de Amnistía

3. ANÁLISIS Y RECOMENDACIONES DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

4. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD INTERNACIONAL

5. LAS LEYES DE AMNISTÍA EN LOS SISTEMAS INTERAMERICANO Y EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

II. LA POSICIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS CRÍMENES COMETIDOS DURANTE EL FRANQUISMO

1. LA CIRCULAR 412/2016 Y SU ASUNCIÓN DE LOS CRITERIOS RECOGIDOS EN LA STS 101/2012, DE 27 DE FEBRERO

2. ARGUMENTOS DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN CONTRARIOS A LA CIRCULAR 412/2016

3. LA POSICIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS CRÍMENES FRANQUISTAS

III. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ANTE LAS QUERELLAS POR CRÍMENES DEL FRANQUISMO



I. LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO ANTE LA JUSTICIA ARGENTINA Y LA INTERACCIÓN CON LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

1. CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS Y ACTUACIONES JUDICIALES EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO Nº4591/2010. JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 1

1- El 14 de abril de 2010 dos familiares de víctimas españolas interpusieron una querrela ante la justicia argentina, con base en el principio de jurisdicción universal, por la comisión de delitos de genocidio y/o de lesa humanidad en España entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977.

Los querellantes inicialmente fueron Darío Rivas Cando e Inés García Holgado. A ellos se sumaron un conjunto de organizaciones no gubernamentales: Asociación Recuperación de la Memoria Histórica, Abuelas de Plaza de Mayo, Liga por los Derechos del Hombre, Comisión Provincial de la Memoria, Asamblea Permanente de los Derechos Humanos, Centro de Estudios Sociales y Legales (CELS), Asociación de Ex Detenidos Desaparecidos, Federación de Asociaciones Gallegas de la República Argentina, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), Comité de Acción Jurídica. Con posterioridad, y ante la falta de respuestas por parte de la justicia española, las víctimas han seguido presentando querellas en Argentina, hasta llegar a superar las cuatrocientas.

Esta situación viene marcada por la reiterada falta de voluntad del Estado Español de reparar a las víctimas por el daño causado, habiendo blindado el acceso a la justicia en reiteradas ocasiones a las víctimas y manifestando su no voluntad de respetar el Derecho internacional de los derechos humanos.

2-El 26 de abril de 2010 la justicia argentina acuerda delegar la investigación en el Ministerio Fiscal de Argentina.

3-El 14 de octubre de 2010 se envía exhorto a las autoridades españolas para conocer si se estaban investigando estos crímenes, y, en caso de que así fuera, solicitar que se procediera a exponer en qué estado se encontraban las actuaciones judiciales.

4-El 28 de junio de 2011 los Tribunales de Argentina reciben informe del Ministerio de Justicia de España en respuesta al exhorto recibido. El informe señala que los hechos ya



están siendo objeto de investigación en territorio español. Se enumeraban diferentes actuaciones judiciales que se estaban desarrollando en España, y que, por tanto, dejaban sin competencia a los tribunales argentinos en base al principio de subsidiariedad: si los tribunales nacionales ya están actuando, estos tendrán jurisdicción preferente.

5-El 27 de febrero de 2012 el Tribunal Supremo dicta sentencia en relación a la acusación de prevaricación judicial dirigida contra el Juez Garzón por la investigación de los crímenes del franquismo. Pese a que finalmente es absuelto de los delitos de los que se le acusaba, esta sentencia establece las bases argumentativas que han sido utilizadas con posterioridad por los tribunales españoles para oponerse al inicio de investigaciones judiciales por estos crímenes.

6-El 9 de mayo de 2012 Amnistía Internacional remite a los tribunales argentinos un informe sobre la falta a la verdad del Informe de la Fiscalía General del Estado español anteriormente citado. En el informe se denunciaba la denegación constante de los derechos de verdad, justicia y reparación a las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo por todos los poderes del Estado español.

7 - En junio de 2012 se constituyó la llamada Red AQUA, “Red Ciudadana de apoyo a la Querrela Argentina contra los crímenes del franquismo”. Su objetivo principal era promover y difundir la querrela, las actuaciones judiciales que se estaban llevando a cabo y lograr un mayor apoyo del movimiento social.

8- El 8 de agosto de 2012 la judicatura argentina estimó que era necesario recabar testimonios directos de 91 declarantes. Con tal fin, comenzó a prepararse la primera de las visitas de la Jueza encargada de la instrucción del caso, Dra. María Romilda Servini de Cubría a España, que tendría lugar a principios de septiembre.

9- El 6 de octubre de 2012 se comunica que finalmente el viaje de la Jueza Servini será cancelado, y en su lugar, las declaraciones serían celebradas por videoconferencia.

10- El 21 de marzo de 2013, ya con más de doscientas querrelas acumuladas, los representantes legales de los querellantes presentan escrito solicitando imputaciones concretas y órdenes internacionales de detención contra ellos. En ese primer momento, se incluían como investigados: Rodolfo Martín Villa, José Utrera Molina, Fernando Suárez González, Rafael Gómez Chaparro Aguado, Jesús Cejas Mohedano, Juan Antonio González Pacheco, José Ignacio Giralde González, Celso Galván Abascal y Jesús Muñecas Aguilar.



11 – Las videoconferencias que se habían previsto en los meses de abril y mayo fueron canceladas días antes de su fecha. El argumento utilizado fue que para su realización era necesario que se hubieran emitido comisiones rogatorias. Sin embargo, también consta el envío de un comunicado del Ministerio de Asuntos Exteriores de España al Embajador de Argentina, en el que se le expresaba su profundo malestar por la situación.

12- El 3 de septiembre de 2013 se crea la Plataforma Argentina de Apoyo a la Querrela contra los Crímenes del Franquismo (CEAQUA). Esta plataforma está integrada por representantes de organismos de derechos humanos, asociaciones de profesionales, organizaciones políticas, estudiantiles, gremiales, culturales y ciudadanos en general, que se comprometen a difundir ampliamente los objetivos de la querrela y respaldar las actividades que se realicen con ese fin.

13- El 18 de septiembre de 2013, la Juez Servini dicta órdenes de detención por medio de la Interpol. Paralelamente, se presenta un exhorto a los Tribunales españoles solicitando la colaboración con dicha diligencia.

14 – El 31 de enero de 2014 la Fiscalía de la Audiencia Nacional se opone a extraditar a Argentina al ex inspector de la Policía Juan Antonio González Pacheco (Billy el Niño). El fiscal Pedro Martínez Torrijos defiende en su dictamen la preferencia de la jurisdicción del Estado donde se cometieron los hechos para evitar una duplicidad de procesos.

15- El 24 de abril de 2014, la Sección 3^o de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acuerda mediante auto denegar la extradición de Jesús Muñecas Aguilar. Del mismo modo, el 30 de abril, en este caso la Sección 2^a rechaza también la extradición a Argentina de Antonio González Pacheco, reiterando los fundamentos.

16- El 31 de octubre de 2014, mediante resolución de la Jueza Servini se solicita a la Interpol el arresto preventivo de Martín Villa, Utrera Molina y otros 18 imputados con fines de extradición.

17 - En 2017 la querrela argentina contra el franquismo acumulaba ya más de 400 querellas. Aunque la justicia española había obstaculizado constantemente la justicia universal, las declaraciones de familiares y víctimas, sí se había logrado activar exhumaciones de víctimas desde la justicia argentina en España, un logro para las víctimas. Por otra parte, las Naciones Unidas apremiaban a España por la falta de colaboración de las autoridades y exigían una respuesta inmediata para cumplir con los



derechos de verdad, justicia y reparación de las víctimas de la guerra civil y el Franquismo y el Derecho Internacional.

18- En 2018 se recibió Comisión Rogatoria Internacional procedente de las autoridades judiciales de Argentina solicitando la toma de declaración de Martín Villa, por delito de lesa humanidad.

19- El 22 de octubre de 2018 se dictó Auto denegando la Comisión Rogatoria solicitada.

20- En marzo de 2019, la Juez Servini volvió a emitir una citación para comparecencia de Martín Villa ante la justicia argentina, prevista para el 9 de septiembre. Tras la emisión de la citación, Martín Villa confirmó que acudiría a ser oído en declaración.

21- A fecha presente, la jueza Salvini continúa dirigiendo «la única causa en el mundo en la que se investigan los crímenes del franquismo en España (1939-1975)». Familiares y diputados en España fueron recibidos con el propósito de continuar con el avance del caso. (*Eldiario, 2019*).

2. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA Oponerse A LA QUERRELLA ARGENTINA

Tras exponer a grandes rasgos el recorrido cronológico que ha seguido la causa ante los Tribunales argentinos, resulta evidente que nuestros Tribunales, siempre que se les ha solicitado colaboración, han obstaculizado cualquiera de las medidas, ya sea imposibilitando la toma de declaración de los imputados, presencialmente o por videoconferencia, o denegando las órdenes de extradición dictadas. La fundamentación que han desarrollado para oponerse a la continuación del proceso judicial argentino gira en torno a las siguientes premisas:

2.1. Existencia del tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal

La primera es la existencia del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina, firmado en Buenos Aires el 3 de marzo de 1987³. Este tratado rige las disposiciones por las cuales ambos estados se

³ Instrumento de Ratificación del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina, firmado en Buenos Aires el 3 de marzo de 1987, «BOE» núm. 170, de 17 de julio de 1990.



obligan recíprocamente a la entrega de las personas requeridas por la justicia nacional.

Los Tribunales españoles alegan que Argentina no es competente para conocer del delito que motiva la extradición con base a los artículos 9 a) y 11 a) del Tratado.

2.2. Prescripción del delito según el artículo 131.1 del CP

El segundo motivo hace referencia a la prescripción de los delitos que se presentan según el Código Penal Español. Así, el Auto de 24 abril de 2014 de la Sala de lo Penal, Sección 3a de la Audiencia Nacional determina que los hechos relatados constituirían un delito de torturas tipificado en el art. 174 del vigente Código Penal español, castigado con un máximo de seis años en prisión. Atendiendo al art. 131.1 del mismo Código, “por razón de la pena de inhabilitación o de prisión que sobrepase los cinco y no exceda los 10 años está prevista la prescripción a los diez años computados desde la comisión del delito o desde que el procedimiento se dirija contra el culpable conforme prevé el art. 132.2, quedando sin efecto el tiempo transcurrido hasta entonces”. Concluye por lo tanto que “la acción penal iniciada ha superado crecidamente los plazos de prescripción del delito”⁴ (FJ3º).

El mismo argumento es utilizado por el Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, en el Auto 22 de octubre de 2018. El razonamiento jurídico quinto señala “un nuevo inconveniente legal para atender el pedimento de auxilio cursado”⁵. Considera que los hechos imputados habrían prescrito al transcurrir el plazo previsto para los mismos en el Código Penal español.

2.3. Los delitos no constituyen crímenes de lesa humanidad

Ante las argumentaciones presentadas por los querellantes en relación a la imposibilidad de que los delitos hayan prescrito por tratarse de crímenes de lesa humanidad, la Sala de lo Penal, Sección 3a de la Audiencia Nacional, en el mismo Auto de 24 abril 2014, afirma que “la descripción de la infracción punible no constituye delito de lesa humanidad del art. 607 bis del CP español dado el tenor aislado de la acción imputada sin conexión aparente con el delito de genocidio que se investiga en la causa 4591/2010 del órgano judicial requirente y la aparente falta de conexión entre el reclamado y cualesquiera otras personas involucradas en acciones análogamente

⁴ Auto de 24 de abril de 2014 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, Rec. 62/2013.

⁵ Auto de 22 de octubre de 2018 del Juzgado Central de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional, Rec. 25/2018.



reprobables, tanto por su naturaleza como por las fechas de ejecución”⁶.

2.4. España no ha ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de las Naciones Unidas

En relación al punto anterior, el mismo Auto, en su fundamento de derecho primero, señala que “en España, los delitos de Lesa Humanidad, regulados en el Capítulo 11 bis del Título XXIV del Libro 11, fueron añadidos por Ley Orgánica 15/2003, de 25.11, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23.11, del Código Penal (BOE núm. 283, 26.11.2003), tipificando en el artículo 607 bis el delito de Lesa Humanidad, entrando en vigor dicha norma a partir del 01.10.2004.” Sin embargo, el hecho de que España no haya ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de las Naciones Unidas de 1968 “impide la persecución en España de los hechos susceptibles de ser calificados como delito de Lesa Humanidad cuya comisión es anterior al 01.10.2004.”. Esto constituye un nuevo obstáculo para los querellantes.

2.5. Falta de competencia judicial

La cuestión de competencia constituye motivo para la negativa de los tribunales españoles en dos ocasiones. En primer lugar, en la respuesta de la Fiscalía de la Audiencia Nacional del 10 de diciembre de 2012 según la cual el Ministerio Fiscal alega no ser competente para tomar las medidas en relación a la orden de extradición. En segundo lugar, y en relación al punto primero, el Auto 22 de octubre de 2018 del Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, en su razonamiento jurídico tercero, donde se señala que “el Fiscal se opone a que se acepte la Comisión Rogatoria (solicitada por las autoridades argentinas), y solicita su devolución al Juzgado de procedencia, comunicándole la imposibilidad de proceder a su cumplimiento, al amparo de los arts. 30.2 y 3 y 40 del Tratado bilateral y a la propia legislación interna que atribuye a la jurisdicción española la investigación y enjuiciamiento de tales hechos (art. 23.1 LOPJ).”

2.6. Vulneración del principio de legalidad e irretroactividad de las disposiciones no favorables y restrictivas de derechos

Como se desarrollará más adelante, la vulneración del principio de legalidad ha sido empleada por parte de los Tribunales a la hora de negar la aplicación del Derecho internacional consuetudinario en nuestro país cuando éste no ha sido incorporado a

⁶ *Ibidem*.



nuestro ordenamiento interno de la forma prevista. En el Auto del 22 de octubre de 2018 del Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, razonamiento jurídico tercero, se señala que “Debe recordarse, con el AAN 2/2014, de 13.01.2014, que la STS 101/2012 de 27.02, recuerda que “la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) prohíbe sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 21 CP). Esta exigencia del principio de legalidad es aplicable al derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional”. De esta forma, la Audiencia Nacional entiende que la aplicación del Derecho internacional en este caso, por más que a priori atienda a la protección de los derechos humanos de una sociedad moderna, estaría vulnerando directamente el principio de legalidad, definido como uno de los pilares del Estado de Derecho.

2.7. Colisión con la Ley de Amnistía de 1977

Por último, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, en el mencionado Auto 22 de octubre de 2018, recuerda el consenso con el que fue aprobada la Ley de Amnistía en el año 1977 y su actual vigencia afirmando que “aunque el cumplimiento de las obligaciones vigentes derivadas del derecho internacional podría hacer considerar directamente inaplicable la ley 46/1977 de amnistía, dado su carácter preconstitucional, debe tenerse presente que esta ley ha sido confirmada recientemente en su contenido esencial, por otro acto de naturaleza legislativa: el pasado 19.07.2011 el Congreso de los Diputados rechazó la proposición para modificar la Ley 46/1977, de Amnistía, y su vigencia y aplicabilidad declarada en sendas resoluciones del Tribunal Supremo (STS 101/2012 y ATS de 28.03.2012).”

Como se deriva de lo hasta aquí expuesto, son numerosos los argumentos que los Tribunales españoles han creído encontrar para oponerse de forma radical a la continuación de las investigaciones de los crímenes internacionales cometidos durante el franquismo. Pese al carácter recurrente de las argumentaciones, y al hecho de que sean compartidas tanto por el Poder Judicial como por la Fiscalía, las instancias internacionales no dejan de recordarnos que esta falta de amparo y reparación a las víctimas, así como la falta de independencia e imparcialidad de nuestros tribunales, constituyen actitudes contrarias al Derecho internacional.



A estos efectos, haremos mención en primer lugar al análisis y las recomendaciones formuladas por el Relator Especial sobre promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo Greiff, en su informe de julio de 2014 sobre la situación en España ⁷.

En segundo lugar, trataremos de contrargumentar uno de los principales fundamentos de los Tribunales y la Fiscalía para oponerse a la incoación de procesos judiciales, el principio de legalidad y la irretroactividad de las disposiciones desfavorables. Para ello, haremos un breve desarrollo del principio de legalidad internacional, oponiéndonos a la interpretación que del mismo están haciendo nuestros tribunales en la actualidad, por resultar contrario al Derecho internacional y al criterio de nuestros propios órganos judiciales en otras causas.

3. ANÁLISIS Y RECOMENDACIONES DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

El informe del Relator Especial sobre promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, de 22 de julio de 2014, destacaba que España había consolidado su democracia durante la Transición. Sin embargo, señalaba numerosos inconvenientes en relación a la búsqueda de justicia y reparación de los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura del general Franco.

En España se inició un proceso de reforma de las instituciones estatales en aras de adaptarlas al marco constitucional democrático surgido el año 1978. Ahora bien, el Relator Especial reconocía que el Poder Judicial español era la esfera del Estado que menos reformas estructurales había acusado (pár.41). En este sentido, la formación de jueces y fiscales en materia de derechos humanos, que representa una herramienta indispensable para una mejor protección del derecho a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, es particularmente escasa en lo relativo a la persecución penal de los crímenes internacionales (pár.41).

Según el Relator Especial, el Estado no ha establecido una política de promoción de la verdad y corrobora que la Ley 52/2007, conocida popularmente como Ley de Memoria Histórica, no había mejorado la situación a pesar de los esfuerzos de diversas

⁷ A/HRC/27/56/Add.1, Informe del Relator Especial sobre promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, 22 de julio de 2014.



Comunidades Autónomas por implementar políticas de este tipo (pár.46). Tales circunstancias estarían privando a las víctimas de mecanismos de esclarecimiento histórico de los hechos (pár.48).

El Relator Especial destacaba que era “en el ámbito de la justicia donde se observan mayores déficits en el tratamiento de los legados de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y el franquismo” (pár.67).

Sin duda, la Ley 46/1977, conocida como Ley de Amnistía, suponía el mayor obstáculo para abrir investigaciones penales sobre graves violaciones de derechos humanos cometidas durante la guerra civil y el franquismo. Además, los tribunales también se amparan en otros argumentos jurídicos como el principio de no retroactividad, la aplicación de la norma más favorable, la prescripción de los delitos o el principio de seguridad jurídica, interpretados de manera restrictiva (pár.68).

La Ley de Amnistía está sirviendo de escudo a las autoridades judiciales, a pesar de ser contraria al Derecho Internacional, para no enjuiciar a los responsables de los crímenes del franquismo. El Relator Especial señalaba “un excesivo formalismo en la interpretación del derecho que cohibe toda reflexión sobre posibles alternativas para garantizar el derecho de las víctimas a la verdad y la justicia” y recordaba que los tribunales españoles no habían seguido el mismo criterio para otros casos de crímenes internacionales (pár.73). El Relator Especial se refería a los casos Scilingo y Pinochet, en los que los tribunales españoles no vieron inconveniente en la Ley de Amnistía chilena ni en la aplicabilidad de los tipos penales internacionales ni en la prescripción de los delitos.

En relación con las investigaciones de los crímenes del franquismo, la abrumadora mayoría de los casos que se presentan por crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura no son investigados o se archivan directamente amparándose en la Ley de Amnistía de 1977. Según el Relator Especial, “esto no sólo contradice las obligaciones internacionales en materia de derecho a la justicia, sino que también vulnera el derecho a la verdad” (pár.76).

El Relator Especial mostró preocupación con el contenido de la STS 101/2012, de 27 de febrero, relativa a la investigación de desapariciones forzadas durante la guerra civil y la dictadura franquista, puesto que los argumentos jurídicos que empleó han servido a los tribunales españoles como excusa para archivar todos los casos similares que se han presentado (pár.77).



El informe del Relator Especial formulaba una serie de recomendaciones. Entre las más destacadas, a efectos de la investigación y persecución de los crímenes del franquismo, sería la derogación de las disposiciones de la Ley de Amnistía que obstaculizan las investigaciones y el acceso a la justicia (apartado q); promover una mayor conciencia acerca de las obligaciones internacionales en materia de acceso a la justicia, el derecho a la verdad y las garantías del debido proceso (apartado r); y asegurar la colaboración de la justicia española con procedimientos judiciales en el exterior y tomar medidas contra el debilitamiento del ejercicio de la jurisdicción universal por parte de tribunales españoles (apartado s).

4. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD INTERNACIONAL

Los Tribunales españoles emplean de forma recurrente el argumento de la vulneración del principio de legalidad para fundamentar, bien sea la inadmisión de las querellas, el archivo de los procedimientos o la denegación de todo auxilio judicial internacional que proceda de la Justicia Argentina. Del mismo modo, tal y como ya se ha desarrollado en el presente informe, la Fiscalía lo incluye en su Circular dentro del argumentario de oposición que ha establecido frente a todos los escritos presentados.

Pese a la contundencia de la Fiscalía y el Poder Judicial cuando hablan de vulneración clara del principio de legalidad, lo cierto es que, en todo caso, a lo que se está procediendo es a un entendimiento parco y distanciado del objeto de un principio jurídico fundamental en nuestro Estado de Derecho, como es el de legalidad.

A fin de analizar la aplicabilidad del principio, se ha de partir necesariamente de un planteamiento previo. En tanto las fuentes del Derecho interno y las fuentes del Derecho internacional no son las mismas, tampoco la fundamentación de su principio de legalidad puede pretender equipararse.

Como bien es sabido, el Derecho penal nacional o interno tiene como única fuente la ley, y, por ende, resultará de aplicación un principio de legalidad clásico: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Para procesar penalmente a una persona, será necesario que el delito por el que está siendo acusado estuviera previsto en una norma de rango legal con carácter previo a su comisión y que, además, esté tipificado con una pena. En este sentido, se aplicaría la clásica triple exigencia: ley previa, ley escrita y ley estricta.

Sin embargo, este esquema se ve alterado cuando nos trasladamos al ámbito de la legalidad internacional. En concreto, cuando hablamos del Derecho penal internacional y de la regulación de los crímenes más graves, de trascendencia para la comunidad



internacional en su conjunto, como son el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra o el crimen de agresión⁸ (ECPI). La prohibición de comisión de estos crímenes trasciende la concepción clásica del principio de legalidad y exige una nueva reformulación del mismo en este ámbito de penalidad concreto.

Las fuentes del Derecho internacional, tal y como ha establecido el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁹, son los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; como fuentes auxiliares, la jurisprudencia y la doctrina científica.

Es importante partir de la estrecha relación que existe en el ámbito internacional entre el derecho convencional y el consuetudinario. El derecho convencional incorporado a los tratados viene en muchos casos a recoger normas con origen consuetudinario, aceptadas por la comunidad internacional como “prueba de la práctica generalmente aceptada como derecho”¹⁰. La aceptación de la costumbre internacional como fuente de derecho proviene del convencimiento de la obligatoriedad de la norma, y de la incorporación de esta actuación a la práctica de los Estados, con los mismos efectos que si hubiera sido incorporado a un tratado.

En aquellos casos en los que la costumbre se materializa en el cuerpo de un tratado internacional ratificado por los Estados, no surge controversia alguna, ya que dicho tratado entrará a formar parte del Derecho interno del Estado que previamente ya lo ha ratificado. El problema surge en la práctica cuando la ley interna no tiene incorporada esa fuente de Derecho internacional: bien porque proceda de fuente consuetudinaria y no se haya visto obligada a ello, o bien porque, pese a derivar de un tratado, su incorporación se haya producido con posterioridad a la comisión de un determinado hecho. Hablaríamos en concreto de aquellos casos en los que una conducta es contraria al Derecho penal internacional, pero cuyo desvalor no consta si revisamos únicamente la legislación penal interna. La reflexión que se ha de derivar de ello es si el desvalor de la acción y, por tanto, la posibilidad de que se deriven responsabilidades penales, existe con independencia de que se haya incluido o no a la legislación interna de forma escrita.

La conclusión ha de resultar evidente cuando hablamos de la comisión de los más graves crímenes internacionales. En esos casos, el Derecho internacional que determina la exigencia de responsabilidades por la comisión de crímenes de tal gravedad, haya sido

⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17-07-1998; en vigor desde 01-07-2002). Artículo 5: crímenes de la competencia de la Corte.

⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 38.

¹⁰ Art. 38 Estatuto CIJ



o no incorporado al Derecho interno, deberá ser aplicado como derecho vigente y propio por los tribunales nacionales. Y ello, en base a un entendimiento del principio de legalidad desde una óptica internacionalista, y con vistas a proteger los derechos humanos y luchar contra la impunidad.

Desde esta perspectiva, debe abogarse por una nueva concepción del principio de legalidad internacional, que no pretenderá desplazar al principio de legalidad clásico, de aplicación al Derecho penal interno, sino tratar de lograr su compatibilidad.

Tanto el Auto de 22 de octubre del Juzgado Central de Instrucción de 2018¹¹ por el que se deniega la Comisión Rogatoria Internacional de la República de Argentina, como el Auto de 24 de abril de 2014 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional¹², por la que se deniega la extradición, abogan por una concepción estricta del contenido esencial del principio de legalidad internacional, según el cual, “no es posible 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” (FJ3, Auto JCI).

También la Sentencia nº 101/2012 del Tribunal Supremo¹³, la conocida causa iniciada por la querrela presentada contra el Juez Baltasar Garzón por un delito de prevaricación judicial, se desarrollaba este principio en relación a los crímenes del franquismo que habían sido objeto de investigación por parte del juez procesado. Probablemente por medio de esta sentencia que falló de forma absolutoria se intentó aprovechar la ocasión para sentar ciertas bases jurisprudenciales en atención a las querrelas que se preveía que serían interpuestas en los juzgados españoles por la comisión de crímenes internacionales durante el franquismo. La sentencia se pronunciaba sobre el principio de legalidad en los siguientes términos:

“La garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 Constitución española) prohíben sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 21 del Código penal). Esta exigencia del principio de legalidad es aplicable al derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio

¹¹ Auto de 22 de octubre de 2018 del Juzgado Central de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional, Rec. 25/2018.

¹² Auto de 24 de abril de 2014 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, Rec. 62/2013.

¹³ Sentencia nº101/2012, de 27 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala Segunda.



hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional” (FJ 3).

Esta fundamentación que desarrollaba en el año 2012 el Tribunal Supremo, es incluida ahora en muchas de las resoluciones dictadas por todos los órganos en las causas que nos ocupan, tanto por Juzgados de Instrucción, como por la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo cuando han tenido que pronunciarse. Del mismo modo, también se incluye ahora en las Circulares de Fiscalía General del Estado. Sin embargo, esta no ha sido siempre la interpretación que nuestro órgano supremo ha hecho del principio de legalidad. De hecho, puede afirmarse que hasta que empezó a plantearse la posibilidad de perseguir penalmente los crímenes cometidos durante el franquismo, el criterio había sido antagónico. Como ejemplo de ello, hemos de traer a colación la sentencia pronunciada en el conocido como Caso Scilingo; dictada en primera instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección tercera)¹⁴ y en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo¹⁵.

La Audiencia Nacional condenó al Oficial argentino Adolfo Scilingo Manzorro por la comisión de crímenes contra la humanidad, fundamentando la aplicabilidad del tipo al caso concreto, el carácter universal de dichos crímenes, y salvando la interpretación estricta del principio de legalidad en pos de una interpretación internacionalista.

Los Tribunales Españoles no encontraron obstáculo en no aplicar ese principio de legalidad en sentido estricto entonces, pero han optado por reformular toda su argumentación en relación a la investigación de los crímenes del franquismo, en una clara exhibición de parcialidad judicial. El principio de legalidad internacional resultaba necesario y aplicable cuando se estaban juzgado los crímenes internacionales cometidos por otros sujetos, nacionales de otros Estados, pero parece sacrificar los cimientos básicos de nuestro Estado de Derecho cuando lo que se pretende investigar son los crímenes cometidos por nuestro propio aparato estatal durante la Dictadura.

Es del todo necesario señalar la fundamentación jurídica empleada en el llamado Caso Scilingo, tanto por el Tribunal Supremo como por la Audiencia Nacional, órganos judiciales que hoy exigen una interpretación estricta y encajonada del principio de legalidad nacional. Tal y como se ha mencionado, en el año 2005 se condenó al Coronel

¹⁴ Sentencia 16/2005, de 19 de abril de 2005, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Secc. 3ª),

¹⁵ Sentencia 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Sala Segunda del Tribunal Supremo, Rec. 10049/2006.



Argentino Adolfo Scilingo por crímenes contra la humanidad, en aplicación del Derecho internacional¹⁶.

En 2005, la Audiencia Nacional ya abogaba por la necesidad de que fueran reinterpretados los principios penales clásicos, en virtud de la particularidad de las normas de las que deriva el Derecho penal internacional. Normas de *ius cogens*, cuya obligatoriedad no podría ponerse en cuestión, con independencia de que se hubieran incorporado o no con carácter previo a la legislación interna.

Así lo entendía la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo:

“Estimamos que el carácter de *ius cogens* de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria “per se” o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos”.

Esta argumentación partía de lo dispuesto en los Juicios de Núremberg, donde fue asentado el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad; principio internacional que en la actualidad nuestros Tribunales ponen en cuestión cuando debe ser aplicado a los crímenes cometidos por el propio aparato estatal. En este sentido, la Audiencia Nacional fundamentaba en 2005:

“Se puede añadir aquí que, en muchas resoluciones dictadas por los tribunales penales internacionales «ad hoc» actuales, se ha afirmado y aceptado la tesis de que «desde el Estatuto de Nuremberg, el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la imposición de la responsabilidad penal individual por su perpetración no han sido seriamente discutidos (Asunto Tadic del ICTY)». Desde entonces se ha ido produciendo una importante evolución, de la que no

¹⁶ El fallo de la sentencia, recogía la condena en los siguientes términos: “Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado ADOLFO FRANCISCO SCILINGO MANZORRO como autor de treinta delitos de asesinato previstos y penados en el artículo 139.1º; como autor de un delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 163, y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal previstos y penados en el artículo 163, todos ellos del Código Penal vigente, los cuales constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional”.



creemos necesario dejar constancia en esta resolución, que ha venido a determinar que el crimen contra la humanidad sea, en la actualidad, un crimen de naturaleza mixta, convencional (Estatuto de la Corte Penal internacional, Tratados de Derechos Humanos, Tratado de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, jurisprudencia internacional etc..) y consuetudinaria (práctica interna y *opinio iuris* de los Estados), lo que implica la interacción de dos clases de normas, lo que estimamos, como veremos después, que tiene importantes efectos en materia de legalidad penal” (FJ 2.1)

Esta misma sentencia a la que venimos haciendo referencia, realiza una enumeración en su Fundamento Jurídico Cuarto de los principales problemas que pueden plantearse en relación al principio de legalidad y a la tipicidad de las normas penales. Sin embargo, los argumentos con los que salva cada uno de estos posibles obstáculos y que conducen a una sentencia condenatoria distan mucho de aquellos que están empleando los tribunales en los últimos años en relación a los crímenes del franquismo. Realizaremos un recorrido por los mismos con el objetivo de poner de manifiesto el cambio jurisprudencial de los tribunales en función de la causa a la que se le hayan de aplicar los principios jurídicos. No viene a escenificar sino un síntoma más de su falta de independencia e imparcialidad.

En primer lugar, se plantea la no existencia de norma aplicable en el momento de cometerse los hechos, dado que el art. 607 bis CP, el que tipifica los crímenes contra la humanidad, se incorporó a nuestra legislación penal en el año 2004.

Tal y como argumentaba la Audiencia Nacional entonces y confirmaba el Tribunal Supremo, de este hecho no puede derivarse que no existiera norma penal que prohibiera la conducta en la fecha de comisión de los hechos, ya que como norma de *ius cogens* existía y era aplicable con anterioridad a los mismos. En este sentido:

“Partimos de la prohibición penalmente sancionada, desde hace décadas, por el derecho internacional, de las conductas a que se refiere el tipo penal recientemente introducido, siendo esta prohibición una norma de general aplicación para todos los Estados al ser una norma de “*ius cogens*” internacional. No puede decirse, por tanto, que se traten de conductas que no estaban anteriormente prohibidas, como tampoco, como veremos, que sean inciertas o imprevisibles ni en el mandato o prohibición que contienen ni en el de la pena a aplicar”



En segundo lugar, se plantea la oposición con el principio de legalidad. En este sentido, ya entonces se abogaba por la aplicación del principio de legalidad internacional, cuya formulación tenía en consideración el carácter particular de las fuentes del Derecho internacional, y por ende, era entendido no como *nullum crimen nulla poena sine lege*, sino como de *nullum crime sine iure*. Desde esta perspectiva, el principio sería conforme con la enumeración de fuentes del Derecho internacional, entre las que se incluye no solo la ley escrita, sino también, y de forma muy relevante, la costumbre internacional.

El precedente al que hacían referencia en aquel entonces la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo se encontraba en los juicios del Tribunal de Núremberg. Este referente es obviado en la actualidad por nuestros Tribunales y la Fiscalía, cuando años atrás, en causas distintas, recurrían a él como principio esencial del Derecho penal internacional. Se llegaba incluso a establecer, con rotundidad, “que difícilmente se vulnera el principio de legalidad penal cuando en el Derecho internacional la figura de los crímenes contra la humanidad está en vigencia (internacional) desde hace ya muchas décadas. Que no existiera un Tribunal o ninguna jurisdicción estatal se hubiera encargado de hacer cumplir o sancionar la infracción de dichas normas internacionales no pone en cuestión la vigencia de las mismas”.

Por entonces, el planteamiento jurídico que posibilitaba que Adolfo Scilingo pudiera ser condenado por crímenes contra la humanidad, pese a que el delito tampoco estaba recogido en nuestro Código Penal en la fecha de comisión de los hechos, parecía en ese caso lógico y de rotunda obviedad: la tipificación venía marcada por una norma internacional consuetudinaria, existente en el momento de comisión de los hechos, de obligado cumplimiento para la comunidad internacional en su conjunto como norma de *ius cogens*, y en cumplimiento de un principio de legalidad internacional, entendido como *nullum crimen sine lege*.

Tal y como se recogía ya en los principios de Núremberg, y como nos recordaban nuestros propios órganos judiciales en el Caso Scilingo, el argumento fundamental fue que “debía ceder el principio de *nullum crimen sino lege* cuando representara una inmoralidad mayor dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces”.

Por medio de las referencias a los fundamentos jurídicos del Caso Scilingo, se pone de manifiesto la falta de consistencia del argumento recurrente de nuestros tribunales ante todas las causas abiertas por crímenes del franquismo.



De forma complementaria, también hemos de hacer mención a los términos en los que tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, recogen el principio de legalidad. Ambos documentos, desarrollan el principio en sintonía con la posición de nuestros tribunales en las causas anteriores a la que es objeto de análisis, pero se oponen a ello en las causas por crímenes internacionales durante el franquismo.

Así, el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación al principio de legalidad, establece en su párrafo segundo que este se entenderá en el sentido de que lo dispuesto en el mismo *“no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”*.

Lo importante del precepto es que recoge una referencia expresa a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas como fuente en sí misma de Derecho, “más allá del derecho penal interno y conviviendo con él”¹⁷. Tal y como estableció la Audiencia Nacional en relación a su desarrollo: ¹⁸

“haciéndose en el párrafo segundo de dicho artículo, a modo de salvedad, una directa referencia a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, dejando claro que la recta aplicación de este principio no pasa por eximir de persecución penal a los culpables de los crímenes más graves contra la humanidad, ni en definitiva a los Estados de ampararse en este artículo para dejar de cumplir sus obligaciones positivas de defensa y protección de los derechos humanos de carácter fundamental reconocidos en el [CEDH](#), lo que en sí mismo también ha sido considerado por el TEDH en algunos casos más graves referidos a los derechos de protección absoluta –art. 2,3,4,- como violación del propio derecho”.

También hemos de hacer mención a lo dispuesto en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), dedicado al principio de legalidad. De nuevo en su párrafo segundo, se establece que *“Nada de lo dispuesto en ese artículo (en relación al principio de legalidad y la irretroactividad de las normas penales) 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 general del derecho reconocidos por la comunidad internacional”*.

¹⁷ Sentencia 16/2005, de 19 de abril de 2005, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Secc. 3ª),

¹⁸ *Ibidem*



Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo fueron entonces rotundos en su fundamentación, pese a que cuando corresponde aplicar dicha doctrina a los crímenes cometidos durante el franquismo, el criterio les parece totalmente contrario a la más mínima legalidad, y cuasi rozando la vulneración de los principios básicos de nuestro Estado de Derecho.

El juez Baltasar Garzón consideró en el auto del 16 de octubre de 2008 que una ley de amnistía que busque eliminar la responsabilidad penal derivada de un crimen contra la humanidad sería nula de pleno de derecho y por ende no podría ser aplicada, tal como establece la jurisprudencia del TEDH (STEDH de 17 de enero de 2006, caso Kolk y Kislyly). Ante esta argumentación el Tribunal Supremo, en la sentencia 101/2012 de 27 de febrero, daba la razón a Garzón, pero a continuación esgrimía que, dado que los crímenes a los que se refiere el auto del magistrado sucedieron antes de la entrada en vigor del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio Europeo de Derechos Humanos - cuyos artículos 15.2 y 7.2 respectivamente podrían hacerse valer contra la Ley de Amnistía-, los derechos de los familiares de las víctimas no se pueden hacer valer, puesto que la proactividad del Pacto mismo hace que sólo puedan hacerse efectivos aquellos hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del Pacto por parte de España. El Tribunal Supremo, sin embargo, obvia el hecho de que la aprobación de la Ley de Amnistía (15 de octubre de 1977), se produjo con posterioridad a la ratificación por parte de España del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Esto supone, de acuerdo con un entendimiento en clave internacionalista del principio de legalidad penal, que las disposiciones de la Ley de Amnistía relativas a la extinción de la responsabilidad penal por los crímenes cometidos durante el franquismo nacerían nulas de pleno derecho, por ser contrarias a las normas internacionales de protección de los derechos humanos citadas previamente, en relación con la interpretación dada al art. 15.2 del PIDCP.

5. LAS LEYES DE AMNISTÍA EN LOS SISTEMAS INTERAMERICANO Y EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A continuación, considerando que el presente informe se dirige al Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados de las Naciones Unidas, se desarrollará una argumentación basada en el diálogo jurídico en relación con la experiencia latinoamericana en el enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante períodos dictatoriales. Con este particular, se estudiará lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), para así



mostrar que el argumento recurrente de la fiscalía y los órganos jurisdiccionales españoles, relativo a impedir la investigación de los crímenes franquistas por la existencia de una Ley de Amnistía, puede ser rebatido atendiendo a la jurisprudencia de dicho tribunal internacional de protección de los derechos humanos, así como al diálogo que puede establecerse en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El universo de los derechos humanos se encuentra segmentado en sistemas regionales que, a través de la interpretación de los instrumentos ratificados por los Estados vinculados por un mismo espacio geográfico, buscan garantizar y hacer efectivos los mismos. Pero si bien estos sistemas regionales se encuentran separados territorialmente, la cosmografía de los derechos humanos permite su unificación, en el espectro de la interpretación de las normas de derecho internacional que le resultan comunes y por qué no criterios jurídicos, de índole procesal, aplicable a aquellos casos donde la violación de derechos humanos es latente.

Por ende, al hablar de protección y garantía de derechos humanos, no podría resultar extraño que un órgano internacional de determinado sistema regional coincida e interprete un determinado derecho contenido en un instrumento internacional, fundamentado en un criterio ya sentado por otro órgano de un sistema ajeno al primero. Tampoco debe sorprender el que un tribunal internacional haga uso de una disposición contenida en un Convenio o Tratado, a los fines de dar contenido a un derecho existente en otro instrumento internacional y aplicarlo a un determinado Estado, aun cuando éste no sea parte del Convenio o Tratado del cual se tomó su contenido. Esta posición se sustenta en que, si bien cada sistema regional posee una legislación internacional, todas ellas se caracterizan por un común denominador: la protección de derechos humanos; lenguaje estandarte en todos los sistemas regionales y que permite concluir que hablamos en un mismo idioma.

Este método de interpretación ha sido utilizado por la Corte Penal Internacional, la cual recurre a otras convenciones tal como la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y los tratados de derechos humanos, para interpretar alguna disposición contenida en el Estatuto o ante la presencia de lagunas. También ha hecho uso de la jurisprudencia de órganos regionales, tales como decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haciendo uso de ellas como elementos de derecho consuetudinario o “como disposiciones que establecen y garantizan los derechos humanos internacionalmente reconocidos”,



primordialmente empleadas para determinar un estándar común, en casos como el derecho a la verdad, para apoyar un precedente judicial, entre otras¹⁹.

Fórmula similar fue utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos humanos, en el caso *Demir & Baykara v. Turkey*²⁰, en el cual buscó una legislación internacional, no ratificada por Turquía, pero que permitía darle contenido al artículo 11 del Convenio Europeo, el cual si era parte del ordenamiento jurídico de dicho país. En este caso el Tribunal razonó que el contenido del Convenio puede interpretarse a la luz de los tratados internacionales aplicables a la materia; así como de las normas pertinentes del derecho internacional, a los que nomina “principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas” o “principios establecidos por textos de alcance universal”²¹. De lo anterior se colige, en palabras del TEDH que “en la búsqueda de denominadores comunes entre las normas del derecho internacional, no hace distinción entre las fuentes de derecho, por el hecho de haber sido firmadas y ratificadas, o no, por el gobierno demandando”²².

La amnistía ha sido un tema difícil de abordar para los sistemas regionales. Si bien tiene su origen en políticas estatales aplicables a períodos de transición post conflicto tendentes a borrar ciertos delitos políticos, en la actualidad dicha figura ha hecho metástasis en el campo de los derechos humanos, permitiendo que delitos graves contra la humanidad no puedan ser investigados, procesados y castigados.

España no ha sido la excepción en la aplicación de esta política. La transición experimentada por el Estado Español posterior al conflicto generado por la guerra civil (1936-1939) y la dictadura (1939-1975) tuvo como pieza principal la Ley 46/1977 sobre amnistía, que garantizó la ausencia de medidas tendentes a buscar la verdad, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición respecto de los hechos de violencia ocurridos en dicho período.

¹⁹ HERENCIA CARRASCO, Salvador. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional*. Revista Penal, ISSN 1138-9168, No. 29, enero 2012, Pág. 280.

²⁰ El TEDH para hacer uso de esta interpretación la fundamenta en el contenido del artículo 1.1, del Convenio núm. 151 y el Convenio núm. 98, en el sentido de que, al interpretar el primero, no se puede reducir el alcance de las garantías previstas en el segundo. European Court of Human Rights. *Case of Demir And Baykara V. Turkey*. 12 de noviembre 2008. Párr. 148. Disponible en <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2008/1345.html> Última fecha de consulta 3 de junio 2019.

²¹ *Case of Demir And Baykara V. Turkey*. Párr. 147-149.

²² El texto original señala que: “The Court observes in this connection that in searching for common ground among the norms of international law it has never distinguished between sources of law according to whether or not they have been signed or ratified by the respondent State”. Ob. Cit. *Case of Demir And Baykara V. Turkey* Párr. 78.



Ante una interpretación exegética de la norma, tipo de interpretación de la cual el TEDH se ha pronunciado²³, España utiliza como baluarte, entre otras figuras penales, la amnistía para inadmitir las demandas sobre delitos que dan al traste la violación de derechos humanos en la época del franquismo, sometiéndose así al principio de legalidad. Como se pondrá de manifiesto en este informe, la fiscalía frena la posibilidad de investigar delitos de tortura y lesa humanidad suscitados entre 1973 y 1976 por ser anteriores a la promulgación de la ley de amnistía. Por su parte el órgano jurisdiccional, en la mayoría de los casos, al igual que la fiscalía, con una parca motivación; acoge las decisiones de la fiscalía que inadmiten querellas en aplicación a dicha ley. Incluso el Tribunal Supremo de España, llamado a orientar el criterio de los tribunales inferiores, apuntala mediante sentencia STS 101/2012 que “la prohibición de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos era costumbre internacional, de *ius cogens*”, por lo que la aplicación de dicha prohibición puede recaer sobre crímenes ocurridos posterior al 1977, fecha en la que España ratificó el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, dando uniformidad al criterio de la aplicación de la ley de amnistía en los hechos ocurridos en el período del franquismo²⁴.

Sobre España aun cuando está obligado a respetar la ley nacional, recae una obligación mayor, la de garantizar los derechos contenidos en el bloque de constitucionalidad, lo que le constriñe a ver la esfera de la legalidad más allá del espectro nacional, y por qué no, más allá de su sistema regional, cuando instrumentos internacionales sean coincidentes en ambos sistemas o cuando derechos fundamentales se encuentran protegidos en ambos estadios; ya que su engranaje normativo no lo prohíbe.

En materia de amnistía de cara a la protección de derechos fundamentales en un Estado democrático la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han sentado un criterio constante que es plausible observar. Primero señala que la amnistía no

²³ El Tribunal en el referido caso de Demir and Baykara v. Turkey; así como en Stec and Others v. The United Kingdom señaló que dado que la Convención es, ante todo, un sistema para la protección de los derechos humanos, la Corte debe interpretarlo y aplicarlo de manera que sus derechos sean prácticos y efectivos, no teóricos e ilusorios. La Convención también debe leerse como un todo e interpretarse de tal manera que promueva la coherencia interna y la armonía entre sus diversas disposiciones. Ob. Cit. Párr. 66.

²⁴ Asimismo, el Tribunal Supremo de España, mediante sentencia STS101-12, del 27 de febrero, da un espaldarazo a la Ley de amnistía cuando señala que la misma “fue declarada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas” Tanto este criterio como la aplicación de las normas de *ius cogens* en el ordenamiento jurídico español posterior al año 1977 se repiten en innumerables sentencias de los tribunales españoles. Ver en ese sentido Auto Nº 608/18, de la Sección nº 29 de la Audiencia Provincial de Madrid, Recurso de Apelación 690/2018, Origen: Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid, Diligencias Indeterminadas 2515/2017.



colide con el derecho a la verdad²⁵. Este derecho se deriva del derecho a la reparación por violación de derechos humanos, el cual a su vez tiene una doble vertiente. La primera, conforme la Comisión en el Informe 25/98, se dirige al derecho que tiene toda persona de “conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos”. Y la segunda vertiente versa sobre el derecho que tiene la sociedad de “conocer íntegramente sobre su pasado”, lo que tiende a no solo esclarecer los hechos, sino evitar que los mismos vuelvan a repetirse²⁶. Asimismo, dicho derecho constituye el principio del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

Esto también guarda relación con el estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad que establece, entre otras cosas, que dicho derecho implica el conocer “violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves de las normas de derechos humanos”, de lo que se deduce que dicho derecho no solo va dirigido a las víctimas o la sociedad que los experimentó, sino a la globalidad. Asimismo, señala que el derecho a la verdad es un “derecho autónomo e inalienable, vinculado a la obligación y el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos”. Siendo así el mismo puede ser exigible como cuestión principal. Finalmente señala el informe que dicho derecho implica investigaciones eficaces, recursos efectivos y obtención de reparación; aunado de que el mismo debe ser considerado como “como un derecho que no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones”²⁷. Siendo así, el derecho a la verdad, tal como apunta la Comisión “no debe ser coartado a través de medidas legislativas o de otro carácter”²⁸.

²⁵ Sobre este derecho ha hecho mención el relator especial Pablo de Greiff, al señalar que España nunca estableció una política de Estado para la promoción de la verdad. Que si bien fue promulgada la ley 52-2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, a la que se le denomina ley de memoria histórica, la misma “no soluciona en absoluto este problema”. Ob. Cit. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Misión España. Párr. 46, Pág. 11

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 25/98, 7 de abril de 1998. Párr. 95, pág. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Chile11.505.htm>. Consultado 30 de mayo 2019

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El derecho a la verdad en América. 2014. Párr. 45, Pág. 18 Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>. Consultado 20 de mayo 2019.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 diciembre 2004, Párr. 30, Pág. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia04sp/indice.htm>. Consultado 20 de mayo 2019



Otra de las vertientes que el sistema regional interamericano trae a colación es la amnistía de cara a la protección judicial y al derecho a un recurso efectivo. La Comisión señala que la configuración de trabas de índole fáctica o legal, englobando a las amnistías en este segundo grupo, que impiden que las personas puedan acceder a una información cierta sobre hechos y circunstancias que rodean la violación de derechos fundamentales y que configuren un obstáculo para acceder a la justicia e interponer las acciones en el espectro interno, no colidan con el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra el derecho a la protección judicial. Esto así, en palabras de la Comisión, porque el proceso tendente a establecer la verdad, derecho en sí, tiene una doble vertiente: el derecho de buscar y recibir información. Para ello se hace necesario dotar al Poder Judicial de mecanismos y adoptar medidas necesarias para iniciar y completar las investigaciones correspondientes. Asimismo tanto la Comisión como la Corte entienden que la figura de la amnistía podría convertirse en un instrumento para privar a las víctimas al derecho a la justicia, dando al traste con la ineficacia de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado, conforme el artículo 1.1 de la Convención, el artículo 8.1 que consagra el derecho al proceso y 25 de la Convención que plantea el derecho a un recurso sencillo en aras de proteger o mermar cualquier acto u omisión que viole derechos fundamentales.

Tanto los derechos como las obligaciones contenidas en los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención se encuentran contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Convenio), aplicables a España; a saber los artículos 1, 6 y 13. Siendo así, al extrapolar el criterio del organismo interamericano al espectro Europeo se puede colegir que la amnistía viola el artículo 1 de la Convención Europea que obliga al Estado a respetar los derechos humanos, aunado al artículo 6 que garantiza el derecho a un proceso público o la protección judicial, respecto de las causas que diriman conflictos sobre derechos humanos, conforme el contenido que a dicho derecho ha dado tanto la Corte como la Comisión. Cabe resaltar que este artículo 6, conforme al contenido del Convenio, no se circunscribe a un derecho exclusivo del acusado; sino que al utilizar la fórmula “toda persona tiene derecho”, la garantía se extiende a las víctimas, lo que permite que cualquier acto u omisión que dé al traste con la violación de derechos humanos deba (no pueda) ser ventilado por un órgano jurisdiccional, imparcial, independiente y de manera pública, por lo que si hablamos de interpretación literal de la norma y este derecho extenderse a las víctimas, el razonamiento aplicado por la Corte a la Convención puede válidamente extrapolarse al Convenio.

Mientras que, respecto del recurso efectivo, el mismo se encuentra mermado por la amnistía; toda vez que es de jurisprudencia constante de la Corte que los parámetros de los artículos 8 y 25 de la Convención (6 y 13 del Convenio Europeo) abarcan el derecho



a la verdad, el cual se subsume en el derecho que tienen las víctimas o sus familiares a obtener del Estado “el esclarecimiento de los hechos y el juzgamiento de los responsables”²⁹. Siendo así la amnistía invalida la posibilidad de que la víctima pueda presentar su causa ante un órgano competente a los fines de que estos puedan a través de la investigación y posterior juzgamiento, verificar los derechos y libertades reconocidos en el Convenio que han sido vulnerados; afectando de manera neurálgica la efectividad del recurso.

Ahora bien, la Corte con este criterio no quiere llevar el mensaje de la no aplicación absoluta de la amnistía en el espectro nacional, ya que se trata de una facultad exclusiva de los Estados establecerla. La Corte apuntala más bien al establecimiento de un límite. La amnistía válidamente puede ser aplicada a hechos punibles de corte político o que tengan un vínculo conexo con aquellos. No obstante, si estas conductas punibles se encuentran revestidos de gravedad conforme el derecho internacional, la amnistía no podría ser utilizada como mecanismo de reconciliación nacional.

En el caso de España el común denominador en los casos que han sido declarados inadmisibles por la fiscalía es la gravedad del delito en el espectro del derecho internacional. La Ley de amnistía provoca que casos de tortura, prohibida por disposición constitucional en España y hechos que podrían configurar crímenes de lesa humanidad, no puedan ser examinados, en cuanto al fondo, por tribunales españoles; ya que el órgano jurisdiccional arguye que dicha ley constituye un límite para el poder judicial; límite que fue adoptado bajo un gobierno democrático. La CIDH en el caso Barrios altos estableció que las disposiciones de amnistía que tengan por finalidad impedir la investigación y sanción de los responsables de las “violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas” resultan inadmisibles; toda vez que las mismas contravienen “derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³⁰. Los delitos que han sido inadmitidos por la Fiscalía española, conforme el derecho internacional, son delitos graves³¹, porque los mismos llevan emparejadas serias violaciones de derechos humanos.

²⁹ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C Nº 70, párrafo 201. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf Ultima consulta 30 de mayo 2019.

³⁰ Corte IDH., Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C. Párr. 41, pág. 15. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf Ultima consulta 31 de mayo 2019.

³¹ Tanto la Asamblea General de la OEA, La Corte IDH y la Convención, sustentados en la doctrina y las prácticas internacionales han sido coincidentes al señalar que tanto las prácticas de desapariciones forzadas y crímenes conexos como las torturas, ejecuciones sumarias constituyen un crimen de lesa humanidad, por lo que la necesidad de investigarlos y juzgarlos “no puede ser equiparada a la de un mero



En cuanto al sustento de la adopción de la ley de amnistía en un gobierno democrático, refrendada por el Poder Judicial, dichos argumentos también han sido presentados ante la Comisión. En el caso de la Ley de *autoamnistía* en Chile el gobierno sustentó ante dicho órgano internacional que dicha ley fue dictada con posterioridad a la dictadura, en un gobierno *de facto*, por lo que los poderes del estado están sujetos a ella. Por su parte la Comisión respondió, en el caso concreto y en aras de extrapolarlo al contexto español, que la ley de amnistía “completa la política de violación de los derechos humanos”. La aplicación de dicha ley en innumerables asuntos presentados ante los órganos investigadores y jurisdiccionales buscan dar protección a los autores de crímenes contra la humanidad, lo que se verifica cada vez que los tribunales nacionales o extranjeros (a lo que evocamos la querrela argentina) “reciben o intentan examinar casos relativos a la violación de los derechos humanos”. Finaliza la Corte este criterio señalando que las consecuencias generadas por la aplicación de una ley de amnistía por parte de los órganos del Estado, en un gobierno democrático, posterior a un post-conflicto, son incompatibles con las normas de la Convención Americana³².

Asimismo, es menester traer a colación las palabras del ex magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Manuel Ventura Robles en el sentido que la legalidad de las leyes de autoamnistía, en el plano de derecho interno, no trae *ipso facto* su legalidad en el espectro internacional; toda vez que, si la misma implica impunidad e injusticia atenta contra la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo tanto, no materializan dicho principio. Señala el magistrado que “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego la justicia y la verdad”³³

delito común”. Por esto la necesidad de cubrirlos de “estándares especiales para juzgarlos” y evitar la impunidad, con figuras como la imprescriptibilidad y la jurisdicción universal. En este sentido ver Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 153. Así como las resoluciones de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 666 (XIII-0/83); AG/RES. 443 (IX-0/79); 742 (XIV-0/84); 950 (XVIII-0/88); 1022 (XIX-0/89) y 1044 (XX-0/90); Así como los informes anuales de la Comisión 1978; 1980/81; 1981-82; 1985/86; 1986/87; y especiales, tales como los de Argentina (1980), Chile (1985) y Guatemala (1985).

³² CIDH. Informe No. 61/01, Caso 11.771. Samuel Alfonso Catalán Lincoleo. Chile. 16 de abril de 2001. Párr. 41. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Chile11.771.htm>. Última fecha de consulta 31 de mayo 2019.

³³ VENTURA ROBLES. Manuel E. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Acceso a la Justicia e Impunidad. Ponencia. Pág. 9 Disponible en https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Issues/RuleOfLaw/CostaRica/PonenciaMventura.doc&action=default&DefaultItemOpen=1. Última fecha de consulta 2 de junio 2019.



El sustento de la inadmisibilidad de la causa por la existencia de una ley de amnistía acuñado por la fiscalía de España deja en desamparo a las víctimas que han sufrido dichas violaciones, ya que les priva del derecho a acceder a la justicia, ampara la impunidad y elimina, en consecuencia, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables, que en la palabras de la Comisión es “la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos”³⁴.

La Comisión ha señalado respecto de la ley de amnistía en informes para Chile, Argentina y Uruguay países que, al igual que España, fueron objeto de dictaduras; que aun cuando una legislación de amnistía se encuentra vigente en un ordenamiento jurídico nacional y aun cuando el mayor órgano jurisdiccional (Tribunal Constitucional en unos casos y Suprema Corte de Justicia en otros) señale que la ley de amnistía, en las condiciones anteriormente indicadas, no colida con la parte orgánica de la Constitución, la misma violenta de manera directa la Convención Americana, respecto de los derechos al acceso a la justicia y protección judicial³⁵, derechos que, como establecimos anteriormente también se encuentran en el Convenio, agregado que la tutela judicial efectiva se encuentra contenido en la Constitución Española en su artículo 24.1.

Este tipo de legislación hace ineficaz la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades que la Convención, por el espectro interamericano y el Convenio, en el espectro europeo, reconoce; obligación que también se encuentra asentado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) ratificado por España. Por lo que resulta incompatible que España siendo estado parte del Convenio y del PIDCP tenga en su ordenamiento jurídico una ley de amnistía para los crímenes cometidos en la época del franquismo, ley que fue adoptada por funcionarios que formaron parte de la dictadura y sobre todo cuestionable que ningún tribunal español haya planteado la invalidez de dicha ley, de conformidad con el artículo 163 de la Constitución. Todo lo contrario. Insisten en su permanencia en el organigrama legislativo español, conforme decisión del Tribunal Supremo Español.

Pero aun cuando se insista mantener la ley de amnistía en el ordenamiento jurídico interno español, la obligación que recae sobre el Estado de respetar los derechos y libertades contenidos en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por

³⁴ CIDH. Informe No. 61/01, Caso 11.771. Samuel Alfonso Catalán Lincoleo. Chile. 16 de abril de 2001. Párr. 49. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Chile11.771.htm>. Ultima fecha de consulta 31 de mayo 2019. Este criterio es reiterado en los informes 28/92, respecto de Argentina y 29/92 de Uruguay.

³⁵ Ob. Cit. CIDH. Informe No. 61/01, Caso 11.771. Samuel Alfonso Catalán Lincoleo. Párr. 50.



ésta no puede ser incumplida so pretexto de aplicación de una norma interna. Así lo ha señalado la Corte en el caso Barrios Altos contra Perú³⁶, reiterando el criterio en el caso Loayza Tamayo vs Perú³⁷ en el sentido de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno para eludir sus obligaciones estableciendo que la Convención garantiza el acceso a toda persona a la justicia para hacer valer sus derechos. Esta garantía se materializa a través de la obligación impuesta al Estado de “prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos”.

Este criterio de la Corte, en el espectro español, se encuentra sustentado en el artículo 27 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, ratificado por España, el cual contiene la misma fórmula “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, por lo que al contener el convenio este derecho de acceso a la justicia que es garantizado, entre otras cosas, por el poder legislativo al promulgar las leyes acordes con las garantías contenidas en el derecho internacional y que eviten la impunidad, por el poder ejecutivo al prevenir, identificar e investigar las violaciones de derechos humanos y al judicial de procesar y sancionar a los responsables, este criterio válidamente puede ser también acuñado por los tribunales españoles.

La posición que mantiene la Corte IDH sobre el tema de la amnistía y el veto a la permanencia de legislaciones encaminadas al no juzgamiento de actos que violen derechos humanos se fundamenta en la protección judicial que, a criterio de la Corte, constituye uno de los pilares básicos del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática³⁸. Por lo que la amnistía, al generar impunidad, violenta el referido derecho y en consecuencia pone en duda al Estado democrático. En palabras del juez A. A. Cançado Trindade, en el voto concurrente emitido en el caso Barrios Altos, al referirse al criterio de la corte respecto de las amnistías, sustenta que el mismo “constituyen un nuevo y gran salto cualitativo en su jurisprudencia, en el sentido de buscar superar un obstáculo que los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos todavía no han logrado transponer: la impunidad, con la consecuente erosión de la confianza de la población en las instituciones públicas”, haciendo referencia al

³⁶ Corte I.D.H., Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C. Párr. 41, pág. 15. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf Última consulta 31 de mayo 2019.

³⁷ Corte IDH, Caso Loayza Tamayo Vs Perú, Reparaciones y costas, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, párr. 168.

³⁸ Corte IDH Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrs. 82 y 83; Caso Suárez Rosero Vs Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 65; y Caso Paniagua Morales y otros Vs Guatemala, Sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 164).



documento adoptado por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), el cual exhortó a los Estados a "derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, (...) y sancionar esas violaciones (...)"³⁹.

Siendo así, y ante los razonamientos esbozados, la ley de amnistía del Estado Español colisiona con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; ya que no permite el acceso a la justicia y a un recurso efectivo y su aplicación contradice el contenido de la Convención de Viena. Por lo que tal como señala la Corte IDH, la incompatibilidad de las leyes de amnistía con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos "carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos"⁴⁰. Siendo así recae sobre el Estado la obligación de contender con estas figuras que propicia la impunidad, la indefensión de las víctimas y la "repetición crónica de las violaciones de derechos humanos"⁴¹.

II. LA POSICIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS CRÍMENES COMETIDOS DURANTE EL FRANQUISMO

A) LA CIRCULAR 412/2016 Y SU ASUNCIÓN DE LOS CRITERIOS RECOGIDOS EN LA STS 101/2012, DE 27 DE FEBRERO

A continuación, se pasará a considerar la posición asumida por la Fiscalía General del Estado en lo relativo a la investigación de los crímenes cometidos durante la dictadura franquista. Para ello, se partirá de lo dispuesto por la Circular 412/2016, emitida por la que en ese momento ostentaba el puesto Fiscal General del Estado, Dña. Consuelo Madrigal Blasco. Como quedará patente a lo largo de este escrito, la citada Circular hace suyos los criterios contenidos en la STS nº 101/2012, de 27 de febrero, lo que supone *de facto* que, con un carácter sistemático, la posición de la fiscalía en todos los supuestos de querellantes por crímenes del franquismo defiende el archivo de las investigaciones. Sobre esta cuestión, se estudiarán los motivos de fondo en los que se sustenta dicha

³⁹ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú Sentencia de 14 de marzo de 2001, Pág. 20. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Última fecha de consulta 31 de mayo 2019.

⁴⁰ Ob. Cit. Caso Barrios Altos Vs. Perú Párr. 44, Pág. 16.

⁴¹ Ob. Cit. Caso Paniagua Morales y otros Vs Guatemala, párr. 173. Ver igualmente caso Loayza Tamayo citado, párr. 170.



posición, fundamentados jurídicamente en la Ley de Amnistía, la prescripción de los hechos, y el carácter irretroactivo de las normas penales desfavorables, como parte del contenido material del principio de legalidad penal. En relación con esta última cuestión, destaca el entendimiento en clave meramente estatal del juicio de legalidad penal, obviando que en materia de protección de los derechos humanos existen ciertas diferenciaciones establecidas por el principio de legalidad penal internacional.

Todo el arco argumentativo utilizado en la STS 101/2012 fue reutilizado por la Fiscalía General del Estado para emitir la Circular de 30 de septiembre de 2016, de unificación de criterios para el procesamiento de causas relacionadas con crímenes del franquismo. Esta circular, emitida como reacción a la interposición de la Querrela Argentina, pretendió la uniformidad de respuestas de las fiscalías españolas, “en aplicación de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, por disposición del art. 124 de la CE”⁴².

La propia circular, que comienza deslegitimando la actuación de los juzgados argentinos respecto a los crímenes relacionados con el franquismo, cita en numerosas ocasiones la STS 101/2012 comentada anteriormente. Incide así en los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo, véanse, la prescripción de los delitos calificables como de lesa humanidad, la naturaleza del procedimiento penal del ordenamiento jurídico español, la necesidad de trasposición de la normativa internacional al ordenamiento interno, y la Ley de Amnistía.

Se considera además en la Circular, al igual que en la STS 101/2012, que: 1) la metodología de indagación del juez de instrucción no es comparable con el proceso de investigación de un historiador; y 2) la reconciliación pacífica entre los españoles fue la idea fundamental de la “transición”, y tanto la Constitución como la Ley de Amnistía fueron importantísimas para la consecución de este hito. Dado el consenso de la sociedad española durante la transición, tanto el TS como la FGE destacan que ningún juez o tribunal, de ninguna manera, pueden cuestionar la legitimidad de tal proceso. En todo caso, se dice, la derogación de la Ley de Amnistía, al ser una ley vigente, corresponde al Parlamento.

En diversos tipos de resoluciones se hace una reproducción literal de argumentaciones esgrimidas por el Tribunal Supremo en la STS 101/2012 y posteriormente utilizados en la Circular de 30 de septiembre de la FGE. Ejemplos de esta documentación referida son los autos *005501/2018 de la Audiencia Provincial Sección Segunda de Oviedo* y

⁴² Circular de 30 de septiembre de 2016 de la FGE, de unificación de criterios, p. 1.



00814/2018 de la Audiencia Provincial 30 de Madrid⁴³; y los autos 00253/2018 de la Audiencia Provincial Sección Tercera de Guipuzkoa y 00247/2017 del Juzgado de 1^o Instancia e Instrucción n^o 4 de Bergara⁴⁴.

En el auto 463/2019 del juzgado de instrucción n^o 4 de Donostia se acuerda el sobreseimiento y el archivo de la causa por estar los presuntos delitos prescritos y amnistiados. Se había interpuesto una querrela por presuntos delitos de lesa humanidad, desaparición forzada y delito contra las personas. Ya en el antecedente de hecho 3 del auto se adelanta que la querrela va a ser archivada, y se van a rechazar todos los argumentos en ella expuestos. A continuación, en el apartado referido a la Ley de Amnistía, el juzgado hace una reproducción parcial literal de la STS 101/2012.

Igualmente, en el auto 77/2019 del juzgado de instrucción n^o 1 de Donostia se acordó el sobreseimiento de una querrela que había sido interpuesta por presuntos delitos de lesa humanidad y de desaparición forzada, por parte de los familiares de Florencia XX, que fue detenida y encarcelada en el año 1936, y presumiblemente fusilada en noviembre del mismo año, pero su familia no conoce su paradero. El juzgado se reitera en los argumentos utilizados en la STS 101/2012, véanse: los delitos no pueden calificarse como desapariciones forzosas, están prescritos y sometidos a la ley de amnistía.

Así las cosas, con estos ejemplos puede mostrarse de qué manera con la publicación que hizo la FGE de la Circular de 30 de septiembre de 2016 sobre unificación de criterios alcanzó el archivo sistemático de causas referidas a crímenes franquistas. A pesar de que la unificación de criterios forme parte de la actividad normal de la FGE podría apreciarse una muestra de parcialidad en el hecho de que con esta Circular en concreto se obstaculice la investigación y se anule la individualidad de cada caso, especialmente por la reproducción literal de los argumentos sostenidos en la STS 101/2012, obviando cualquier análisis específico de cada uno de los casos presentados.

Incluso aunque la FGE tomara esta posición en 2016, el Ministerio Fiscal anteriormente había seguido una línea argumentativa similar a la utilizada por el magistrado Garzón en el citado auto por el que se le acusó de prevaricación. Así, por ejemplo, lo hizo en el informe del Ministerio Fiscal, en las Diligencias previas 211/2008 del Juzgado Central n^o2 de la Audiencia Nacional, en el que argumenta sobre la subsunción de unos hechos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial en los delitos de genocidio del art. 607

⁴³ Ambos autos con reproducción literal de consideraciones referidas a la Ley de Amnistía.

⁴⁴ Ambos autos con reproducción literal de consideraciones referidas a ilegitimidad de jueces y tribunales para cuestionar la Ley de Amnistía.



del CP, por aplicación de los principios de Núremberg. Esta doctrina, contraria a la mayoritaria, evidencia según el TS “la fuerza expansiva de los derechos humanos y la posibilidad de investigar y, en su caso, condenar delitos contra la humanidad sin vulnerar el principio de legalidad”, pero únicamente si el contenido incriminatorio de los hechos es reconocido por los infractores o por el país al que pertenecen como miembros de un aparato de poder.

B) ARGUMENTOS DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE PROMOCIÓN DE LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN CONTRARIOS A LA CIRCULAR 412/2016

El Relator Especial, en su informe sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición realizado en España, y teniendo en cuenta tanto los argumentos esgrimidos por la doctrina mayoritaria como los defendidos por la doctrina minoritaria, se posiciona a favor de esta última. Así, destaca que “no habría impedimento en el sistema judicial español para revisar o anular las disposiciones de la Ley de Amnistía que fueran incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado”⁴⁵.

En el mismo sentido recuerda que, aún en países que no han derogado leyes de amnistía, algunos tribunales han encontrado interpretaciones tanto de esas leyes como de los principios relevantes (legalidad, no retroactividad) que no han impedido la investigación y el procesamiento de presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. Esto se basa, por ejemplo, en que muchas amnistías suspenden la responsabilidad penal pero su aplicación requiere una determinación judicial, tal como hace la ley española en su artículo 9. Recalca que en el caso que nos ocupa nada impide expresamente en la Ley vigente el desarrollo de investigaciones, y que sólo podrá aplicarse la amnistía a la que se refieren los apartados e) y f) de su artículo segundo una vez que, efectivamente, las autoridades judiciales hayan determinado si los presuntos responsables de los delitos eran funcionarios y agentes del orden público o no.

C) LA POSICIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS CRÍMENES FRANQUISTAS

Debe asimismo destacarse, para reiterar la parcialidad asumida por la fiscalía en la investigación de los crímenes franquistas, la posición proactiva para con las víctimas de

⁴⁵ De Greiff, P., *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Misión a España*, Asamblea General de las Naciones Unidas, pág. 15.



otras instituciones públicas españolas, pudiendo destacar el defensor del pueblo. En su informe, Pablo de Greiff destaca la importancia de la intervención de las defensorías del pueblo en la protección de los derechos de las víctimas y sus familiares, formulando recomendaciones al Gobierno, así como a los poderes legislativo y judicial para que, especialmente estos últimos, permitan el acceso a la tutela judicial efectiva de las víctimas y familiares.

La participación de la institución del defensor del pueblo en los últimos años ha sido algo incipiente. La Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica (ARMH), en algunas ocasiones, ha solicitado a la defensoría del pueblo que intervenga en relación a los pronunciamientos de ciertas autoridades relacionados con las víctimas en la nación española. Reclaman la igualdad de trato con respecto a otras víctimas de delitos violentos como las del terrorismo. Tampoco ha habido pronunciamientos sobre el hecho de que España rehúsa ser parte de la Convención de Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. De igual modo, en 2013 el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas, mantuvo reuniones con algunas autoridades, entre ellas, el defensor del pueblo, y ha instado al Estado Español a juzgar las desapariciones que tuvieron lugar durante la Guerra Civil y la Dictadura; así como también a emprender las reformas necesarias para que éstas no se consideren crímenes sujetos a la Ley de Amnistía de 1977.

De acuerdo con las funciones constitucionales asignadas, el Defensor del Pueblo, podrá formular a las autoridades y funcionarios de las administraciones públicas recomendaciones y recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. Francisco Fernández Marugán, el Defensor del Pueblo en funciones, se ha dirigido por carta a los Ministerios de Justicia, del Interior y de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, y a la Fiscalía General del Estado, con recomendaciones, para agilizar y dar un nuevo impulso a las investigaciones de los procesos por los bebés robados como muestra paradigmática de crímenes franquistas. Entre las recomendaciones están:

- La creación de un banco de ADN Nacional y que la realización de las pruebas sea gratuita para las víctimas del tráfico de bebés robados.
- Igualmente, el Defensor ha recomendado que se conceda automáticamente el derecho de justicia gratuita a las víctimas en los procedimientos judiciales que se inicien o se hayan iniciado.
- Reorganizar la oficina para los afectados del Ministerio de Justicia al objeto de que, además de mantener las actuales funciones de servicio de información y recogida de datos, ofrezca un servicio de orientación jurídica para las víctimas y refuerce sus prestaciones.



Asimismo, la Defensoría ha hecho recomendaciones a otras instituciones; al Ministerio de Justicia, para que se dirija a las autoridades eclesiásticas a efectos de facilitar toda la información y documentación que pueda ayudar a las víctimas inmersas en procesos judiciales; a la Fiscalía General del Estado para que informe sobre el estado de tramitación en el Tribunal Supremo del procedimiento sobre la unificación de doctrina en la prescripción de los casos de bebés robados y sobre la posibilidad de crear en la Fiscalía General una Sección especializada para estos casos; al Ministerio de Trabajo para que verifique si tiene el archivo del antiguo Patronato de Protección a la Mujer y el archivo de la Obra de Protección de Mujeres. El Defensor del Pueblo, asimismo, ha trasladado al Ministerio del Interior la queja de las víctimas sobre la dificultad que supone para ellas la Ley de Protección de Datos en el curso de sus investigaciones.

III. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ANTE LAS QUERELLAS POR CRÍMENES DEL FRANQUISMO

Resultado práctico de la aplicación de los criterios del Tribunal Supremo y de la Fiscalía General del Estado para el archivo de las querellas presentadas.

El argumentario construido a partir la Sentencia del Tribunal Supremo nº 101/2012, de 27 de febrero, y adoptado también en el ámbito de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción, así como por la Fiscalía General del Estado, ha tenido un efecto directo y claro en la actuación del resto de órganos jurisdiccionales que han adoptado alguna resolución al respecto.

Para confirmar tal afirmación se ha realizado un análisis de aquellos pronunciamientos de los que se han teniendo conocimiento. Todos ellos se corresponden con el período comprendido entre los años 2017, 2018 y 2019.

En total se han analizado 21 resoluciones judiciales (autos, todos ellas, y por lo tanto resoluciones de carácter interlocutorio), de las que se desprenden las observaciones que siguen.

Ocho de las resoluciones analizadas han sido dictadas por las Audiencias Provinciales de Álava (auto de 19 de junio de 2017), Guipúzcoa (auto de 27 de julio de 2018), Madrid (autos de 28 de septiembre y 1 de octubre de 2018; y de 22 de abril de 2019), Navarra (auto de 25 de enero de 2019) y Oviedo (autos de 11 y 17 de septiembre de 2018). Dichos autos han sido dictados con motivo de los correspondientes recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de archivo de las querellas presentadas adoptadas por los jueces de instrucción. Todos estos autos dictados en apelación, con gran coincidencia argumentativa, son unánimes en el rechazo de los recursos y en la confirmación de los acuerdos de archivo.



Doce de las resoluciones analizadas han sido dictadas por órganos unipersonales que, a excepción de una, pero con el matiz que se dirá, acuerdan el archivo de las querellas.

El ámbito geográfico en el que se han dictado el mayor número de estos autos de archivo es el de los juzgados de instrucción de Madrid, donde se han dictado un total de ocho resoluciones por los siguientes Juzgados de Instrucción: Juzgado de Instrucción nº 9 (autos de 8 de mayo y 3 de septiembre de 2018); Juzgado de Instrucción nº 10 (auto de 31 de mayo de 2018); Juzgado de Instrucción nº 17 (auto de 23 de febrero de 2019); Juzgado de Instrucción nº 29 (auto de 20 de marzo de 2018); Juzgado de Instrucción nº 35 (auto de 12 de febrero de 2019); Juzgado de Instrucción nº 39 (auto de 7 de febrero de 2018); y Juzgado de Instrucción nº 49 (auto de 29 de mayo de 2019). Es de señalar que todos estos juzgados están especializados en materia de instrucción penal.

Aunque el auto de 20 de marzo de 2018 del Juzgado de Instrucción nº 29 de Madrid formalmente acuerda la admisión a trámite de la querella, atendiendo a su fundamentación jurídica -que se reproduce a continuación-, dicho auto no sirve más que para poner de manifiesto la diferente práctica que se está siguiendo en los diferentes juzgados de instrucción, pues unos inadmiten de plano las querellas y otros, como es el caso, las admiten a trámite para en posterior resolución acordar el sobreseimiento. Véase el tenor literal de auto citado:

“Los hechos que resultan de las anteriores actuaciones presentan características que hacen presumir la posible existencia de delito/s de (sic) las torturas y otros delitos contra la integridad moral cuya instrucción corresponde a este órgano judicial, según los artículos 14.2 y 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal., si bien y según se determinó en resolución de 28 de febrero de 2018, los hechos objeto de la presente querella están prescritos (sic)”.

En la provincia de Álava el archivo ha sido acordado por el auto de 20 de enero de 2017 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz. Y en Guipúzcoa han sido dos juzgados mixtos de Bergara -es decir, integrados por jueces no especialistas- los que han acordado dicha medida, así: el auto de 22 de diciembre de 2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Bergara; y auto de 3 de enero de 2018 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Bergara.

En Asturias se ha podido analizar el auto de 7 de junio de 2018 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Oviedo, pero como se ha visto la Audiencia Provincial de dicha provincia ha dictado más de un recurso de apelación al respecto.

La circunstancia más llamativa se da con respecto al auto de archivo directo dictado por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha de 21 de enero de 2019. Este Tribunal ha actuado como tribunal de primera instancia pues la querella se ha presentado directamente ante el mismo por razón de la posible condición de sujetos aforados que podría concurrir en los querellados, que en el momento de los hechos denunciados ostentaban la condición de jueces de *Juzgados de Vagos y Maleantes* o de los *Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social*.

A tenor de lo expuesto, se constata que el rechazo de estas querellas se produce por igual en órganos unipersonales como en órganos colegiados, y que en la firma de las



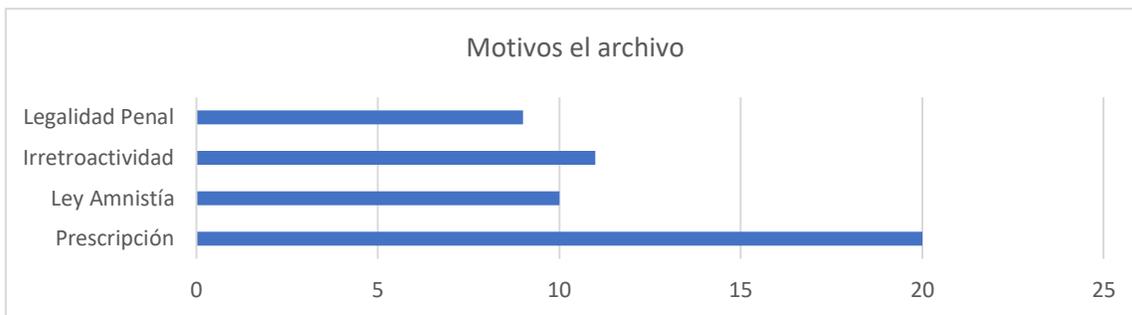
resoluciones dictadas han participado un total de 39 magistrados/as. Como se ha subrayado, salvo en el caso de los Juzgados de Bergara, las resoluciones han sido dictadas por magistrados/as especialistas en Derecho penal.

Se observa que las querellas se están presentando mayoritariamente ante los tribunales de la Comunidad Autónoma de Madrid y del País Vasco.

Del análisis de las diversas resoluciones dictadas, tanto en primera instancia, como en apelación se desprende que existe una considerable uniformidad de criterios entre los diferentes tribunales para el rechazo de las querellas. Así un análisis de las distintas causas de archivo por resolución arroja el siguiente resultado:

- a) Prescripción de los hechos: 20 resoluciones se fundamentan en ella.
- b) Ley de Amnistía: es esgrimida en 10 de las resoluciones analizadas.
- c) Irretroactividad de la ley penal: es esgrimida en 11 de las resoluciones analizadas.
- d) Ausencia de legalidad penal: es esgrima en 9 de las resoluciones analizadas.

Gráficamente este es el resultado:



Consideradas en su conjunto una buena parte las resoluciones, sobre todo las que resuelven los recursos de apelación, justifican el archivo con base en los diversos motivos apuntados. Cuando se alega un único motivo este suele ser el de la prescripción de los hechos.



Concluyendo puede decirse que los tribunales que han tenido un conocimiento directo de las querellas no se han atrevido a cuestionar el planteamiento fijado en una sola



sentencia del Tribunal Supremo. El seguidismo con la doctrina del TS es evidente, y no es infrecuente que en estas resoluciones se haga mención expresa a la STS nº 101/2012, de 27 de febrero. En algún caso se constata una sensibilidad diferente pero los propios magistrados son conscientes del escaso recorrido judicial que tendría una adopción de otros criterios. Es un claro reflejo de esta realidad el modo en que se expresa el del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de abril de 2019, en su conclusión del fundamento quinto:

“De esta forma, entiende la Sala que la tesis articulada por el recurrente, tiene un indudable fundamento y plantea una solución a la insatisfactoria impunidad de conductas execrables. Sin embargo, esta solución, no solo no ha sido asumida por nuestra jurisprudencia, sino que, expresamente analizada, ha sido reiteradamente rechazada con argumentos igualmente sólidos en desarrollo de lo que es una garantía esencial en derecho penal: la que deriva del principio de legalidad. El TS se ha pronunciado reiteradamente sobre la cuestión, además en fecha relativamente reciente, sin que se atisbe la posibilidad de evolución de dicha línea jurisprudencial. Un criterio de elemental coherencia obliga a asumir esta jurisprudencia en la idea de que en último término será la decisión del Tribunal Supremo la que deba de dar solución a la cuestión planteada.”

El caso de la exhumación de los restos del dictador Francisco Franco como paradigma del tratamiento de las cuestiones relacionadas con la memoria histórica por el poder judicial español.

En la historia reciente de los distintos países europeos que han tenido que afrontar las herencias y traumas generados por dictaduras, como Italia, Alemania o Francia, es motivo de debate la cuestión concerniente de hasta qué punto los historiadores pueden o no convertirse en “autoridades” a la hora de determinar o condicionar procesos judiciales o disposiciones gubernamentales⁴⁶. Pero no forma del debate que los tribunales tengan que ser los que determinen la “verdad histórica”⁴⁷. Por ello es preocupante el comportamiento del poder judicial español en su tratamiento de los crímenes de lesa humanidad ocurridos durante el franquismo.

En este sentido es paradigmático lo acaecido con la voluntad manifiesta del Gobierno español de proceder a la exhumación de los restos del dictador Francisco Franco del Monasterio del Valle de los Caídos, para lo que ha procedido expresamente a la modificación de la Ley de Memoria Histórica 52/2007, de 26 de diciembre⁴⁸, para dar la suficiente cobertura legal a dicha acción. Sin embargo, por parte la familia del dictador se ha acudido a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo con la intención de que se acuerde la ilicitud de dicha actuación gubernativa. La respuesta por parte del Alto Tribunal español a la solicitud de suspensión cautelar de la exhumación ha venido por parte del auto del 4 de junio de 2019 que accede a dicha solicitud con el siguiente razonamiento:

⁴⁶ https://www.ahistcon.org/PDF/AHC_Comicado_Franco_junio_2019.pdf. Consultado el 14. 06. 2019

⁴⁷ https://www.ahistcon.org/PDF/AHC_Comicado_Franco_junio_2019.pdf. Consultado el 14. 06. 2019

⁴⁸ Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto.



“Razonando desde esa perspectiva, es cierto que, si no suspendemos la exhumación y esta se lleva a efecto, nada impediría que, de estimarse el recurso contencioso-administrativo se devolvieran los restos de don Francisco Franco Bahamonde al lugar en que se hallan desde noviembre de 1975. En este sentido, no habría una irreversibilidad material. Ocurre, sin embargo, que, en tal hipótesis, la situación que se produciría sería extraordinariamente perjudicial no sólo para los recurrentes sino también para el interés público por las singulares y únicas circunstancias que concurren en este caso”.

“Dicho de otro modo, la mera posibilidad de que prosperaran las pretensiones de los recurrentes cuando ya se hubiere producido la exhumación y fuere preciso llevar de nuevo los restos mortales exhumados a su actual sepultura, comportaría un muy grave trastorno para los intereses públicos encarnados en el Estado y en sus instituciones constitucionales, habida cuenta de la significación de don Francisco Franco Bahamonde. El hecho de que fuera Jefe del Estado desde el 1 de octubre de 1936 hasta su fallecimiento el 20 de noviembre de 1975 atribuye a toda la controversia unos rasgos especiales que no se pueden ignorar y que permiten atribuir un perjuicio irreversible a la ejecución de la decisión del Consejo de Ministros de exhumar sus restos si ésta, después, fuere considerada contraria a Derecho”⁴⁹.

De lo anterior, se desprende la incongruencia argumentativa de las respuestas que las demandas de interés público sobre el franquismo, han tenido desde la cristalización de la Ley de Memoria Histórica, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Sumando a ello la insólita intromisión del Tribunal Supremo, al intentar deformar la historia de España en beneficio de una familia en particular, como la familia Franco. Con ello, obstruyendo los derechos de las víctimas del franquismo.

Consecuencias e impacto del actuar del Tribunal Supremo, respecto de la suspensión de exhumación de Franco:

Desde la propia judicatura se cuestiona la decisión adoptada por el Alto tribunal, ya que se considera, que *la exhumación de los restos mortales del dictador es una medida que expresa el interés general de protección a las víctimas de la dictadura, mediante esta forma de reparación moral y simbólica, para poner fin a la obligada convivencia del máximo perpetrador y de sus víctimas en un lugar religioso, creencia muchas de las víctimas no profesaban. Además, es un requerimiento de la legalidad internacional en materia de derechos humanos, como han puesto de manifiesto diversos organismos y actores del sistema de naciones unidas, que han solicitado a España la exhumación*⁵⁰. Es por ello, *preocupante las reiteradas negativas de los tribunales españoles para dar inicio o paralizar alguna exhumación*⁵¹.

⁴⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Auto de 4 de junio de 2019.

⁵⁰<http://www.juecesdemocracia.es/2019/06/05/comunicado-auto-del-tribunal-supremo-suspende-la-exhumacion-los-restos-del-dictador/>. Consultado el 14. 06. 2019

⁵¹ La suspensión de exhumaciones al amparo de resoluciones judiciales, no sólo incluye a la exhumación de Francisco Franco, también a las solicitadas por los familiares de las víctimas de la dictadura franquista. Sumando a ello, la obstrucción en el devenir de las investigaciones históricas y forenses sobre el pasado reciente de España.



Además, el argumento esgrimido por el Tribunal Supremo *contraviene la opinión mayoritaria entre historiadores acerca de la jefatura de Estado de Francisco Franco al situar su inicio el 1 de octubre de 1936. Dado que, en esa fecha en España existía un único Jefe de Estado legítimo [y legal], el Presidente de la II República, Manuel Azaña. Siendo esto un hecho incontestable*⁵². De modo que, el insólito argumento utilizado para la suspensión de la exhumación de Franco, evidencia el tratamiento que se otorga al dictador, *a quien considera jefe de Estado sin otra connotación. De un aparato estatal de facto, surgido de la violencia, no sometido a la legalidad y no homologado en la Comunidad Internacional de su época*⁵³.

El carácter negacionista del argumento esgrimido por el Tribunal Supremo, *implica la legitimación de hecho, a posteriori, de un golpe de Estado, el del 18 de julio de 1936, que generó una guerra civil, con cientos de miles de muertos, y una represión brutal que costó la vida a otras decenas de miles. Transformándose, en una intromisión inaudita a la que solo ha llegado el Tribunal Supremo español. Y bajo ningún concepto cabe ignorar las posibles implicaciones de este hecho. Tales como: 1. Podría llegar a tener efectos sobre la libertad de los historiadores eventualmente obligados a confrontar sus propias investigaciones con instancias que nada tienen que ver con su profesión. 2. Sitúa a España, a su judicatura y, por extensión, a la democracia española en el furgón de cola de las democracias europeas. 3. Abre la vía a eventuales derroteros de judicialización de la historia con consecuencias tan impredecibles como inquietantes*⁵⁴.

Es por ello, que *tanto tiempo después de la Constitución y de la promulgación de la Ley de memoria histórica, y dos años después de la proposición no de ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados sin votos en contra instando al Gobierno a exhumar los restos del dictador para sacarlos del Valle de los Caídos, parece mentira que el Tribunal Supremo manifieste esa falta de sensibilidad y de respeto hacia el principio democrático y el principio de legalidad*⁵⁵.

Conclusiones:

El reciente comportamiento del Tribunal Supremo, manifestado en su auto del 4 de junio de 2019, da muestra de la instrumentalización que el poder judicial ha hecho de la historia en torno a la cuestión franquista. Intentando deformar la historia de España, con el reconocimiento de Francisco Franco como jefe de Estado a partir del 1 de octubre de 1936. Con ello, legitimando a posteriori un golpe de Estado e incurriendo en una intromisión en el campo de los historiadores. A lo anterior, se suma el obstruccionismo al interés general, que está presente en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes

⁵² https://www.ahistcon.org/PDF/AHC_Comunicado_Franco_junio_2019.pdf. Consultado el 14. 06. 2019

⁵³ <http://www.juecesdemocracia.es/2019/06/05/comunicado-auto-del-tribunal-supremo-suspende-la-exhumacion-los-restos-del-dictador/>. Consultado el 14. 06. 2019

⁵⁴ Por todo ello esta Asociación considera absolutamente necesaria una rectificación total y sin ambages de la anotada disposición del Tribunal Supremo.

https://www.ahistcon.org/PDF/AHC_Comunicado_Franco_junio_2019.pdf. Consultado el 14. 06. 2019

⁵⁵ <http://www.juecesdemocracia.es/2019/06/05/comunicado-auto-del-tribunal-supremo-suspende-la-exhumacion-los-restos-del-dictador/>. Consultado el 14. 06. 2019



apdhe

Asociación Pro Derechos Humanos de España



Clínica Jurídica
per la Justícia Social

padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Que tiene legitimidad y legalidad en el contexto democrático actual.

Así pues, se puede desprender una desviación del Supremo, evidenciada en el carácter negacionista y su comportamiento obstruccionista en la cuestión franquista, que debilita el tejido democrático. Es contraria a los principios democráticos como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, los cuales definen a España como un Estado Social y democrático de Derechos.

Es preocupante que en la adopción del auto del Tribunal Supremo haya participado un magistrado que públicamente ha manifestado sus simpatías y preferencias políticas por todo aquello que representó la Dictadura del General Franco.