



GARZÓN ABSUELTO. LAS VÍCTIMAS CONDENADAS

Informe de la Federación Estatal de Foros por la Memoria sobre la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 27 de febrero de 2012, por la que se absuelve a Baltasar Garzón por la investigación de los crímenes del franquismo

Marzo de 2012

La Federación Estatal de Foros por la Memoria manifiesta su total desacuerdo con los argumentos vertidos en la sentencia del Tribunal Supremo que tienen, como finalidad principal, impedir el acceso de las víctimas del franquismo al derecho a la justicia.

La instrucción seguida por el Juzgado Central núm. 5 de la Audiencia Nacional sobre los crímenes del franquismo adolecía desde el principio, a nuestro modo de ver, de diversas deficiencias que nos hicieron coincidir con el planteamiento expresado por el abogado Antonio Segura (1):

“No pudiendo estar como ciudadano demócrata, en contra de cualquier iniciativa, del tipo que sea, que tenga como fin sincero y único, el garantizar a las víctimas del fascismo verdad, justicia y reparación; como trabajador del derecho, dichas iniciativas deben de ser analizadas desde el más escrupuloso análisis jurídico, con el fin de que las mismas no produzcan una reacción contraria a la deseada, que pongan en peligro presentes y futuros procedimientos penales encaminados a la consecución de una verdadera justicia efectiva sobre los sangrantes y graves crímenes cometidos en nuestro país por el fascismo”.

Valoración de la sentencia

El Tribunal Supremo, aprovechando un proceso penal abierto contra el ex Magistrado Baltasar Garzón, ha intentado dar un paso más en el blindaje del modelo de impunidad, en base las siguientes consideraciones o interpretaciones:

A) La inaplicación de la tipificación de crímenes contra la Humanidad establecida en el proceso de Nüremberg a los delitos cometidos por la dictadura franquista.

B) La vigencia y aplicabilidad de la Ley 46/1977 de Amnistía a los delitos cometidos durante la dictadura franquista.

C) La defensa de un modelo transicional que se fundamenta en la no persecución de los delitos cometidos durante la dictadura como modelo de reconciliación nacional, para lo cual la sentencia no duda en hacer una interpretación restrictiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y mantener la prevalencia de las normas de derecho interno.

El máximo tribunal del Poder Judicial Español excede el objeto del proceso que les correspondía resolver, consistente en la existencia de un delito de prevaricación imputado al ex juez Baltasar Garzón, en la Sentencia de 27 de febrero de 2012, emitiendo distintos **razonamientos jurídicos y políticos con los que pretende justificar la imposibilidad de persecución en España de las violaciones a los derechos humanos y delitos cometidos por la dictadura**. Lo más grave del asunto es que resuelva que las demandas de justicia de las víctimas del franquismo no puedan ser amparadas por el poder judicial español sin que éstas hayan sido parte en el referido procedimiento.

En cuanto a los **razonamientos jurídicos** de la sentencia:

Entiende el TS en la Sentencia que el ex Juez Baltasar Garzón no incurre en un delito de prevaricación, dado que no dictó resolución injusta alguna. Sin embargo, afirma que el Juez, en los autos de 16 de octubre (**Diligencias Previas Proc. abreviado Nº 399/2006 V. Juzgado Central de Instrucción nº5**) y de 18 de noviembre de 2008 (**Sumario Nº 53 /2008 E. Juzgado Central de Instrucción nº5**) incurre en **importantes errores de aplicación e interpretación del derecho**, especialmente del Penal Internacional e Internacional Humanitario. Señala los siguientes “errores”:

1.- Error en la tipificación de los hechos.

La sentencia del Tribunal Supremo considera, textualmente, que:

“No es posible –por más que sea sostenida por algún sector de la doctrina– que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el derecho penal consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad”.

Según el TS, a los hechos objeto de investigación por los referidos autos no se les puede aplicar la tipificación penal de “crímenes contra la Humanidad”, dado que su inclusión como tales en el Código Penal español tuvo lugar el 1 de octubre de 2004, y en base al principio de legalidad (Art. 1 C.P.) está prohibido aplicar retroactivamente la norma penal a hechos anteriores a su vigencia. Añade que el derecho penal internacional, en la medida que no sea incorporado al ordenamiento jurídico interno, no es aplicable en el Estado Español, incluso si se trata de Derecho Penal Internacional Consuetudinario.

Desde la Federación Estatal de Foros por la Memoria no podemos estar más en desacuerdo con esta interpretación mantenida por el Supremo, dado que entendemos que el Código Penal vigente SÍ puede aplicarse retroactivamente a los crímenes del franquismo. **Estas conductas eran criminales en el**

momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional, es decir, constituían acciones prohibidas (ilícitos penales) por el derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque aún no hubieran sido tipificadas en el Código Penal español.

Es más que obvia la formalista (por estricta) interpretación del principio de legalidad ofrecida por el TS en su Sentencia de 27 de febrero, desnaturalizando lo dispuesto por los tratados internacionales en la materia y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales. Sírvanos como ejemplo los principios de Nüremberg, que como bien se indica en el Auto de 16 de octubre, **son aplicables a todo el periodo investigado, (1936-1952); fueron incorporados por el Estado Español a su legislación interna una vez que este ratificó en 1952 el Convenio de Ginebra y en 1979 se dejó sin efecto la exclusión de las normas de derecho consuetudinario realizada por el estado franquista.** Por tanto, la tipificación penal utilizada en Nüremberg, basada en parte en normas consuetudinarias, estaba plenamente vigente en el periodo investigado por el ex Juez Garzón. No podemos olvidar la primacía del derecho internacional, incluso el derecho consuetudinario, sobre el derecho interno, y que el estado español era firmante del pacto de la Sociedad de Naciones. Así lo expusimos, en un comunicado de septiembre de 2008 (2):

“La II República española formaba parte de la Sociedad de Naciones, antecedente de la ONU, y era firmante de todos los Convenios y Resoluciones suscritos en su momento en materia de derechos humanos y de gentes en los que, ya antes de 1936, se recogían los crímenes contra la Humanidad. Por lo tanto, estas normas internacionales entraron a formar parte del Derecho interno español”.

De plena vigencia resultan las consideraciones jurídicas realizadas por Equipo Nizkor en su informe sobre *La cuestión de la impunidad en España*, firmado por múltiples asociaciones memorialistas y de víctimas del franquismo (3), entre ellas la Federación Estatal de Foros por la Memoria:

“La categoría de los crímenes contra la humanidad es una categoría preexistente en el Derecho Internacional, de origen consuetudinario, que establece la prohibición de actos inhumanos contra la población civil y persecuciones políticas, raciales, religiosas de carácter imperativo, ius cogens, que impone a los Estados una obligación de perseguir y castigar. El desvalor de la conducta de los crímenes contra la Humanidad pertenece al derecho internacional consuetudinario en vigor desde hace muchas décadas, con eficacia erga omnes aplicable también a España aunque el legislador no hubiese desarrollado hasta 2004 la específica tipicidad y penalidad en el Código Penal español. Esta prohibición se traducía en el art. 137 bis, luego en el 607 y ahora 607 bis, sin solución de continuidad.

Los Estados de la comunidad internacional tienen por tanto la obligación erga omnes de aplicar los principios emanados de Nuremberg, entre otras cosas, porque la mera pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas mediante la aceptación del estatuto de la misma, lleva

ínsita la aceptación y el compromiso de hacer cumplir los principios que, emanados de Nuremberg, han pasado a ser Derecho Internacional de obligado cumplimiento, tanto consuetudinario como convencional.

En el caso español, la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno viene dada por los arts. 10 y 96 de la Constitución Española de 1978.

El artículo 10.2 de la Constitución establece que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

A su vez el art. 96.1 dice que

"Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional".

Manifiestar también que **aceptar la posición mantenida por el TS es dar por buena la postura o argumentos (4) de los defensores de los jefes nazis en los procesos de Nuremberg**, quienes alegaban que los hechos por los que se los juzgaba no eran delito en el momento de su comisión. Recordamos, que en este proceso no sólo se determinaron y sancionaron las responsabilidades de los diferentes crímenes contra la Humanidad cometidos durante la guerra mundial; por ejemplo, en el llamado Juicio de los Jueces (1947) se juzgó y condenó a 16 juristas alemanes por la aplicación de las leyes de pureza racial y prácticas eugenésicas (1933), y por la promulgación y puesta en práctica de las llamadas Leyes de Nuremberg, de carácter racial antisemita (Septiembre de 1935).

Sorprende, además de la sentencia, que el TS considere que la excepcionalidad a la aplicación de principio de tipicidad y legalidad penal interna está justificada en el caso español, pero no así cuando justifica su inaplicación en el supuesto de la condena de miembros de de las fuerzas de seguridad soviéticas, basándose en que:

"(...) la condena dictada contra los acusados de nacionalidad rusa participantes en delitos contra la humanidad durante la ocupación soviética, lo realiza partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas, que lo aprobaron, por lo tanto, conocedores de la vigencia y capaces de ordenar su conducta a las exigencias impuestas por el mencionado principio de legalidad".

Sin querer negar la evidencia consistente de que la URSS participó desde el principio en la elaboración de los principios de Nuremberg y su aprobación

posterior en Naciones Unidas, nuestro Alto Tribunal entiende que los miembros de los gobiernos nacidos del golpe de Estado de 1936, por “incivilizados”, por desconocedores de los principios de Nüremberg, y a pesar de formar parte más delante de la Organización de Naciones Unidas, **no son responsables de que su plan de exterminio, junto con otros execrables crímenes, fueran contrarios a Derecho.** Por lo tanto, **dichas aberraciones contra el ser humano no eran crímenes contra la Humanidad por su desconocimiento y falta de participación en el desarrollo jurídico,** y no es posible acudir al elemento de “contexto” como hace el propio Supremo en Sentencia nº798/2007, de 1 de octubre (Caso Scilingo):

“(...) la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquellos. En este sentido, deben ser tenidos en cuenta especialmente, entre otros elementos, y en relación con lo dicho más arriba, el Acuerdo de Londres y el Estatuto de Nuremberg, que ya consideraron crímenes contra la Humanidad el asesinato y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal; la Convención para la prevención y represión del genocidio...”

Caso omiso hace el TS de la Jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en especial de la Sentencia de 17 enero 2006, ratificando su doctrina, dictada en el caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia* (5) en la que establece que **“nada impide el juicio y castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de cometerse, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”**. Esto es así para los crímenes contra la Humanidad, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido. Incluso el TEDH afirma que, aún en el supuesto de que los actos hubieran sido vistos como legales por el derecho interno entonces en vigor, los tribunales locales han de considerar que constituían crímenes contra la Humanidad, como crímenes de formación consuetudinaria, imputables internacionalmente al sujeto que los comete.

Recordamos, por último, que según la Jurisprudencia emanada de los Tribunales Internacionales de Justicia, **los Estados (y sus dirigentes y funcionarios) están obligados al cumplimiento del Derecho Penal Internacional a partir del momento de su solicitud de admisión en las Naciones Unidas.**

2.- Principio de irretroactividad penal y prescripción de los delitos investigados por el ex juez Garzón.

Según la sentencia de 27 de febrero:

“(...) la declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento no pueden ser aplicados retroactivamente.”

Dicho planteamiento se asienta en las siguientes consideraciones jurídicas:

a) “(...) aún cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, ésta tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el artículo 9.3 de la Constitución Española y arts. 1 y 2 del Código Penal.

b) Los delitos de desapariciones no son delitos permanentes.

c) Inaplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España.

d) Desprecio a la interpretación jurídica realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declara la nulidad de las amnistías promulgadas en ese continente, y que abarcan a delitos contra los derechos humanos, aplicando retroactivamente el Pacto de San José de Costa Rica.

El TS, por un lado, trata los crímenes del franquismo como delitos comunes, prescindiendo de su *“contexto, entidad y gravedad”*; y por otro hace caso omiso de los instrumentos internacionales ratificados por el estado español que declaran la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad amparándose en la irretroactividad de la norma penal sancionadora (Art. 9.3 C.E.). Reconoce el TS en el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia de 27 de febrero:

“Los hechos anteriormente descritos, desde la perspectiva de las denuncias formuladas, son de acuerdo a las normas actualmente vigentes, delitos contra la humanidad en la medida en que las personas fallecidas y desaparecidas lo fueron a consecuencia de una acción sistemática dirigida a su eliminación como enemigo político”.

Sin embargo, el Supremo, haciendo caso omiso de lo dispuesto por los instrumentos internacionales firmados por el estado español y de las recomendaciones de los organismos internacionales, sigue considerando que son inaplicables al periodo investigado. Por lo tanto, los crímenes realizados por el franquismo en su primera etapa están prescritos, pese a constituir un ataque sistemático y generalizado contra la población civil. Así, **los art. 15.2 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos y el art. 7.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos afirman que el principio de irretroactividad de las leyes penales no se opone a la persecución y condena de personas por hechos reputados como "delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional."** Esta excepción a la irretroactividad de las leyes penales ha sido aplicada en la persecución penal contra una persona acusada de haber desviado un avión, cuando este hecho no era punible por el *ius fori* en

el momento de haber sido cometido (**Sri Lanka, Cr. of App., 28.5.1986, caso Ekanayake, I.I.R., 87, p. 298.**)

De acuerdo con los principios de Nüremberg, asumidos por las Naciones Unidas, los **crímenes cometidos por el franquismo**, en sus distintas etapas, deben ser considerados como **crímenes contra la comunidad internacional**, por lo que no cabe aplicar limitación temporal alguna en su persecución, como delitos imprescriptibles que son.

Se posiciona el TS, por lo tanto, claramente a favor de los criterios de impunidad que se establecieron en nuestro período transicional, y en una interpretación del derecho internacional sujeta a los criterios internos establecidos en la Constitución Española y en los diferentes textos punitivos aprobados en los últimos cuarenta años.

En resumen, el TS mantiene una posición sumamente estricta o formalista en cuanto a la aplicación del Derecho Penal Internacional se refiere (convencional o consuetudinario); interpretación incongruente con la jurisprudencia emanada de los tribunales penales internacionales (preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno), en beneficio de la impunidad de los crímenes del franquismo y abiertamente contraria a criterios de justicia material (art. 1 de la C.E.), en perjuicio de las Víctimas.

3.- Amnistía de los crímenes del franquismo por la Ley 46/1977 de 15 de octubre.

Reiteramos que son múltiples los tratados internacionales ratificados por el estado Español, como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 4 de Noviembre de 1950 (B.O.E. de 10 de Octubre de 1979) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de Diciembre de 1966 (B.O.E. 30 de Abril de 1977, en vigor antes que la ley de amnistía), que **prohíben las amnistías de graves violaciones de los derechos humanos, prevaleciendo en todo momento y situación el derecho a la justicia de las víctimas, obligación primordial del estado, máxime si se trata de un estado de derecho como se supone que es el estado español.**

Interpretar que, como en el momento de la comisión del delito no estaba vigente el tratado o acuerdo internacional que proscribe la amnistía, no procede su aplicación, significa desnaturalizar y dejar sin efecto el instrumento internacional y **consumar la impunidad de los crímenes franquistas.** Debemos recordar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha recomendado en varias ocasiones al estado español la inaplicación de la ley 46/1977 de 15 de octubre, de Amnistía. La ley de Amnistía es una ley preconstitucional, siendo expresamente prohibidos los indultos generales por la Constitución en su art. 62. Manifiestar, por último, que **en un estado democrático de derecho no caben amnistías de “delitos políticos”**, en la medida que el disfrute y ejercicio de las libertades políticas nunca puede suponer delito alguno, por lo que es fácil deducir que quien se beneficia de la citada ley de punto final no son sino los responsables del sanguinario régimen franquista.

4.- Competencia del Juzgado Central de Instrucción nº 5 para investigar los crímenes del franquismo instruidos en los procedimientos **Diligencias Previas Proc. Abreviado Nº 399/2006 V y Sumario Nº 53 /2008 E.**

En este punto, el TS se limita a reiterar lo ya expuesto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en 2008:

“La Audiencia Nacional no es competente”.

Los razonamientos políticos de la sentencia:

Una de las cuestiones más graves de la sentencia es que los Magistrados que la dictan entran a hacer valoraciones políticas que no les corresponden. Es, cuanto menos, preocupante que hablen de **dos bandos, equiparando a los responsables del golpe de estado militar, que secuestró la soberanía popular durante décadas, con la legítima defensa del estado democrático que practicó el gobierno de la República apoyado por el pueblo.**

Con este tipo de apreciaciones, en los fundamentos de derecho de una sentencia como ésta, se están legitimando por parte del alto tribunal, los golpes de estado contra gobiernos democráticos y el secuestro de la soberanía popular. Con ello se aportan argumentos legales para que, en el caso hipotético de que volvieran ocurrir hechos similares en un futuro, puedan utilizarse para impedir la condena de aquellos que intentasen secuestrar por la fuerza la soberanía popular.

Por otro lado, la sentencia responsabiliza a las autoridades políticas y militares de la II República de la represión en la retaguardia gubernamental, obviando que en todo momento, **desde el Gobierno, las instituciones y la dirección de los partidos políticos y sindicatos democráticos, se desautorizaron conductas criminales, y la justicia del estado democrático persiguió tales hechos.** La represión en la retaguardia gubernamental no obedecía a ningún plan represivo planificado, sino que fue causada por individuos y colectivos que escapaban a la autoridad política, como consecuencia de que una buena parte de las fuerzas coercitivas del estado republicano se habían sublevado contra el gobierno, dejando a éste sin poder ejercer su autoridad en las calles. Sin embargo, la represión ejercida por los golpistas fue dirigida y planificada jerárquicamente de arriba hacia abajo, siguiendo un plan previamente diseñado. Si los magistrados que han dictado la sentencia se hubieran preocupado de conocer la documentación existente al respecto, podrían haber comparado las órdenes que emanaban de las autoridades del gobierno democrático de la II República, en las que constantemente se hacían llamadas al orden y al respeto de las vidas y propiedades, con los criminales bandos de guerra redactados por los generales golpistas; exponente visible y prueba palpable de la existencia de un plan de represión encaminado a destruir a todas las fuerzas y organizaciones democráticas y progresistas. **El citado plan, según los bandos de guerra de los golpistas, incluía el exterminio masivo de todos aquellos ciudadanos defensores del régimen democrático existente: cargos públicos, dirigentes sociales y políticos, militantes de**

partidos y sindicatos, funcionarios, intelectuales, militares y miembros de las fuerzas de orden público.

Que un tribunal de tan alta jerarquía se preste a utilizar en una sentencia tópicos propios del revisionismo histórico, perseguido por la justicia en otros estados democráticos de nuestro entorno, es una prueba palpable del bajo perfil democrático del poder judicial del estado español.

Que la sentencia del TS abogue por la falsificación de la historia no es un hecho casual e inocente: los crímenes cometidos en la retaguardia republicana, por sus características históricamente documentadas de espontaneidad, y la oposición a ellos de las autoridades legítimamente constituidas, deben subsumirse en el tipo penal de delitos comunes prescritos. Por el contrario, los crímenes franquistas, premeditados, planificados y jerárquicamente organizados, como inequívocamente ha demostrado la investigación histórica de las últimas décadas, deben ser incluidos en el tipo penal de crímenes contra la humanidad: imprescriptibles. La sentencia del TS recupera el discurso de la construcción mítica de la Transición: reparto “ex aequo” de culpas, y equidistancia en el trato de víctimas y verdugos. Es la versión doméstica del siniestro relativismo moral que denunciaba el pensador alemán Jürgen Habermas: *“La responsabilidad del Holocausto: la mitad de los nazis, la mitad de los judíos”*.

Por otra parte, **el uso de la Ley 46/1977 de Amnistía** como instrumento para declarar la impunidad, obviando su inaplicación en el caso de graves crímenes contra la humanidad, **manifiesta una clara voluntad por parte del Poder Judicial a que no dejará de hacerlo hasta que el Parlamento, siguiendo las recomendaciones del Comité de derechos Humanos de Naciones Unidas, la declare nula**. Se hace condición necesaria, amén de otras disposiciones en el mismo sentido, para que los tribunales dejen de utilizar este argumento como fundamento para el archivo de cualquier denuncia de crímenes contra la humanidad cometidos por los golpistas desde el 17 de julio de 1936 hasta el final de la dictadura que implantaron. Es más, **el Parlamento tiene que legislar de tal forma que impida que los tribunales de justicia puedan argumentar ley alguna que impida aplicar el derecho penal internacional, modificando, incluso, la Constitución, para que el principio de irretroactividad de las leyes no sea de aplicación cuando se trate de graves crímenes contra la humanidad**.

Si los jueces son culpables de hacer valoraciones políticas en sus sentencias para evitar la persecución de los graves crímenes contra la impunidad, tanto o más culpable es el Parlamento por haber legislado a lo largo de estas últimas décadas, de forma inadecuada, elaborando leyes que han conformado un sistema jurídico que ha favorecido la impunidad, provocando un deterioro del estado democrático que, en un futuro, puede traer graves consecuencias.

Señala también la Sentencia de 27 de febrero de 2012:

“...las leyes y disposiciones posteriores a la Ley de Amnistía, que culminan con la Ley de la Memoria Histórica, han reparado, en gran medida, las consecuencias de la guerra y la posguerra, pero no han

concluido las actuaciones concretas en orden a la localización y recuperación de los cadáveres para su homenaje y procurar la efectiva reconciliación que la Ley de Amnistía persiguió”.

Produce indignación comprobar que el Tribunal Supremo no conoce la legislación aprobada en nuestro país en relación a las víctimas del franquismo. Existe verdadera indemnización cuando las sentencias de la Audiencia Nacional establecen la cantidad que deben pagar los terroristas a las víctimas de sus actos delictivos; es más, de acuerdo con la legislación específica en esta materia, si el terrorista no puede hacer frente a la indemnización establecida en sede judicial, es el Estado quien está obligado a satisfacerla. **No existe ni un solo caso en el que una víctima del franquismo haya sido indemnizada como consecuencia de las violaciones de derechos humanos de que fueron objeto, ni uno solo...** Lo que la legislación española ha establecido en diversas normas han sido algunas ayudas, que no indemnizaciones, y la diferencia no es simplemente terminológica sino que supone una diferencia injustificable entre unas y otras víctimas: la ayuda es establecida solidariamente por el Estado pero no cubre todos los daños que han sufrido las víctimas, es la propia norma jurídica la que, de manera objetiva, determina la cuantía de la ayuda sin atender a las circunstancias de cada caso.

Las afirmaciones vertidas en la sentencia de 27 de febrero del TS contienen muchas interpretaciones erróneas del Derecho, a la vista de los instrumentos internacionales existentes, que España como Estado y el poder judicial español debieran respetar, acatar y aplicar en sus autos y sentencias. Sirva como ejemplo de esos instrumentos internacionales el documento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas conocido como *Informe Joinet* (6) de 12 de octubre de 1997, que versa sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). En el Informe se establecen los principios que deben aplicar los Estados que son miembros de la ONU. Pues bien, **el principio 33 establece** que:

“Toda violación de derechos humanos hace nacer un derecho a la reparación a favor de la víctima, de sus parientes o compañeros que implica, por parte del Estado, el deber de reparar y la obligación de dirigirse contra el autor de dicha violación”.

Además, y para probar que en España no ha habido indemnización ni reparación de los daños sufridos por las víctimas del franquismo, no hay más que prestar atención al **principio 36** que establece que:

“El deber de reparación debe cubrir la integridad de los perjuicios sufridos por la víctima; éstos comprenden, de una parte, las medidas individuales relativas al derecho a restitución, a indemnización y a readaptación y, de otra parte, las medidas de satisfacción de sentido general, tales como las previstas por el conjunto de principios y directivas fundamentales concernientes al derecho de reparación”.

En su segundo párrafo determina que:

“En el caso de desapariciones forzadas, una vez dilucidada la suerte de la persona desaparecida, su familia tiene el derecho imprescriptible de ser informada y, en caso de muerte, el cuerpo le debe ser restituido después de su identificación y de que los autores hayan sido identificados, perseguidos y juzgados”.

El *Informe Joinet* determina el contenido mínimo del derecho de reparación: en primer lugar, medidas de restitución (devolver a la víctima a la situación anteriores a la violación); en segundo lugar, medidas de indemnización (perjuicio moral, pérdida de oportunidades, todo tipo de daños materiales, daño a la reputación y gastos de la asistencia jurídica); y finalmente, medidas de readaptación (atención médica que comprenda la atención psicológica y psiquiátrica). **Ninguna de las anteriores medidas han sido aplicadas en España sino que, en su lugar, se han aprobado unas ridículas ayudas que tienen una finalidad doble: producir un efecto placebo en el derecho a reparación de las víctimas y tratar de aparentar el cumplimiento del derecho por parte del Estado.**

Pero el derecho a reparación no queda limitado a cuestiones puramente económicas sino que va mucho más allá. Así viene determinado en los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados (7) por la ONU mediante la Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005 en la que analizan pormenorizadamente el contenido mínimo de este derecho en cinco formas genéricas: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición..

A la vista de lo anterior, queda claro que **en España no ha habido reparación para las víctimas del franquismo**, por más que esto sea afirmado por el Tribunal Supremo, con gran desconocimiento de la realidad operada en nuestro país desde la transición, y que **la llamada Ley de Memoria supone una nueva renuncia por parte de los grupos parlamentarios de izquierda y democráticos, a excepción de ERC, a la aplicación del Derecho Penal Internacional y de los Derechos Humanos; o lo que es lo mismo, negar a las víctimas del franquismo los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación**. Así lo ha denunciado la Federación Estatal de Foros por la Memoria en múltiples ocasiones: (8).

Conclusiones

En relación a la sentencia de TS de 27 de febrero de 2012.

Como se sostiene en el citado artículo del letrado Antonio Segura (1), abogado de la acusación particular en la causa de la Audiencia Nacional contra Adolfo Scilingo:

“Cualquier proyecto de reparación, de verdad y de Justicia, no puede pasar por encima de la legalidad internacional, no puede

apartarse de esa realidad dentro del marco europeo, no puede apartarse de lo que ocurrió en Alemania o en Italia o en la Francia de Vichy, con esos regímenes, y con las leyes e instituciones que emanaron de los mismos, ni con las reparaciones que recibieron las víctimas allí, ni puede ignorar, por necesarios, los Juicios que sufrieron los autores de aquellos crímenes. Cualquier proyecto sincero y efectivo, tiene que tener como objetivo claro, que el derecho internacional emanado de Nurenberg, de su Estatuto, y de sus sentencias, con sus tipos y penas, es igualmente aplicable para el fascismo autóctono y sus crímenes, como lo fue para sus contemporáneos aliados europeos y asiáticos, y que renunciar a ello, como se ha intentado con la farsa de la “Ley de la memoria Histórica” es un intento más de continuar con la impunidad de crímenes que al ser contra la Humanidad, en el marco descrito, ni prescriben, ni son indultables, ni son amnistiables. Y quiero subrayar en el marco descrito, pues si no utilizamos el derecho internacional mencionado, y nos basamos en jurisdicción interna, con tipos internos, como hemos visto por experiencia común y reciente, el Tribunal Supremo, nunca procederá a condenar estos hechos, por propia voluntad o por imposibilidad técnica, que al caso es lo mismo”.

En primer lugar, debemos reseñar que la sentencia del TS ha supuesto un auténtico varapalo a los planteamientos mantenidos por quienes defendieron y defienden la Ley de Amnistía y la mal llamada Ley de Memoria. **Supone un baño de realidad para quienes pronosticaban que dichas normas internas aprobadas por el Parlamento español no suponían un retroceso en el acceso a la justicia para las víctimas, lo cual, como ha venido denunciando nuestra organización, se ha hecho doctrina en el ámbito del poder judicial.**

La sentencia dictada por el Tribunal Supremo demuestra que el poder judicial español mantiene las posturas más restrictivas y ultramontanas para el mantenimiento de la situación de indefensión de las víctimas. Utiliza todas las herramientas legales que le ha facilitado el poder legislativo para ello, entre otras, la Ley 46/1977 de Amnistía, aprobada prácticamente por todas las formaciones políticas que conformaban el Parlamento Español, incluidas las de la izquierda (PCE y PSOE). Reproducimos textualmente lo dicho por el TS en la respecto a la Ley de Amnistía

“Precisamente, porque la “transición” fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación corresponde en exclusiva, al parlamento.”

Desde la Federación Estatal de Foros por la Memoria ponemos en duda que la voluntad del pueblo español en el año 77 fuera la de amnistiar los crímenes del franquismo y negar la justicia a sus víctimas. No podemos olvidar que la Ley de Amnistía fue aprobada en un contexto de violencia provocado por organizaciones paramilitares y cuasi consentido por el Estado. En la sociedad

española no hubo un debate libre, amplio y pormenorizado sobre las consecuencias que tendría la Ley de Amnistía a medio y largo plazo, dado que, en su momento, sólo aparecía como la única salida posible para la puesta en libertad y no persecución de luchadores antifranquistas.

En este sentido, y como sostuvo nuestra organización en el comunicado de 4 de septiembre de 2008,

“(...) es inexcusable que las fuerzas políticas y el conjunto de la sociedad se planteen la nulidad de la siniestra ley de Amnistía de 1977, una aberración en términos de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, y que convierte a nuestro país en un “oasis de impunidad” (...).” Pues con más razón tras la aberrante sentencia del Tribunal Supremo, que declara la plena vigencia de la Ley de Amnistía, considerándola conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y tras la manifestación categórica en la sentencia del 101/2012, según la cual no hay lugar a ninguna investigación judicial en España por los crímenes cometidos en la Guerra Civil y la Dictadura.”

Añadir, según la sentencia TS, que **la Ley de la memoria histórica es una ley subsidiaria o complementaria de la Ley de Amnistía de 1977**; de tal forma que el binomio jurídico representando por ambas leyes constituye un muro fortificado de impunidad. La Ley de la Memoria agota todas las vías reivindicativas de justicia en relación con los crímenes franquistas.

Por ello, nuestra organización considera imprescindible que el Parlamento Español **declare la nulidad de la Ley 46/1977 de Amnistía y derogue la Ley de la Memoria**, para que ambas leyes no puedan ser utilizadas por los tribunales españoles, especialmente tras la sentencia de 27 de febrero de 2012 del TS, para desatender las demandas de justicia de las Víctimas del franquismo.

En relación al procedimiento abierto por el ex Juez Baltazar Garzón.

En primer lugar indicar que nuestra organización nunca se llegó a personar en los autos por él instruidos, por las dudas que albergamos sobre la competencia de la Audiencia Nacional para investigar las Víctimas del Franquismo. Para declarar la competencia de la Audiencia Nacional, y en concreto de los Juzgados Centrales de Instrucción, el ex Juez Baltazar Garzón tuvo que hacer una importante cabriola jurídica: dado que la Audiencia Nacional es competente para enjuiciar los *delitos contra altos organismos de la nación y forma de Gobierno*, declaró la competencia de su juzgado, para investigar el golpe de estado del 36. Para ello adujo que el golpe de estado (delito) se cometió en un contexto de crímenes contra la humanidad, para finalmente concluir, lo que es público y notorio, que Franco y sus cómplices habían muerto, e inhibiéndose a favor de los juzgados territoriales. Recordamos que el TS en el caso Scilingo declaró la **competencia de la Audiencia Nacional para investigar**

exclusivamente los crímenes contra la humanidad cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio español.

Además, tal y como “profetizaba” el equipo Nizkor en febrero de 2012 (9):

“(...) Existe por tanto un peligro serio de que el Tribunal Supremo, en lugar de limitarse a valorar la cuestión objetiva de la competencia del juez Baltasar Garzón respecto de esas denuncias de 2006, entre en las cuestiones sustantivas y utilice este caso para rechazar la aplicación de la tipificación penal de crímenes contra la humanidad a los delitos cometidos por el régimen franquista”.

Aparte del tema de la competencia, que desembocó en la querrela y el procesamiento del ex Juez Baltasar Garzón, hay otras cuestiones discutibles del Sumario por él instruido:

1. Defectos en la tipificación de los delitos investigados: la inclusión de 114.266 personas como número global de *víctimas desaparecidas* en el período abarcado por el Auto (17 de julio de 1936 a diciembre de 1951), confundiendo inexplicablemente, *ejecutados* con *desaparecidos* propiamente dichos.

2. Periodo investigado en el Sumario: la limitación temporal del Sumario tiene una difícil base argumental y jurídica. El auto de Garzón fija el ámbito temporal en tres épocas de investigación, que abarcan desde el 17 de julio de 1936 hasta 1952. La pregunta que nos realizamos es: si con el Auto 53/2008 se pretendía la aplicación a favor de las víctimas del franquismo del Derecho Internacional, ¿por qué se puso el límite en 1952, cuando desde una interpretación conservadora podría considerarse que esa represión estaba afectada por la retroactividad, y sería inaplicable la Justicia Internacional? En este punto recordamos lo manifestado por esta organización en su comunicado de septiembre de 2008:

Por otra parte, la Federación Estatal de Foros por la Memoria recuerda que el franquismo no es un régimen que abarcó exclusivamente los años 30 ó 40 del siglo XX, sino que se extiende legalmente y en sus efectos al menos hasta las primeras elecciones democráticas de 1977, e incluso hasta la promulgación de la Constitución de 1978.

3. Viabilidad procesal del sumario instruido: Cuando las diligencias efectuadas por el Juzgado de Instrucción nº 5 de la AN, dieron como resultado la certificación de que todos los responsables (de 1936 a 1952) habían fallecido, el caso quedó en vía muerta, porque como recoge la sentencia del TS de 27 de febrero:

"No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena. Ello implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza (art. 118 y ss de la ley procesal penal)."

¿Porqué no se amplió el ámbito temporal hasta el final de la dictadura, coincidente en el tiempo con los crímenes de las dictaduras el Cono Sur americano, y tal y como recoge la sentencia, plenamente afectado por el derecho internacional? ¿Acaso para evitar tener que emitir orden de detención contra los ministros de Franco aún vivos en 2008, e incluso contra los magistrados del TOP y los torturadores de la Brigada Político-Social?

A partir de la sentencia de 27 de febrero de 2012 queda meridianamente explícita la vigencia del llamado **Modelo Español de Impunidad, sustentado en tres pilares fundamentales:**

1. La Ley de Amnistía de 1977; plenamente asimilable a las leyes de punto final auto-otorgadas por las dictaduras del Cono Sur americano. Este tipo de legislación es incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos, y en el caso concreto de la ley española, su revocación ha sido solicitada por diversos organismos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

2. La Ley llamada de la Memoria Histórica de 2007, que certifica la plena vigencia de la legalidad del franquismo y su continuidad después de 1977, manteniendo por ejemplo, como firmes y legales todas las sentencias producidas por la legislación represiva del franquismo. Asimismo, circunscribe al ámbito exclusivamente administrativo la exhumación de las centenares de fosas comunes (pruebas de crímenes contra la humanidad), **negando explícitamente a las víctimas y a sus familias el acceso a la justicia, la tutela judicial, e incluso el mismo reconocimiento de la categoría de víctima.**

El mismo Consejo General del Poder Judicial, el gobierno de los jueces, ha reconocido, tras hacerse pública la sentencia del 2 de febrero, que la Ley de la Memoria agota todas las vías reivindicativas de justicia, en relación con los crímenes franquistas. Si hasta ayer los defensores de esta ley habían podido mantener la falacia de que la misma era compatible con la posibilidad de ejercer acciones judiciales, ahora “el emperador se ha quedado desnudo”.

3. La sentencia de 27 de febrero considera el Auto de 2008 del Juzgado de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional sobre los crímenes del franquismo un cúmulo encadenado de "errores", y establece **una única Verdad oficial:** que es improcedente aplicar la irretroactividad del Derecho Internacional a los crímenes del franquismo, que en todo caso están prescritos y amnistiados.

A partir de esta Sentencia ya no hay lugar para los "errores": el magistrado que aplique la legislación de derechos humanos ya no se está “equivocando”, ni tiene el mínimo espacio para la interpretación de la ley. Los jueces españoles, además de soporte legal, ya tienen soporte jurisprudencial para archivar las denuncias por violaciones de derechos humanos durante el franquismo.

Puesto que, a partir de la inhibición del juez Garzón a favor de los juzgados territoriales, estos parecen ser los órganos competentes, la sentencia actúa como evidente arma de amedrentamiento y coacción: si han sido capaces de

llegar a tales extremos con un juez de fama mundial que se codea con jefes de Estado y premios Nobel, con magistrados de todos los tribunales internacionales, ¿qué no podría pasarle al juez de instrucción de un municipio de provincias (probablemente joven, e incluso interino), ante quien una asociación memorialista o unos familiares de víctimas presenten una denuncia tras encontrar una fosa común de republicanos asesinados?.

En relación al desamparo legal en que continúan las víctimas del franquismo.

Dado que en el Estado Español se les sigue negando la Justicia a las Víctimas del Franquismo, a éstas, sus organizaciones y las entidades memorialistas, no nos quedará más camino que solicitar amparo a los Tribunales Internacionales del Justicia, incluso a los tribunales ordinarios de otros países en base al principio de la Jurisdicción Universal para la Víctimas de Crímenes contra la Comunidad Internacional.

Así, en la actualidad, se mantiene abierta la denuncia presentada en Argentina que se fundamenta en el principio de "jurisdicción universal" y, al contrario de lo mantenido por el Tribunal Supremo, califica los hechos como crímenes contra la Humanidad, tal y como contempla la Constitución Argentina y está consagrado en el Derecho Internacional. Asimismo, al contrario que lo mantenido por el ex juez Baltasar Garzón, considera objeto de investigación todas las violaciones de derechos humanos; asesinatos, desapariciones y torturas realizadas durante la dictadura por los miembros de los gobiernos españoles en funciones entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, así como de los mandos del Ejército, Guardia Civil, Policía Armada, Directores Generales de Seguridad y dirigentes de Falange Española, durante el mismo período.

Por lo tanto, queda abierta la vía jurisdiccional mediante los procesos que se inicien en virtud del principio de jurisdicción universal en el exterior, como a aquellos que se inicien para investigar los delitos cometidos con posterioridad al año 1952 (en tanto que el sumario instruido por el ex juez Baltasar Garzón llega a este año). Tampoco se puede considerar que sienta jurisprudencia porque no cumple los requisitos para ello por no haber dos sentencias dictadas en el mismo sentido y por no ser el objeto principal del proceso resuelto, que era el enjuiciamiento por delito de prevaricación del ex magistrado Baltasar Garzón.

Por ello, es de destacar que, a pesar de la sentencia del Tribunal Supremo y la enormemente negativa interpretación que en ella se realiza, queda abierta la vía, tanto a los procesos que se inicien en virtud del principio de Jurisdicción Universal en el exterior, como a aquellos que se abran para investigar los delitos cometidos con posterioridad al año 1952, en tanto que no ha sido objeto de litigio resuelto en la mencionada sentencia.

Tras la publicación de la sentencia de 27 de febrero, no podemos por menos que reafirmarnos en lo que escribíamos en abril de 2010 (10).

“(...) La Federación Estatal de Foros por la Memoria desea expresar que a pesar de la notoriedad y evidente repercusión mediática del enjuiciamiento del Magistrado Juez Titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, el modelo de impunidad hay que entenderlo globalmente, y ver y comprender los diferentes elementos y expresiones que lo conforman. (...) Entendemos que independientemente del resultado del proceso iniciado contra el Magistrado Juez Titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, la centralidad debe tenerla la lucha contra la impunidad de los crímenes franquistas, la consecución de justicia para sus víctimas -que seguirán desamparadas- y la recuperación como referente del proyecto político y social que defendían”.

NOTAS

(1) Antonio Segura “Verdad, Justicia y Reparación Un comentario crítico sobre el anteproyecto de Ley. A propósito de la propuesta de reforma de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, más conocida como Ley de Memoria”, publicado el 4 de marzo de 2009. Puede consultarse en <http://www.foroporlamemoria.info/2010/03/verdad-justicia-y-reparacion-un-comentario-critico-sobre-el-anteproyecto-de-ley/>

(2) Comunicado de la Federación Estatal de Foros por la Memoria en relación con la solicitud del Juez Garzón sobre desaparecidos. 04-09-2008. http://www.foroporlamemoria.info/noticia.php?id_noticia=4666

(3)http://www.foroporlamemoria.info/media/2004/112_1_EQUIPO_NIZKOR_LA_CUESTI.PDF

(4) Los argumentos de la defensa de los nazis pretendían:

- Poner de manifiesto la dificultad de aplicar unas leyes con carácter retroactivo.
- Denunciaban que las acusaciones describían delitos que no lo eran en el momento de haberse cometido.
- Alegaban la inexistencia de leyes internacionales que permitieran el procesamiento de los dirigentes nazis, dado que habían sido creadas con posterioridad.

(5) “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Kolk y Kislyly contra Estonia de 17 de enero de 2006”, citada en el Auto 53/2008 y en la sentencia del TS. Puede consultarse en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>

(6) Informe Joinet <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>

(7) <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>

(8) Ley o Justicia. Comunicado de la Federación Estatal de Foros por la Memoria ante el próximo debate parlamentario del Proyecto de Ley de Memoria Histórica, Septiembre 2007

http://www.foroporlamemoria.info/noticia.php?id_noticia=2268

(9) “El caso contra el juez Baltasar Garzón muestra las contradicciones estructurales del sistema de impunidad español”. 21feb10

<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/garzon47.html>

(10) En relación al proceso contra Baltasar Garzón, magistrado de la Audiencia Nacional. Federación Estatal de Foros por la Memoria, 18 de abril de 2010

<http://www.foroporlamemoria.info/2010/04/comunicado-de-la-federacion-estatal-de-foros-por-la-memoria-2/>