

La responsabilidad ante las víctimas del Franquismo y el papel del poder judicial

I Congreso de Víctimas del Franquismo
(Rivas-Vaciamadrid, 20-22/4/2012)

Raül Digón Martín¹
Oriol Dueñas Iturbe²

1. Introducción

Baltasar Garzón fue expulsado de la judicatura por sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2012, que lo condenó a 11 años de inhabilitación por un delito de prevaricación al investigar la trama Gürtel. El mismo órgano acordó el archivo -por prescripción- del caso de las irregularidades imputadas por unos cursos de la Universidad de Nueva York (auto de 13 de febrero de 2012), y mediante sentencia de 27 de febrero de 2012 le absolvió por su investigación de los crímenes franquistas. Esta última causa pone de manifiesto la deuda del Estado con los familiares de las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura, que exigen su derecho a la verdad. También plantea serias dudas sobre los límites de la democracia española, como las contradicciones entre la Ley de Amnistía (de junio de 1977) y los tratados internacionales de derechos humanos, o la inacción de los poderes públicos ante la demanda social de localizar a miles de desaparecidos. Esta comunicación propone una aproximación al desarrollo de la instrucción sobre aquellos hechos, núcleo de los tres procesos que, en conjunto, han acabado con la carrera del juez que trató de investigar las atrocidades del Franquismo. Para ello, el texto expone las fases fundamentales de dicho intento, identifica a sus principales actores y aporta elementos de reflexión sobre sus implicaciones éticas y políticas.

2. Los crímenes del franquismo.

El 14 de diciembre de 2006 varias asociaciones de familiares de víctimas del Franquismo presentaron denuncias ante la Audiencia Nacional por presuntos delitos de detención ilegal, cometidos por motivos políticos durante 1936 y los años subsiguientes en diferentes puntos geográficos del territorio español. Posteriormente se les añadieron las de otras entidades, memorialistas o sindicales, sumando un total de 22 denuncias a fecha de 6 de octubre de 2008. Desde varios lugares, se pretendía esclarecer la realidad de unos hechos que constituyen crímenes contra la humanidad.

Todas las denuncias que se presentaron ante la Audiencia Nacional se basaban en el hecho que a partir del 17 de julio de 1936 se ejecutó un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas. Unos hechos que provocaron la detención y posterior desaparición de miles de personas.

Es evidente que durante la Guerra Civil se produjeron detenciones ilegales y desapariciones forzadas en las zonas donde el golpe militar consiguió triunfar. En ocasiones, cuando se habla de estos hechos, no queda del todo claro si estas desapariciones se dieron durante todo el conflicto armado y la posterior posguerra en todo el territorio, o solo se produjeron en algún momento concreto y en zonas determinadas.

Antes de pasar a responder esta cuestión, hemos creído oportuno definir el concepto de desaparición forzada. Según la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006 define, en su art. 2, la desaparición forzada como el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de

¹ Jurista y coordinador de atención a las personas represaliadas (Departamento de Gobernación y Relaciones Instituciones de la Generalitat de Catalunya) Av. Diagonal, 409, 4ª planta, Barcelona, 08008. raul.digon@gencat.cat. Telef. 93 552 60 63.

² Historiador y técnico del Memorial Democràtic de la Generalitat de Catalunya. Av. Diagonal, 409, 2º planta, Barcelona, 08008. oduenas@gencat.cat. Telef. 93 551 91 52

personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de una negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la Ley³.

Esta definición es totalmente aplicable a los terribles hechos que se produjeron durante la Guerra Civil, y especialmente durante los primeros meses del conflicto. Fue en este periodo donde se produjeron la mayor parte de detenciones forzadas y posteriores desapariciones de hombres y mujeres en las zonas donde los golpistas se impusieron a la legalidad republicana. Una vez pasados estos primeros meses, y a través de la legislación represiva, las desapariciones y muertes arbitrarias dejaron paso, a excepción de casos aislados, a la represión a través de la “justicia” militar. A partir de este momento, los sublevados dejaron constancia documental de las detenciones, encarcelamientos, juicios, sentencias, ejecuciones e inhumaciones de las víctimas. En estos casos, la definición de desaparecido no se podría aplicar en el sentido estricto anteriormente expuesto.

El fracaso de intento de golpe de estado contra el gobierno democrático de la República acabó desembocando en una larga y terrible Guerra Civil. La acción desplegada por los sublevados durante los días 17 y 19 de julio de 1936 en contra de la República se apoyó en un plan preconcebido que incluía la caída del gobierno y el uso de la violencia como instrumento básico para su ejecución⁴. Un plan que tenía entre sus objetivos el de detener y hacer desaparecer a los considerados enemigos de la insurrección. Esta idea quedó perfectamente expresada por el general Emilio Mola, uno de los responsables del alzamiento, en las Instrucciones Reservadas que efectuó entre mayo y junio de 1936: «*Producido el movimiento y declarado el Estado de Guerra [...] se tendrá en cuenta que la acción ha de ser en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo, que es fuerte y bien organizado. Desde luego serán encarcelados todos los directivos de los Partidos Políticos, Sociedades o Sindicatos no afectos al Movimiento, aplicándose castigos ejemplares a dichos individuos para estrangular los movimientos de rebeldía y huelgas*⁵.

Tan pronto tenga éxito el movimiento nacional, se constituirá un Directorio, que lo integrarán un Presidente y cuatro vocales militares [...] El Directorio ejercerá el poder con toda amplitud, tendrá la iniciativa de los decretos leyes que se dicten, los cuales serán refrendados por todos sus miembros [...] Los primeros decretos leyes que se dicten serán los siguientes: A. Suspensión de la Constitución de 1931. B. Cese del Presidente de la República y miembros del Gobierno. C. Atribuirse todos los poderes del Estado, salvo el judicial [...] D. Defensa de la Dictadura Republicana. Las sanciones de carácter dictatorial serán aplicadas por el Directorio sin intervención de los Tribunales de Justicia [...]»⁶.

Otro de los ideólogos del golpe de estado, el veterano general Guillermo Cabanellas, también dejó su testimonio sobre como se debía actuar en contra de los enemigos del Movimiento: «*Basta para ser eliminado, en una forma o otra, el haber votado a favor de los partidos del Frente Popular; el no*

³ El artículo 2.2 de la Ley 10/2009, de 30 de junio, sobre la localización e identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, y la dignificación de las fosas comunes, aprobada en el Parlamento de Cataluña, establece que “A los efectos de la presente Ley, se entiende por desaparición forzada de personas la aprehensión, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad de personas por parte de los poderes públicos o de organizaciones políticas o sindicales o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o a dar información sobre el destino o el paradero de dichas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la Ley”.

⁴ Para un estudio más detenido sobre los preparativos del golpe de estado y posterior represión se han publicado en los últimos meses dos estudios que de manera complementaria estudian estos hechos, conjuntamente con la represión en la zona republicana: ESPINOSA, Francisco. *Violencia roja y azul. España 1936-1950*. Barcelona: Ed. Crítica, 2010; PRESTON, Paul. *El holocausto español*. Barcelona: Ed. Base, 2011.

⁵ Instrucción reservada núm.1, reproducida en PÉREZ MADRIGAL, J. *Augurios, estallidos y episodios de la guerra civil (cincuenta días con el ejército del Norte)*. Ávila: Imp. Católica Sigiriano Díaz, 1936, pp. 291-292.

⁶ Instrucción reservada núm. 6. reproducida como todas las otras instrucciones del general Mola en PÉREZ MADRIGAL, J. *Augurios, estallidos y episodios de la guerra civil...*

concurrir a misa, el haber votado a favor de los partidos de izquierdas; permanecer a la masonería; no demostrar fervosa adhesión al nuevo Régimen [...]»⁷

Para llevar a cabo la persecución y represión de todos estos colectivos los golpistas utilizaron dos instrumentos: los bandos de guerra y, posteriormente, los consejos de guerra sumarísimos de urgencia. Los bandos de guerra que se aplicaron en los primeros meses de guerra sirvieron como argumento legal a los sublevados para llevar a cabo la represión y la desaparición indiscriminada contra los defensores de la legalidad republicana. Posteriormente, a partir de enero de 1937, la violencia extrajudicial fue dejando paso a la represión a través de la justicia militar⁸.

La aplicación del Bando de Guerra⁹ fue la fórmula bajo la cual se escondió la aniquilación del enemigo. Bajo su amparo, todo estuvo permitido. Durante los primeros meses de la guerra, miles de personas fueron ejecutadas sin juicio y desaparecieron en un descampado, en la cuneta de una carretera o en una fosa común.

La mayoría de bandos y proclamaciones del estado de guerra citaban como causa de muerte segura la tenencia de armas. Tras advertir que el restablecimiento del principio de autoridad exigía inexcusablemente que los castigos fueran ejemplares, por la seriedad con que se impondrían y la rapidez con que se llevarían a cabo, sin titubeos ni vacilaciones, aquellos bandos dejaban la puerta abierta a una aplicación más generalizada, con apartados tan laxos como los que a un amplio espectro de personas susceptibles de ser merecedoras de la pena capital. Quizá uno de los bandos que más claramente muestra el carácter de aquella represión es el que proclamó el general Queipo de Llano seis días después del golpe: «*Al comprobarse en cualquier localidad actos de crueldad contra personas serán pasadas por las armas sin formación de causa, las directivas de las organizaciones marxistas o comunistas que en el pueblo existan, y en el caso de no darse con tales directivos, serán ejecutados un número igual de afiliados arbitrariamente elegidos*¹⁰»

Las muertes eran perpetradas por grupos organizados formados por miembros de Falange, Acción Popular, Renovación Española, Requetés, etc., que con el consentimiento de las autoridades militares rebeldes, detenían y asesinaban a los que consideraban opositores al alzamiento.

En la mayoría de ocasiones, todas estas muertes no se las llegó a inscribir en el registro civil, y en los pocos casos que se hicieron, aparecían bajo la fórmula de «aplicación del bando de guerra¹¹». No obstante, lo que intenta destacar de esta etapa fue el alto número de personas que quedaron sin inscribir en los registros civiles de cuya muerte no ha quedado rastro alguno. Estas víctimas fueron las que a la larga, y hasta el día de hoy, se consideraron como desaparecidas.

⁷ CABANELLAS, Guillermo. *La guerra de los mil días: nacimiento, vida y muerte de la II República española*. 2 vol. Madrid: Ed. Heliasta, 1975 p. 841.

⁸ Según el testimonio de Antonio Bahomonde y Sánchez de Castro que, como delegado de Prensa y Propaganda de los rebeldes, recorrió los territorios de Sevilla, Málaga, Córdoba, Huelva, Cádiz, Granada y Badajoz, la represión que llevaron a cabo los rebeldes se podía dividir en tres etapas: «*En la represión hay que señalar tres etapas bien definidas. Primera: Fusilamientos en las calles, a las salidas de las carreteras y en las tapias de los cementerios, sin expediente ni trámite de ninguna clase [...] Esta época duró hasta principios de octubre de 1936. Segunda: En la que se instruía expediente a los detenidos, sin ser oídos la mayoría de veces. Las sentencias de muerte las firmaban las diversas autoridades encargadas de la represión, ya que ni aun para eso había unidad de criterio. Esta época duró hasta febrero del 37. Y la tercera que rige en la actualidad, en la que la parodia de unos Consejos de Guerra, ya prejuizados de antemano, quieren dar la sensación de justicia para acallar el rumor, cada vez más denso, que en torno a tantas vidas segadas se está levantando*». Bahomonde y SÁNCHEZ DE CASTRO, Antonio. *Un año con Queipo de Llano. Memorias de un nacionalista*. México: Ediciones Nuestro Tiempo, 1938 p. 81.

⁹ El 28 de julio de 1936 la Junta de Defensa Nacional con sede en Burgos decretó el Estado de Guerra total para el territorio español, lo que significaba que a partir de este momento todos los delitos civiles y militares quedaban sometidos al Código de Justicia Militar a través de los juicios sumarísimos.

¹⁰ Bando de guerra firmado por Queipo de Llano el 24 de julio de 1936. Citado por ARMENGOU, Montse; BELIS, Ricard. *Las fosas del silencio ¿Hay un holocausto español?* Barcelona: Plaza y Janés – Televisió de Catalunya, 2004 p. 123

¹¹ El propio régimen franquista, consciente de los problemas de toda índole que esta situación estaba creando, abrió una puerta a la inscripción de desaparecidos con el decreto núm. 67 de 10 de noviembre de 1936, que sirvió para que a partir de aquel momento, y hasta entrado los años cincuenta, se practicaran cientos de inscripciones diferidas. ESPINOSA, Francisco. *Informe sobre la represión franquista. Estado de la cuestión*.

El resultado de toda esta represión fue terrible. A día de hoy sabemos que las cifras de los asesinatos en la zona que quedó bajo control de los rebeldes superan ampliamente 80.000 muertes, acercándose a los 100.000. A pesar de que no disponemos de todos los datos, las que se han estudiado no dan lugar a ninguna duda:

Cuadro 1: número de represaliados por provincias durante la guerra.

Galicia	4.109 represaliados
Canarias	2.600
Aragón	9.395
Baleares	1.000
La Rioja	2.241
Andalucía	42.718
Extremadura	8.868
Asturias	5.952
Castilla y León	13.772
Navarra	3.000
Ceuta y Melilla	768
Total	94.423 ¹²

A partir de inicios de 1937 la encargada de ejercer la represión y decidir entre la vida y la muerte de los y de las inculpadas fue la justicia militar¹³. Como ya se ha expuesto anteriormente, la utilización de la justicia castrense a través de los consejos de guerra provocó que la figura del desaparecido se fuera desvaneciendo. Los hombres y las mujeres que eran juzgados, sin ninguna garantía jurídica, condenados a muerte y ejecutados, eran enterrados habitualmente en grandes fosas comunes de los cementerios donde tenían lugar los juicios, habitualmente capitales de provincia, dando lugar a que estas personas represaliadas no se las pudiera considerar como desaparecidas ya que todas ellas dejaron un rastro documental que nos permite saber la fecha, el lugar de la muerte y de su inhumación. Por estos motivos todos estos casos no se pueden considerar como desapariciones forzadas.

La institucionalización por parte de los sublevados de los consejos de guerra sumarísimos de urgencia, motivó la burocratización de todos los procesos que se abrieron. Este hecho nos ha permitido reseguir la represión ejercida a partir de la extensa documentación existente al respecto. El régimen fue extremadamente burocrático, y este hecho, permite a los investigadores y a los familiares seguir a través de los rastros documentales el fin de los hombres y mujeres ejecutadas en consejo de guerra. De esta manera se puede conocer y saber el número de personas ejecutadas y su destino final.

La aplicación de la justicia militar fue más allá del final de la guerra. Durante la posguerra la represión franquista no fue resultado de un momento extremo de pasión y odio, sino que fue fría, metódica y calculada. Un aspecto que se alargó año tras año, con el fin de ejemplarizar, con voluntad selectiva hacia los actos i/o ideas de los acusados. Esto hizo que fuera aún más incomprensible la ejecución de personalidades destacadas de la sociedad, dado que a quien más afectó la represión fue sobre todo a los que habían pertenecido a instituciones autónomas, republicanas y sindicales. Las víctimas, principalmente, provenían de tres grandes grupos: personas que habían ocupado cargos político-sociales durante la II República y los años de guerra; acusados de participación directa en hechos

¹² Datos obtenidos del estudio de PAGÉS, Pelai. «La represión franquista (1936-1939)», dentro de *II Coloqui Internacional del Memorial Democràtic*, celebrado en Barcelona el 11 de junio de 2010. Para

¹³ En algunos territorios – como el caso de Segovia – los primeros consejos de guerra se llevaron a cabo ya durante el año 1936. En otros casos, no se generalizó hasta los primeros meses de 1937. Ese fue el caso que quedaron bajo el control de la II División – la que desde el norte de África, pasando por Sevilla, avanzó hasta Badajoz – no fue hasta inicios del mes de abril de 1937 que todos los detenidos pasaron a disposición de la Jurisdicción Militar. Para un estudio más detallado de estos casos consultar: VEGA SOMBRIA, Santiago. *De la esperanza a la persecución. La represión franquista en la provincia de Segovia*. Barcelona: Crítica, 2005; Espinosa, Francisco. *La columna de la muerte. El avance del ejército franquista de Sevilla a Badajoz*. Barcelona: Crítica, 2003.

considerados de extrema gravedad, como delitos de sangre, vejaciones religiosas, etc. y personalidades destacadas a nivel local.

Los consejos de guerra sumarísimos de urgencia se mantendrían hasta los primeros meses de 1945. Podría parecer que el final de la guerra marca una separación pero realmente fue lo mismo; quizás la disminución del ritmo represivo iniciado en el 36 se perciba a partir de 1943. A finales de la década de los años 40 una tercera gran oleada represiva volvió a invadir el país, marcada por la eliminación de docenas de guerrilleros y de cientos de personas acusadas de servirles de apoyo.

Cuadro 2: número de represaliados por provincias durante la guerra y la posguerra:

Albacete	1.600 estudio parcial
Alicante	742
Almería	373
Asturias	5.952
Badajoz	7.603 estudio parcial
Baleares	1.300
Barcelona	1.716
Burgos	1.038 estudio parcial
Cáceres	1.680
Cádiz	3.071 estudio parcial
Canarias	2.000
Cantabria	2.535
Castellón	1.052
Castilla y León	14.660
Ceuta y Melilla	768
Ciudad Real	1.614 estudio parcial
Córdoba	9.579
Galicia	3.588
Girona	519
Granada	5.048
Huelva	6.019
Huesca	1.519
Jaén	3.040
La Rioja	2.241
Las Palmas	1.000
Lleida	450
Madrid	2.663 estudio parcial
Málaga	7.000 aprox.
Murcia	177 estudio parcial
Navarra	3.240
País Vasco	1.900
Palencia	359 estudio parcial
Salamanca	284 estudio parcial
Sevilla	11.694
Tarragona	703
Tenerife	1.600
Teruel	1.340
Toledo	3.826
Valencia	3.128
Valladolid	3.430
Zaragoza	6.029

Total

129.472¹⁴

A pesar de que la herramienta principal de la represión continuó siendo el consejo de guerra, el régimen franquista reaccionó ante las presiones internacionales y el 1959 promulgó la Ley de Orden Público, con la que se podía declarar el estado de excepción y detener masivamente, además de crear el Tribunal de Orden Público (TOP) el año 1963 para represaliar los delitos políticos. A pesar de estos cambios, la represión continuó siendo terrible y las ejecuciones arbitrarias continuaron siendo habituales, tal como demuestran los casos de Julián Grimau, de Francisco Granados y Joaquín Delgado en 1963; la muerte, en extrañas circunstancias de Enrique Ruano, en 1969; o la ejecución por garrote vil de Salvador Puig Antich y Heinz Chez el 1974. Finalmente, el septiembre de 1975, se ejecutaron las últimas condenas a muerte de dos integrantes de ETA y tres del FRAP.

La represión fue sin ninguna duda la característica principal que definió a la dictadura franquista durante los casi cuarenta años que se mantuvo en el poder. Des del primer momento utilizó la violencia para eliminar a sus opositores y consolidarse en el poder. Y no dudó en utilizarla hasta los últimos días de su existencia.

3. Los límites de la Transición a la Democracia. La Ley de Amnistía Política.

Como resultado de la muerte del dictador —el 20 de noviembre de 1975— se abrieron nuevas posibilidades para el cambio político en España. Con el objetivo de aprovechar estas posibilidades, la oposición antifranquista dio un salto cuantitativo y cualitativo, y salió a la calle para ocupar el espacio público. El nuevo régimen monárquico, con Juan Carlos I como jefe de Estado de un sistema político aun antidemocrático y heredero de la dictadura, intentó frenar los ánimos democratizadores con pequeñas reformas, a iniciativa del presidente del gobierno Arias Navarro, las cuales gracias a la presión popular fracasarían.

Un ejemplo de todo esto fueron las importantes manifestaciones a favor de la amnistía del 1 y 8 de febrero de 1976 en Barcelona. Con la ocupación de la calle por parte de la oposición, la famosa frase que formuló Manuel Fraga, como ministro de Gobernación del gobierno Arias Navarro, de que “la calle es mía”, quedaba totalmente desacreditada.

Ese mismo año 1976 se produjeron multitudinarias manifestaciones en diversas poblaciones catalanas, así como, en otras ciudades del Estado, como Madrid y Vitoria. La salida a la luz de la oposición demostraba que en las grandes ciudades la dictadura se encontraba totalmente deslegitimada, lo que significaba que al franquismo, o lo que quedaba de él, ya no tenía mucho recorrido.

A pesar de todo, el régimen franquista aun disponía de instrumentos represivos para alargar considerablemente su agonía. La mejor prueba del límite del proceso de cambio democrático la tenemos en la huelga del 12 de noviembre de 1976, convocada por una coordinadora sindical integrada por CCOO, Unión Sindical y la UGT. La protesta no consiguió alcanzar los objetivos previstos y poco después, con el referéndum del 15 de diciembre de 1976 para la aprobación de la Ley de Reforma Política que, a pesar de la llamada a la abstención que realizaron las fuerzas democráticas, recibió el apoyo de la mayoría de los ciudadanos. Todo esto puso de manifiesto las virtudes y las carencias del movimiento opositor. Un movimiento que había luchado y deslegitimado la dictadura, que había hecho caer el primer gobierno de la monarquía en julio de 1976 y que había impuesto una agenda democratizadora al segundo gobierno de la transición, encabezado por Adolfo Suárez; pero que, y a pesar de su fuerza, no fue capaz de dirigir el proceso de cambio político a través de un gobierno provisional integrado por fuerzas antifranquistas. El cambio sería dirigido por un gobierno monárquico heredero del anterior régimen político, que aplicaría las reformas democráticas (el año 1977 partidos y sindicatos serían legalizados, y se convocaron elecciones generales que dieron pie a la realización y posterior aprobación de la Constitución española de 1978). Todo esto supuso la desaparición de la

¹⁴ Datos recogidos por ESPINOSA, Francisco. *Informe sobre la represión franquista...* Cuadro 1.

dictadura franquista, pero al mismo tiempo la supervivencia política de sus representantes, que continuaron conjuntamente con los representantes de la antigua oposición antifranquista dentro de la nueva democracia.

Fruto de la debilidad que mostró la oposición antifranquista durante los años de la transición se situaría también el tema del olvido de las víctimas de la represión franquista y la aprobación de la Ley de Amnistía. La política de olvido del franquismo no podía seguir marginando a la España vencida en la guerra y represaliada por el dictador. Por ello, desde el primer momento se alzaron voces a favor de la amnistía, y se realizaron manifestaciones para solicitar su aplicación. Pedían suspender los juicios incurso por el régimen franquista que estaban pendientes; en suma, la rehabilitación del vencido. La amnistía para los vencidos y víctimas del régimen suponía poner en marcha procesos de lucha contra el olvido y la exclusión, de recuperar el recuerdo de los condenados, silenciados, represaliados o ausentes. También supuso la acción de borrar la causa de la inculpación. Y, finalmente, la rehabilitación y compensación de las víctimas – la amnistía, propiamente dicha -, y en cuanto a la justicia y el juicio para los verdugos, o en todo caso, la amnistía y el perdón. Por estos derroteros podría llegarse a la reconciliación, que tan invocada fue en la transición española¹⁵.

Todas las organizaciones de la oposición antifranquista, la Junta Democrática y la Plataforma de Convergencia Democrática, llevaban en sus programas la demanda de amnistía absoluta y la liberalización de presos políticos y sindicales. En el manifiesto conjunto de Coordinación Democrática, fruto de la unión de ambas organizaciones, se insistía de nuevo en la necesidad de la amnistía.

Pero a parte de este discurso, también se iba tejiendo otro de paralelo en una parte importante de la sociedad que no había participado en la Guerra Civil, que pedía el fin del conflicto civil y, con él, una amnistía mutua y la reconciliación. Como afirma Santos Juliá, la reconciliación vino a ser el gran relato que sustituyó a otro gran relato que se había impuesto hasta el momento, el de la guerra civil como inútil matanza fratricida. Aquella liquidaba todos los grandes relatos¹⁶.

El proceso de amnistía de las víctimas condenadas por el franquismo fue temprano, paralelo al proceso constitucional, intenso, difícil, y no aceptado por toda la sociedad española. La coronación del Rey, una semana después de la muerte de Franco, fue acompañada de un primer indulto, con lo que se pretendió vincular la nueva monarquía con el concepto de reconciliación¹⁷.

De modo que el indulto general con el que Juan Carlos de Borbón abrió su reinado sirvió como acicate a la reclamación de amnistía que dio origen a una permanente movilización durante el primer semestre de 1976: colegios de médicos y de abogados, rectores de universidad, jueces y fiscales, ayuntamientos, asociaciones de vecinos, incluso la conferencia episcopal; no hubo ningún partido, ningún organismo unitario, ningún sindicato, que no reivindicara en sus programas y en sus convocatorias la amnistía total como primer requisito para avanzar hacia la democracia. El clamor por la amnistía lo llenaba todo y se convertía en una demanda permanente: unidad, amnistía y estatuto de autonomía¹⁸ fueron las consignas repetidas una y mil veces en las decenas de manifestaciones convocadas hasta la dimisión/destitución de Carlos Arias como presidente del gobierno.

¹⁵ CUESTA, Josefina. «Recuerdo, silencio y amnistía en la transición española y en la democracia española (1975-2006). *Estudios de historia contemporánea*, núm. 25, Salamanca, 2007 p. 134.»

¹⁶ JULIÁ, Santos. *Historia de las dos Españas*. Madrid: Ed. Taurus, 2004 p. 437.

¹⁷ Este primer indulto general de la monarquía podría entenderse como último de la dictadura, muy pródiga en la utilización de esta figura. Por lo que se refería a presos políticos, y aunque cerca de 700 fueran excarcelados, la eficacia del indulto era nula mientras no se despenalizaran los “delitos” por los que habían sido condenados: son numerosos los casos de trabajadores de Comisiones Obreras, UGT y USO detenidos por la policía, encarcelados o multados por participar en reuniones no autorizadas, repartir propaganda o realizar alguna pintada. Todavía a principios de abril de 1976, Manuel Fraga, ministro de la Gobernación, ordenó la detención de varios dirigentes de la oposición democrática “tras una reunión donde se han montado esquemas claramente subversivos”, y un año después, con Suárez en la presidencia del Gobierno, la represión policial del Primero de Mayo se saldó en más de doscientos heridos y varios cientos de detenidos.

¹⁸ Este fue el lema con el que la Asamblea de Cataluña logró una importante movilización de la sociedad desde el inicio de la década de los 70.

Dos importantes leyes de amnistía se sucedieron los dos años siguientes. En julio de 1976 el Gobierno de Suárez concedía la primera amnistía¹⁹. En el entorno del movimiento para amnistía, esta primera medida fue bien acogida como un primer paso de superación de la guerra, aunque por el contrario también se consideraba muy limitada o insuficiente. El 14 de octubre de 1977, el Parlamento nacido de las elecciones de junio aprobaba una nueva Ley de Amnistía, ésta de mayor amplitud²⁰. Desde el punto de vista jurídico, la amnistía acogía tanto las personas que habían sido objeto de instrucción o no, de condena o no, de sanciones o no, que hubieran cumplido penas de prisión o no, y consideraba que los hechos imputables no eran delito. En definitiva, no había perdón porque no había delito, porque nunca hubiera tenido que ser considerado delito. Así, los beneficiarios podían exigir su rehabilitación e incluso una indemnización económica por los daños ocasionados.

La ley de Amnistía solo tuvo dos “agujeros negros” que quedaron sin ser recogidos: los militares de la Unión Militar Democrática y las personas acusadas de haber colaborado en la interrupción voluntaria de un embarazo. Estos dos aspectos demuestran el poder e influencia que tenían todavía en esos momentos dos instituciones como eran el Ejército y la Iglesia.

La Ley de Amnistía cerraba, jurídicamente, la división entre vencedores y vencidos que se había impuesto durante 40 años. Puso fin a una Guerra Civil y no solo a una larga dictadura. La amnistía el programa de aquellos que ofrecieron un proyecto de convivencia colectiva para todo el mundo. A pesar de todo esto, las críticas a la ley no se hicieron esperar, las cuales han llegado hasta nuestros días. Para muchos sectores se trataba de una ley de punto y final y de obediencia debida que, con la excusa de sacar de la cárcel a los presos políticos antifranquistas, libraba de sus delitos a miles de personas adictas al régimen.

Gracias a la ley, las autoridades y personas vinculadas al franquismo y a sus delitos conquistaban dos impunidades. Por un lado, la impunidad jurídica: ninguno de ellos tendrían que responder ante la justicia por sus violaciones de derechos humanos o por delitos de índole económica. Por otro lado, la impunidad política los partidos con representación parlamentaria acordaron poner a cero el contador de la justicia histórica y no hacer causa de la memoria la represión de la dictadura²¹.

4. Antecedentes judiciales a los autos de Garzón

Antes de que el magistrado Baltasar Garzón se interesara por los desaparecidos de la Guerra Civil y la dictadura franquista, hubo una serie de jueces que actuaron sobre estos hechos mucho antes de que se publicara el primer auto.

En julio de 2002, sin que se viera cercana una Ley sobre la llamada Memoria Histórica, la jueza del único juzgado de primera instancia de instrucción de Villablino (León), la magistrado María del Carmen Santos González, admitió a trámite la denuncia de un grupo de personas que aseguraban que sus familiares, 37 hombres, desaparecidos en 1937 a manos de falangistas estaban enterrados en una fosa común en la localidad de Piedrahita de Babia, a la que corresponde el juzgado de Villablino. Esta jueza fue pionera en facilitar a los familiares el camino para la recuperación e identificación de los restos de sus seres queridos, dando lugar a la primera exhumación de una fosa de la Guerra Civil de manera científica en España.

El nombre de Rosa María Serreta pertenece también a la discreta lista de los togados que permitieron la identificación de desaparecidos en la Guerra Civil. Era titular del juzgado de primera instancia e

¹⁹ El propósito del nuevo gobierno consistía en “amnistiar todos los delitos ejecutados con intencionalidad político social, en tanto no afectasen a bienes como la vida y la integridad corporal”. No comprendía, pues, a diferencia del indulto, a los presos comunes. Quedaron excluidos también todos los delitos de intencionalidad política que hubieren “puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas”. A esa exclusión se añadió, a propuesta del juez de delitos monetarios, a todos los que hubieran puesto en peligro el patrimonio de la nación por algún delito de esa índole, como el contrabando o la evasión de divisas. Finalmente, las presiones de altos mandos militares introdujeron en el texto una nueva salvedad: los militares a los que se aplicare la amnistía no serían reintegrados en sus empleos ni carreras, de las que habrían de seguir definitivamente separados.

²⁰ Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 248, 17 de octubre de 1977. Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

²¹ GÓMEZ IZA, Felipe (dir.) *El derecho a la memoria*. Alaba: Alberdamia Editorial, 2006 p. 572.

instrucción único de Sahún (León), en julio de 2007, cuando abrió diligencias ante la aparición de restos humanos en una fosa común en Gordaliza del Pino, localidad de su partido. Eran los esqueletos de cinco vecinos de la cercana localidad de Grajal de Campos, que habían sido fusilados entre septiembre y noviembre de 1936 por falangistas.

En Berzival de Zapardiel (Ávila), el juzgado de instrucción número uno de Arévalo abrió diligencias ante la aparición de los restos de cuatro cuerpos en una fosa en septiembre de 2003.

Más al sur, el magistrado Julio Álvarez Merino, titular del juzgado de instrucción uno de Talavera de la Reina (Toledo) se implicó, en agosto de 2003, en la exhumación de la fosa común de la localidad de toledana de Pepino, donde se encontraban los restos de once varones asesinados por los sublevados.

Al comienzo del verano del 2003, Jesús Marina, titular del juzgado de Instrucción núm. dos de Segovia, tramitó la identificación de los restos de cinco personas hallados en la fosa de Otero de Herreros.

Todos ellos, como acabamos de ver, sentaron precedente al mostrar que la vía judicial podía y debía actuar para satisfacer la petición de los familiares a saber la verdad sobre el destino final de sus familiares desaparecidos durante los años de Guerra Civil.

5. Dos autos para la Historia

El 28 de agosto de 2008 el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional²² dictó una providencia (Diligencias Previas Proc. Abreviado 399/2006 V) por la que requería documentación a las entidades denunciadas, “sobre las personas responsables que estén practicando las exhumaciones de víctimas de desapariciones forzadas”, y a diversas instituciones (la Abadía Benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos; los ayuntamientos de Granada, Córdoba, Sevilla y Madrid; el Centro Documental de la Memoria Histórica; el Ministerio de Defensa y la Conferencia Episcopal Española, entre otros), “relacionada con desaparecidos a partir de julio de 1936, como consecuencia directa del denominado “alzamiento nacional” y la situación de Guerra Civil que provocó y la posguerra bajo el mandato del nuevo régimen de España.” De este modo, Garzón pretendía reunir datos sobre el número de víctimas y la naturaleza de los hechos denunciados, y en base a los mismos, por auto de 16 de octubre de 2008, dispuso “aceptar la competencia” para tramitar la causa derivada de aquellas denuncias. Con ello desoía el dictamen del Fiscal de la Audiencia de 29 de enero de 2008, que al considerar improcedente dicha admisión a trámite propició la presentación de un escrito de oposición de las partes constituidas en la causa, que defendieron la calificación jurídica de genocidio.

La repercusión del auto de 16 de octubre de 2008 trascendió con creces el ámbito estricto de lo jurídico, dada su alta carga simbólica. Su contundente redactado generó un revuelo notable en la opinión pública, en un contexto en que muchos discutían vivamente las responsabilidades, nunca depuradas, por los crímenes de la dictadura (entre la presentación de las denuncias y el auto del exjuez las Cortes Generales habían aprobado la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, “de la Memoria Histórica”,²³ de 26 de diciembre de 2007, cuyas disposiciones sobre desaparecidos y fosas comunes nunca han satisfecho plenamente las demandas de las asociaciones de víctimas del Franquismo).

Leído con la perspectiva del tiempo, podemos afirmar que el auto de octubre de 2008, muy atípico, constituye un documento histórico de gran interés. En sus primeros razonamientos jurídicos se expone que los hechos denunciados “nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española”, y que por tanto “la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad (artículo 607 bis del Código Penal).” Asimismo, se anuncia que la acción del Juzgado se desarrolla con el máximo respeto para todas las víctimas, sin

²² Según se afirma en la página 121 del auto dictado por Garzón el 18 de noviembre de 2008 – Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E –, el asunto no entró en la jurisdicción del Juzgado de forma buscada, sino aleatoriamente, por riguroso turno de reparto hecho por el Decano.

²³ 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 (BOE nº. 310 de 27 de diciembre de 2007).

distinción por adscripción política, ideológica, religiosa o de otra clase, y se advierte que el procedimiento trata de investigar la desaparición forzada de personas, no de promover una causa general similar a la que se llevó a cabo entre 1940 y 1945 para las víctimas del “terror rojo”, de cuyas tareas de localización e identificación se excluyó a los vencidos. La investigación planteada, según se precisa, abarca el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y 1952, cuando miles de personas sufrieron los efectos de los Bandos y los Consejos de Guerra, entre otros medios de represión.²⁴

El texto alude a los primeros decretos militares que dictaron la anulación de normas básicas del estado de derecho proclamado por la Constitución de la II República, y cita graves alegatos de los generales golpistas que, en los albores del alzamiento, incitan al terror y anuncian la intención implacable de aniquilar a sus oponentes. Sobre esta base, y con abundantes referencias historiográficas, el magistrado constata que la insurrección armada fue una decisión planeada para acabar con la forma de Gobierno de España y con los que ostentaban altas responsabilidades en el mismo, y que el “alzamiento” fue el instrumento para perpetrar, en forma sistemática y por motivos ideológicos, miles de detenciones ilegales sin dar razón del paradero de la víctima (desapariciones forzadas), torturas, tratos inhumanos y asesinatos, forzando a su vez el exilio de millares de personas.

La investigación judicial pretende concretar la realidad de los hechos para individualizar las conductas y sus responsables, resolviendo sobre la extinción de su posible responsabilidad penal en caso de haber fallecido. El juez estima necesario responder procesalmente la acción iniciada, pues todavía se desconoce el paradero de miles de personas (bien porque fueron desaparecidas o bien porque, habiendo sido ejecutadas, no se sabe donde se hallan los cuerpos que fueron inhumados en lugares sin identificación alguna), y cree que sólo con su búsqueda y localización cesará la comisión del “delito permanente de detención ilegal, sin ofrecer razón sobre el paradero de la víctima, en el marco de crímenes contra la humanidad.” Dicha calificación jurídica se defiende a la luz de un amplio elenco de tratados y principios, como la Convención de Ginebra de 1864; las convenciones de la Haya de 1899 – “Cláusula Martens”-²⁵ y 1907; los principios de Nuremberg o el Convenio de Ginebra, de 1949, entre otras muchas referencias de Derecho Internacional que se consideran vinculantes para las normas del ordenamiento jurídico español de distintas etapas históricas.

En la parte central del auto se incluye una lista extraída de los datos aportados por las partes de la acusación, desglosada por comunidades, que arroja un número total de 114.266 víctimas desaparecidas en todo el territorio del Estado durante el período estudiado. Una cifra provisional pendiente de análisis y actualización. A continuación, se da noticia de la composición de las sucesivas juntas militares y gobiernos que, junto con la Falange y otras estructuras paramilitares, coordinaron y dirigieron la acción represiva del nuevo régimen. Los nombres relacionados (Francisco Franco Bahamonde, Gonzalo Queipo de Llano y Sierra, o Ramón Serrano Súñer entre muchos otros) se presentan como los de los principales responsables de un “plan sistemático de exterminio dilatado en el tiempo.”

El 7º razonamiento jurídico y los siguientes son esenciales para la fundamentación del auto, ya que afrontan “los principales escollos que se plantean en el caso”: 1. La irretroactividad de la ley penal, 2. La permanencia delictiva de los hechos, 3. La posible aplicación de la Ley de Amnistía, 4. La

²⁴ No obstante, en la página 31 del auto se matiza que “el hecho de acotar el ámbito de esta investigación en el período reseñado (1936-1951) no excluye otros casos, siempre que se demuestre que los mismos no son hechos aislados, asimismo delictivos, sino que se hallaban integrados en el plan sistemático de desaparición, objeto de investigación en esta causa.”

²⁵ La cláusula de Martens forma parte del derecho de los conflictos armados desde que apareció en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y establece que “mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”. Fue ratificada por España y apareció publicada en la Gaceta Oficial del Estado de 22 de noviembre de 1900, dentro de los Convenios y declaraciones estipuladas en la Conferencia Internacional de la Paz celebrada en la Haya. Nunca dejó de estar vigente para España.

competencia del Juzgado y de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, 5. La identificación de los posibles responsables y 6. La identificación de las víctimas. En esta parte se desarrolla una compleja argumentación que enlaza diversa jurisprudencia²⁶ con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los artículos 474 a 476 del Código Penal de 1932 (y 163 a 168 del vigente) y la resolución 95 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946. Con ese trasfondo, se concluye que las circunstancias que convierten un delito en crimen contra la humanidad - artículo 607 bis. 1 del Código Penal vigente -²⁷ plantean la cuestión de su imprescriptibilidad, y que “aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal.” A su vez, se remarca que los hechos delictivos estaban descritos y penados en el Código Penal de 1932, se perpetraron en un contexto de crímenes contra la humanidad (por su naturaleza sistemática y generalizada) e integran un delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero de las víctimas que seguirá cometiéndose hasta que se encuentren sus cuerpos. La inexistencia hasta la fecha de una investigación policial o judicial sobre los hechos confirma la permanencia del delito.²⁸

Por otra parte, se considera que la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, no es aplicable a los hechos que, según el derecho penal internacional, son crímenes contra la humanidad, tal como se deduce de la jurisprudencia de órganos como el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuyas resoluciones hay que poner en relación con el Convenio para la protección de los DDHH y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966; la Convención contra la tortura, de 1984; el artículo 62 de la Constitución española, que prohíbe los indultos generales a partir de su entrada en vigor; la Convención de la ONU sobre desaparición forzada de personas, de 26 de diciembre de 2006; o los principios generales para combatir la impunidad – 61ª sesión de la Comisión de DDHH de la ONU, 8 de febrero de 2005). Cualquier ley que pretendiese un indulto general para los perpetradores de los crímenes a investigar sería nula de pleno derecho, dado que las normas y principios de Derecho Internacional sobre protección de derechos humanos, a cuya luz hay que interpretar la Ley de Amnistía, vinculan al legislador español. Además, hay que tener en cuenta que, según lo razonado, el delito sigue cometiéndose, y la permanencia delictiva de los hechos evita que les sea de aplicación una medida limitada a lo acontecido antes del 15 de diciembre de 1976 (artículo 1.a) de la Ley de Amnistía).

La atribución de competencia al Juzgado Central de Instrucción nº 5 y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se resuelve en base a distintos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial (65.1a) y 88), junto con otros preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal.

²⁶ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000 (expolio de bienes a personas leales al gobierno republicano) y de 1 de octubre de 2007 (caso Scilingo), así como la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, fijada en las sentencias de 22 de marzo de 2001 –RDA; 10 de mayo de 2001 –Chipre contra Turquía, y 8 de julio de 2004 –caso Ilascu vs. Moldavia y Rusia, entre otras.

²⁷ “Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1. Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. 2. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.”

²⁸ “Oficialmente nunca ha existido una investigación policial o judicial de los hechos y con todo ello se confirma la permanencia del delito, tanto para el ámbito de la detención ilegal/desaparición forzada de las víctimas afectadas y sus familiares que ostentan la misma categoría, como para la catalogación de esa misma conducta como delito de torturas (artículos 173 a 177 del Código Penal) según la jurisprudencia del TEDDHH, con lo cual la posible prescripción del delito no habría comenzado siquiera su período de descuento.” (Página 40 del auto de 16 de Octubre de 2008, del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional). También es interesante lo dicho en la página 42: “El suplicio para los familiares de los desaparecidos ha sido permanente porque no supieron si las víctimas fueron ejecutadas, desaparecidos o si estaban vivos o muertos, lo que les convierte asimismo en víctimas, hasta el día de hoy o en el momento del hallazgo. Esto supone una violación continuada del artículo 3 (“*Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”), de la Convención (STEDDHH de 10 de Mayo de 2001, Chipre contra Turquía).”

Garzón argumenta que, en conexión con el delito producido –muerte sistemática, desaparición forzada (detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad-, concurrió un delito contra los altos organismos de la Nación y la forma de gobierno, y que la valoración conjunta de ambos delitos (doctrina del Tribunal Supremo) determina que la AN sea el órgano competente para conocer de la discutida causa.

Con respecto a la identificación de los posibles responsables, se considera que algunos de ellos podrían seguir vivos, aunque se sabe que los que lo fueron en grado alta responsabilidad ya murieron. No obstante, aún en caso de declararse oficialmente la extinción de su responsabilidad (por fallecimiento), las víctimas tienen un derecho inalienable a la verdad y a conocer los lugares de inhumación de sus familiares, así como el Estado la obligación de investigar los hechos y tomar las medidas adecuadas. Según los principios reconocidos en la resolución 60/147 de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, para víctimas de violaciones graves de DDHH, aquellas tienen derecho “a la verdad, al debido proceso, a la reparación y a las garantías de no repetición.” Su acceso a la acción penal, compatible con la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (artículo 4.1 y disposición adicional 2ª), hace posible el derecho a la memoria, de ámbito y contenido internacional.

Finalmente, en la parte dispositiva del auto se acepta la competencia para la tramitación de la causa y se dispone que se curse oficio a los registros civiles para que aporten certificado de defunción de 35 individuos - lista encabezada por Francisco Franco Bahamonde - que integraron las juntas militares rebeldes y los primeros gobiernos del nuevo Estado, a fin de poder declarar oficialmente la extinción, por fallecimiento, de su responsabilidad. A los mismos efectos, se decide reclamar al Ministerio del Interior los datos identificativos de los máximos dirigentes de la Falange en el período en cuestión. También se dispone la formación de un grupo de expertos designados por las partes para dictaminar sobre el número, lugar, situación e identificación de las víctimas del período estudiado, cuyos miembros finalmente no tuvieron tiempo de realizar su cometido,²⁹ así como la de un grupo de Policía Judicial para acceder a cualquier registro y actuar en coordinación con el grupo de expertos. Por último, el juez autoriza el inicio o continuación de las peticiones de exhumaciones deducidas de la causa, bajo la supervisión y dirección de los juzgados territorialmente competentes (a los que se debía cursar los exhortos correspondientes), y con el auxilio el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y de otras instituciones. Las diligencias habían de practicarse con la mayor urgencia.

Resulta obvio que el auto dictado en octubre de 2008, cuya síntesis hemos tratado de exponer, iba a traer importantes consecuencias. Como se sabe, la recuperación de un sistema de libertades homologable a las democracias europeas se logró al precio del silencio institucional sobre lo sucedido y la impunidad de los perpetradores. Así lo impuso la correlación de fuerzas. El discurso oficial promovió una “reconciliación” sin responsabilidades que permitió la continuidad de muchos elementos franquistas en las estructuras de la nueva monarquía parlamentaria. La transición política, que jurídicamente tuvo en Ley de Amnistía su clave de bóveda, dejó al margen los derechos de los represaliados y condenó al olvido a muchas personas, a pesar del supuesto carácter modélico de aquel proceso. Por tanto era previsible que el intento de abordar el tabú de la represión franquista desde uno de los poderes del Estado desencadenase la reacción acontecida.

A raíz de la publicación del auto se sucedieron distintos actos y resoluciones judiciales, con incidente de competencia incluido, que expresan el pulso librado entre el ex magistrado y el Ministerio Fiscal,³⁰

²⁹ En cumplimiento del auto, a finales de octubre de 2008 los familiares de los desaparecidos y las asociaciones para la recuperación de la memoria histórica eligieron a los 5 especialistas – los historiadores Julián Casanova, Francisco Espinosa y Queralt Solé, y los médicos forenses Francisco Etxebarria y Manuel Escarda – que junto con las 2 personas designadas por el juez – los juristas Carlos Jiménez Villarejo y Antonio Doñate – debían integrar el grupo que asistiera al magistrado en la localización y la identificación de víctimas de la Guerra Civil y la dictadura. Sin embargo, el grupo apenas tuvo ocasión de celebrar alguna reunión antes de que la investigación impulsada por Garzón quedase paralizada.

³⁰ Entre las actuaciones que reflejan el primer momento de esta pugna se pueden citar las de 17 de octubre de 2008, por la que el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional acordó la transformación de las diligencias previas en sumario (procedimiento ordinario), y 20 de octubre de 2008, cuando el Ministerio Fiscal formuló recurso de apelación ante la

resuelto a favor de éste último cuando - el 7 de noviembre de 2008 - el pleno de la Sala de lo Penal de la AN ordenó suspender cautelarmente la práctica de toda diligencia sobre exhumaciones de fosas, y acordó - el 2 de diciembre de 2008 - declarar la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional (constando el voto particular discrepante de tres magistrados y el voto particular concurrente de otro magistrado). Con anterioridad - el 18 de noviembre de 2008 - Garzón había dictado un muy extenso auto de inhibición en favor de los juzgados de instrucción de las localidades afectadas, que complementa el ya examinado e introduce, entre otros elementos de interés, la cuestión de “Los niños perdidos del Franquismo.” Por su insólito contenido, merece un comentario específico.

El auto de 18 de noviembre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional sirve en primer lugar para que el instructor se ratifique y abunde en la tipificación de los hechos como delito de consumación permanente –con efectos jurídicos actuales- de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima (desaparición forzada) en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con un delito contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno. Garzón refuerza la fundamentación de dicha calificación jurídica insistiendo en numerosas referencias normativas (la Constitución de 1931, la cláusula Martens o el Pacto Brian-Kellog de 1928 entre muchas otras) y jurisprudenciales (sentencias del TEDDHH de 15 de noviembre de 2001 –caso Papon contra Francia; de 22 de marzo de 2001 – caso Estralez y otros contra Alemania; y 17 de enero de 2006 – Kalk contra Estonia) que indican que la legalidad penal internacional sobre crímenes de lesa humanidad, de origen consuetudinario y cristalizada en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg (1948), es de *ius cogens* e impone, con eficacia *erga omnes*, deberes para los Estados. Particularmente reafirmada resulta la obligación estatal de investigar los hechos, procesar y castigar a los culpables si todavía están vivos y resarcir a sus víctimas (Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales, y sentencias del TEDDHH de 27 de julio de 2006 –Ihsan Bilgin contra Turquía y 4 de abril de 2006 – Korsakov contra Moldavia). Sobre este punto se subraya que el esclarecimiento de las circunstancias relacionadas con las violaciones de derechos humanos no debe recaer en las propias víctimas.

Asimismo, el magistrado se enzarza en una amplia discusión de los argumentos esgrimidos por el Ministerio Fiscal de la Audiencia Nacional en contra de la investigación impulsada. Concretamente, destaca la incoherencia que se da entre su posicionamiento en la causa y el mantenido con respecto a las Diligencias Previas nº 211/2008 -Juzgado Central de Instrucción nº 2, el 14 de julio de 2008 (contra Leprich, Tittjung, Kumpf y Demjanjuk)-, en un caso relacionado con el nacionalsocialismo. También cita íntegramente un recurso de súplica de 10 de junio de 2008 en que el Fiscal del Tribunal Constitucional, a raíz de la denegación de la apertura de una fosa de la Guerra Civil en Córdoba, sostiene una tesis diametralmente opuesta a la del Fiscal de la Audiencia Nacional,³¹ y subraya la inseguridad jurídica que supone dicha discordancia. Incidiendo en estas contradicciones del ministerio público, el instructor niega nuevamente la prescripción de los hechos y la aplicación de la Ley de Amnistía, y cita en apoyo de su criterio la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 27 de octubre de 2008 (94 período de sesiones).³²

Sala Penal de la Audiencia Nacional para que se revocase el auto de 16 de octubre de 2008 y se declarase su nulidad de pleno derecho y la incompetencia del órgano judicial por infracción de normas de competencia objetiva y funcional.

³¹ Páginas 97 a 117 del auto dictado por Garzón el 18 de noviembre de 2008 – Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E –.

³² “Aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, preocupa al Comité el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala a la atención del Estado parte sus Observaciones generales Nº 20 (1992), relativas al artículo 7, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto, y Nº 31 (2004), sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. El Comité, aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte en el sentido de que la Ley de la memoria histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos, toma nota también con preocupación de las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas. **El Estado parte debería:** a) **Reconsiderar la derogación de la Ley de amnistía de 1977;** b) Tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales; c) Prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los

No obstante, el aspecto de mayor interés en el auto mencionado, sin perjuicio del debate doctrinal sobre cuándo se produce el tipo de detención ilegal, importante para el cómputo de la prescripción, consiste sin duda en la ampliación que se da al concepto de víctima de las desapariciones forzadas, al incluir, junto a las personas que previsiblemente están muertas, a aquellas que pueden estar vivas y durante su infancia fueron sustraídas de sus madres naturales. Se trata del caso de “Los niños del Franquismo”, categoría no siempre empleada con rigor por parte de los medios. Garzón se hace eco de la Recomendación 1736 (2006) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre la necesidad de una condena internacional del régimen de Franco (puntos 65 y 72-75), para introducir en su nuevo auto datos de la represión franquista que no se explicaron en el de 16 de octubre de 2008. Se trata por ejemplo de la práctica de experimentos psiquiátricos con presas/os para identificar “genes rojos”, bajo la dirección y las tesis aberrantes de Antonio Vallejo Nájera; y, fundamentalmente, del fenómeno de los hijos de reclusos/as a los que se cambió el nombre y los apellidos para que fueran adoptados por familias adictas al régimen, o bien enviados a instituciones del nuevo Estado que los alejaron de sus familias. Así como el secuestro o repatriación forzada de hijos de refugiados en el extranjero, bajo la dirección de los servicios exteriores de Falange. Todos ellos entran de lleno en la categoría de víctimas del Franquismo, aunque su verdadera identidad personal, falseada documentalmenete, sea muy difícil de determinar.

Con el apoyo de las principales referencias historiográficas en la materia,³³ el instructor da noticia del complejo entramado normativo (Orden de 30 de marzo de 1940, Decreto de 23 de noviembre de 1940 y Ley de 4 de diciembre de 1941, sobre niños abandonados y repatriados) y de las múltiples complicidades burocráticas y sociales que fueron necesarias para acometer una asignación arbitraria de filiación e identidades que pudo haber perjudicado a decenas de miles de personas. Bajo el pretexto de garantizar su protección, y a fin de expiar los pecados de sus progenitores, numerosas personas perdieron su identidad y fueron objeto de malos tratos físicos y psicológicos, tal como atestiguan los relatos citados en el auto, varios de ellos estremecedores.

En último lugar, el magistrado dispone declarar extinguida la responsabilidad penal (por fallecimiento acreditado) de 45 individuos (los 35 que integraron las primeras juntas militares de los sublevados y las primeras formaciones de Gobierno del nuevo régimen, con el general Franco en primer lugar, más los principales dirigentes de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS). En base a esta constatación, y de acuerdo con los artículos 21, 23, 65 y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acuerda la inhibición del Juzgado de Instrucción Central nº 5 de la Audiencia Nacional a favor de los juzgados de instrucción de las localidades a los que pertenecen los lugares de las fosas identificadas.

6. El olvido de la memoria.

Con la inhibición del juez Garzón no se acabó con la polémica sobre la investigación de los crímenes del franquismo. En mayo de 2009, el Tribunal Supremo admitió una querrela contra Garzón porque en su intento de investigar los crímenes del franquismo se habría excedido en sus competencias³⁴. En abril de 2010, el Tribunal Supremo decidió tirar adelante el juicio al juez Garzón por haber investigado los desaparecidos de la Guerra Civil i el franquismo. El alto tribunal acusaba al magistrado de prevaricación.

derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura; y d) Permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas.” Igualmente, en febrero de 2012 la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, pidió a España la derogación de la Ley de Amnistía de 1977 porque incumple la normativa internacional en materia de Derechos Humanos.

³³ VINYES, R. *Irredentas, las presas políticas y sus hijos en las cárceles franquistas*. Temas de Hoy. Historia. Madrid. 2010, VINYES, R.; ARMENGOU, M; BELIS, R. *Los niños perdidos del Franquismo*. Plaza y Janés. Barcelona. 2002.

³⁴ El juez Luciano Varela fue designado como instructor. La querrela la presentó la organización Manos Limpias, conjuntamente con Libertad e Identidad y la Falange Española y de las JONS.

El juicio finalmente se celebró el pasado 24 y 31 de enero, una semana después del inicio del juicio por escuchas del Caso Gurtel, el cual acabaría condenándolo el 9 de febrero de 2012 a 11 años de inhabilitación por un delito de prevaricación.

Finalmente el 27 de febrero de 2012 el Tribunal Supremo absolvía al ya exjuez Baltasar Garzón del delito de prevaricación por seis votos a favor y uno en contra, por haber intentado abrir una investigación por crímenes del franquismo. El alto tribunal consideró que Garzón incurrió en un error al calificarlos los hechos como crímenes contra la humanidad y que de ahí colgaban los demás errores cometidos por el exmagistrado, aunque esos errores no constituían delito de prevaricación³⁵.

Posteriormente, el 29 de marzo, el propio Tribunal Supremo decidía que la competencia sobre las fosas del franquismo fuese de los juzgados de la localidad donde se encuentren y no de la Audiencia Nacional, cerrando la vía a investigar los crímenes del franquismo como “delitos contra la humanidad”, al considerar que no estaban en vigor durante la contienda y posteriormente los consideraba prescritos. De esta manera, con esta resolución, el Tribunal Supremo se manifestaba prácticamente en el mismo sentido en el que lo había hecho el propio Garzón en su resolución de inhibición de 26 de diciembre de 2008.

Agotada, como parece ser, la vía judicial española para investigar los crímenes sobre desapariciones forzadas durante la Guerra Civil i el franquismo, el propio Baltasar Garzón, en un artículo publicado en el diario *El País* el pasado 1 de abril, proponía otras vías para que se reconozca el derecho actual a la justicia a las víctimas, como son las del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁶.

A parte de esta propuesta, Garzón también propone la movilización social a través de una iniciativa legislativa, a través del art. 87 de la Constitución Española, que prevé la posibilidad de que: «*los ciudadanos/as puedan impulsar la aprobación de leyes, como sería la que regulara la creación y desarrollo de una Comisión de la Verdad [...] con la misión de realizar un trabajo serio y exhaustivo y dieran respuesta a todos los interrogantes que aún penden sobre este período de nuestra historia más reciente*»³⁷.

Con todo lo visto, se pone de manifiesto que la problemática sobre las desapariciones y crímenes perpetrados durante la Guerra Civil y la posterior dictadura franquista, no está ni mucho menos cerrada. Si bien parece, como demuestran las últimas sentencias realizadas por el Tribunal Supremo, que la vía judicial para investigar aquellos hechos está bloqueada, otras vías siguen abiertas. Lo que está claro es que la Ley de Memoria Histórica de 2007 no ha servido para cerrar toda esta cuestión y que las familias de las víctimas siguen esperando respuesta a sus peticiones de justicia y de derecho a la verdad. La actuación de Baltasar Garzón en este sentido, no ha servido para resolver esta injusticia, aunque si que sirvió para poner en primera línea de la actualidad nacional e internacional la cuestión de las víctimas de la represión franquista. Las instituciones democráticas de nuestro país, después de 35 años de democracia, todavía no parecen preparadas para asumir nuestro pasado más reciente. De esta manera, las heridas entre los derrotados de la Guerra Civil siguen abiertas sin poder cicatrizarse.

³⁵ Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados juicios de la verdad. Interpretación errónea del Derecho e injusticia. Sentencia nº101/2012. Tribunal Supremo. Sala de lo penal. Causa Especial nº20048/2009, 27 de febrero de 2012.

³⁶ En este sentido el 3 de abril de 2012 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEH), con sede en Estrasburgo, ha declarado inadmisibile la primera demanda contra España por desapariciones de la Guerra Civil y las fosas del franquismo. La demanda fue presentada por la hija, ya fallecida, y el nieto de Luis Dorado Luque, diputado del PSOE por Málaga en 1936, quien desapareció, después de ser detenido, el 28 de julio de 1936. El TEDH ha rechazado la demanda, al entender que se presentó fuera de plazo. La decisión recuerda que, tras el final del régimen de Franco y la Ley de amnistía de 1977, el derecho de petición individual es posible desde el 1 de julio de 1981, y la hija de Dorado Luque no intentó hasta 2006 un procedimiento criminal. Es decir, pasaron 25 años entre esa fecha y la querrela interpuesta ante el juzgado cordobés. Para la Corte, “los demandantes no mostraron la diligencia necesaria para cumplir con los requisitos derivados del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal sobre desapariciones”. *El País*, 3 de abril de 2012.

A parte de esta vía, diferentes particulares y asociaciones han acudido, en abril de 2010, a la justicia Argentina para que investigué los crímenes del franquismo. Un proceso que sigue abierto y que llevará a la juez María Servini de Cubria a interrogar a víctimas y testigos los próximos meses de junio y julio.

³⁷ GARZÓN, Baltasar. «El lugar de la verdad, la justicia y la reparación». *El País*, 1 de abril de 2010, p. 101.