

Demanda 56264/2012
Canales Bermejo c. España

**Informe pericial para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:
Acciones de las víctimas de violaciones de derechos humanos
del periodo 1936-1977 en España,
en relación con el cumplimiento por parte del Estado
de sus deberes con arreglo al derecho interno e internacional.**

CARLOS CASTRESANA FERNÁNDEZ
Fiscal del Tribunal Supremo. España.

I.- Introducción

1. Conocemos como justicia transicional la parte del derecho internacional de los derechos humanos que establece los deberes de los estados para con las víctimas de abusos graves contra los derechos humanos, cuando estos se han producido en el contexto de un conflicto armado o de una situación de privación de libertades políticas, una vez aquel conflicto o situación han terminado.

2. A fin de asegurar a todos los ciudadanos el pleno y efectivo disfrute de sus derechos fundamentales, y superar el conflicto o la situación de ausencia de libertades democráticas restaurando el estado de derecho y la convivencia pacífica en las sociedades humanas, los Estados en transición deben procurar a las víctimas verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

3. Para evitar la perpetuación de la situación de controversia, los Estados transicionales deben identificar y solucionar las causas del conflicto, y hacer frente a sus consecuencias: deben ofrecer soluciones para las víctimas y para los victimarios.

4. Atendiendo a las dificultades inherentes a cualquier proceso de pacificación o de cambio político, la comunidad internacional ha venido estableciendo y sistematizando durante las últimas décadas los deberes de los Estados y los derechos de las víctimas en lo que constituye ya un cuerpo consolidado de derecho internacional que se ha ido conformando a través de los pronunciamientos de los Tribunales de justicia, tanto domésticos como internacionales, de la doctrina de los Órganos de seguimiento de los Convenios vigentes en la materia, y consuetudinariamente, alcanzando el consenso necesario de los Estados sobre su carácter normativo y su obligatoriedad, cuya evolución puede seguirse a través, fundamentalmente, de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Finalmente, aquellas obligaciones de

los Estados cuyos caracteres de universalidad e imperatividad están fuera de discusión, se han visto reflejadas en una pluralidad de Convenios Internacionales.

5. Se ha establecido así una referencia objetiva de las exigencias de los procesos de transición política desde el punto de vista de los derechos humanos, una lista de las obligaciones que los Estados, en procesos de cambio político, normalmente acompañados o tutelados por la comunidad internacional, deben satisfacer.

6. El demandante en el caso sometido ahora a conocimiento del TEDH, solicita, respecto de la transición democrática en España a partir de 1975, una opinión jurídica acerca de la incidencia en el proceso de reconocimiento de sus derechos como víctima de violaciones de los derechos humanos, de la acción u omisión de las propias víctimas, ejerciendo o dejando de ejercer acciones ante los tribunales de la justicia ordinaria o constitucional, domésticos o internacionales, y cómo su proceder ha podido estar influido o determinado por la acción u omisión del Estado español en el cumplimiento de sus deberes, con arreglo al derecho interno español y al derecho internacional aplicable.

7. Mi experiencia como abogado, juez y magistrado entre 1980 y 1989, miembro desde 1989 por oposición de la carrera fiscal, y Fiscal del Tribunal Supremo desde 2005, y mi particular conocimiento del ejercicio de acciones por las víctimas ante los tribunales a través de mi participación *pro bono* a partir de 1996 como denunciante en representación de la Unión Progresista de Fiscales en los procesos seguidos ante la Audiencia Nacional en Madrid al amparo del principio de jurisdicción universal contra los responsables de las Juntas Militares de Argentina y Chile, me indican que la acción o inacción de las víctimas no puede ser evaluada si no es en el contexto de la acción o inacción del Estado y de la comunidad internacional.

II.- El contexto normativo.

8. Se ha señalado reiteradamente, desde muy diversos sectores, que la transición democrática española fue modélica desde el punto de vista político y social. Se restableció la convivencia pacífica entre grupos rivales que habían estado enfrentados por décadas, España se incorporó a la comunidad internacional de la que había estado ausente tanto tiempo, y pasamos de ser en 1975 una dictadura militar, la última de Europa occidental, a integrarnos como miembro de pleno derecho a la Unión Europea en 1986.

9. Sin embargo, la transición no se consumó íntegramente en el ámbito jurídico. Habiendo ratificado España en 1977 tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966, tales ratificaciones no tuvieron todas las consecuencias que debieron llevar aparejadas. Dicho de otra manera: el Estado español contrajo obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, además de las que ya tenía, derivadas de su derecho interno, que no ha cumplido.

10. El artículo 1 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, y concordantemente el 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponen que los Estados, para con sus ciudadanos, y frente a la comunidad internacional, tienen los deberes de respetar y de garantizar los derechos humanos.

11. Interpretado por el Comité de Derechos Humanos y los distintos tribunales, el deber de garantizar incluye la obligación de prevenir las violaciones, y cuando éstas ya se han producido, impone al Estado las obligaciones de investigar, perseguir y castigar a los violadores, y de ofrecer reparación a las víctimas.

12. Las obligaciones que derivan de la ratificación de la Convención y del Pacto han sido enumeradas en sucesivas decisiones del Tribunal Europeo y Resoluciones aprobadas por la Asamblea General y otros órganos de la ONU.

13. La primera, que establecía los principios de justicia para las víctimas de los abusos de poder se aprobó en 1985, (A/RES/40/34). La segunda, que establecía los principios para la protección de los derechos humanos contra la impunidad, se aprobó en 1997, (E/CN.4/Sub.2/1997/20) y se amplió en 2005 (E/CN.4/2005/102). La tercera, que definió los derechos de las víctimas a los recursos y las reparaciones, se aprobó en 2006 (A/RES/60/147).

14. Tales principios encuentran asimismo reflejo en los Convenios Internacionales ratificados por España¹. El derecho a la reparación, por ejemplo, vinculado al derecho a disponer de recursos legales y efectivos, está recogido en los artículos 2(3), 9(5) y 15(6) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 5(5) y 41 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos; el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 68 de la Tercera Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los Prisioneros de Guerra; el artículo 91 del Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados; o el artículo 24 de la Convención Internacional sobre Desapariciones Forzadas.

III.- La relación del contexto legal con el contexto social y político. Ejemplos.

15. Quizá un par de ejemplos muy conocidos sirvan para ilustrar la afirmación de que las víctimas no ejercen acciones cuando quieren sino cuando pueden, cuando se dan las condiciones objetivas necesarias para la prosperabilidad de aquellas acciones.

¹ Casi todos éstos Convenios fueron ratificados por España durante la transición democrática, entre 1975 y 1978.

16. En Argentina, restablecidas las libertades democráticas en 1983 luego de una dictadura militar de siete años que dejó al menos nueve mil víctimas², se ejercieron acciones contra los responsables de las Juntas Militares, que culminaron con el juicio y condena de los principales responsables. Las víctimas siguieron accionando y se produjo un intento de golpe de estado³. Se promulgó entonces la llamada Ley de Punto Final, por la que se establecieron periodos muy cortos de caducidad de acciones. Las víctimas siguieron accionando y se produjo un segundo intento de golpe de estado⁴. Se promulgó entonces la Ley de Obediencia Debida, que exoneraba a los responsables de los crímenes de la dictadura por debajo de un determinado grado jerárquico. Finalmente, en 1990 un nuevo Gobierno⁵ indultó a los pocos responsables que habían sido condenados en la década anterior. Las víctimas ya no reclamaron más. No se registra ninguna acción legal⁶ ante los tribunales Argentinos hasta 1998. ¿Por conformidad, por desidia? No, porque las condiciones objetivas lo impedían.

17. El objeto de esta pericia no es examinar las condiciones políticas o sociales de un determinado país en un cierto momento histórico. Tampoco las circunstancias personales de las víctimas. Parece evidente, no obstante, que las acciones de las víctimas no son posibles en una situación en que existe un consenso político mayoritario de que no deben ejercerse acciones. Tampoco es exigible a las víctimas que ejerciten acciones en una situación de inestabilidad, de crisis, y de debilidad de las instituciones del Estado. Menos, en un contexto que hace resucitar el miedo y en el que existe peligro de involución y retorno al sistema autoritario.

18. Sí se pretende examinar las condiciones jurídicas imperantes. Desde luego, no puede exigirse a las víctimas que se arriesguen allá donde las condiciones

² Cifra oficial de la Comisión de la Verdad a tenor del Informe "Nunca Más". La Comisión había sido constituida en 1984, al terminar la dictadura militar, y fue presidida por el escritor Argentino Ernesto Sábato.

³ El del Coronel Aldo Rico y los "carapintadas".

⁴ El del Coronel Mohamed Alí Seineldín.

⁵ El del Presidente Carlos Saúl Menem, del Partido Justicialista. Los indultos recibieron la conformidad del Partido Radical que había pasado a la oposición.

⁶ Hubo iniciativas jurídicas simbólicas destinadas a restaurar la memoria, como los "juicios de la verdad" y también ejercicio del "derecho al duelo" reclamando la averiguación del paradero de los desaparecidos, pero no se ejercieron acciones penales entre 1990 y 1998.

jurídicas de prosperabilidad de las acciones no están garantizadas de antemano por quien tiene que garantizarlas, que es el Estado. El ejercicio de acciones requiere seguridad jurídica.

19. ¿Cuándo se reactivaron las reclamaciones de las víctimas en Argentina?: en 1998. El 28 de marzo de 1996, la Unión Progresista de Fiscales de España interpuso ante la Audiencia Nacional en Madrid una denuncia contra los responsables de las Juntas Militares Argentinas, por delitos contra el derecho internacional, en ejercicio de la jurisdicción universal. El Juzgado inculpó al General Videla, al Almirante Massera y otros. En 1997, se libró la primera orden de captura internacional, contra el General Leopoldo Fortunato Galtieri.

20. La situación, las antes mencionadas condiciones objetivas, cambiaron entonces radicalmente en Argentina. Y no solo social o políticamente; también en lo jurídico. En 1998, el Congreso derogó las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Las acciones de las víctimas se reanudaron inmediatamente⁷.

21. En Chile se produjo una evolución similar. El Gobierno militar dio paso al poder civil democráticamente electo en 1990⁸. Antes de eso, el Gobierno militar se había garantizado la impunidad mediante la aprobación en 1978 de un Decreto de Amnistía. También hubo un consenso político mayoritario de que no debían ejercerse acciones⁹. Hubo asimismo amenazas de involución política¹⁰. Salvo algunos casos aislados promovidos desde el exterior por otros Estados¹¹,

⁷ Actualmente hay más de 200 causas abiertas, 800 inculpados, y se han dictado algunas Sentencias condenatorias paradigmáticas, en especial contra el General Jorge Rafael Videla, máximo responsable del golpe de estado de 1976 y de la represión que le siguió. Los principales responsables de la dictadura militar han vuelto a prisión.

⁸ En este caso habían sido diecisiete años de dictadura, y mil doscientas víctimas mortales o desaparecidos. Datos oficiales de la Comisión de la Verdad, también constituida por el primer Gobierno democrático, dirigida por el Prelado Raúl Rettig.

⁹ Todo el Gobierno de la Concertación del Presidente Patricio Aylwin, que englobaba a demócratas, socialistas y comunistas; y por supuesto la oposición pinochetista.

¹⁰ El amago de golpe de estado por el caso de los "Pinocheques", supuesto fraude que involucraba al hijo mayor del ex Dictador.

¹¹ El proceso contra el General Manuel Contreras por el asesinato en Washington de Orlando Letelier. Este procedimiento fue una excepción, que pudo prosperar únicamente por la gran presión política ejercida por el Gobierno de los Estados Unidos, al haberse cometido el crimen en su territorio y haber fallecido junto con el ex canciller Chileno su secretaria Ronnie Moffit, ciudadana americana.

no se produjeron reclamaciones de las víctimas. Las disposiciones reguladoras de la Comisión de la Verdad constituida en 1990 prohibían expresamente mencionar los nombres o de otra forma identificar a los victimarios.

22. Al igual que en Argentina, fue la acción desde el exterior emprendida por terceros la que generó un cambio de las condiciones y los consensos sociales y políticos que impedían ejercer acciones a las víctimas y actuar a los tribunales. La denuncia de Julio de 1996, una vez más de la Unión Progresista de Fiscales de España, ante la Audiencia Nacional en Madrid, contra los integrantes de la Junta Militar Chilena, que fue admitida a trámite y comenzó a recibir testimonios y documentación de las víctimas chilenas, y generó respuesta favorable a los requerimientos de cooperación en las autoridades judiciales de varios países¹², produjo el desbloqueo de las acciones de las víctimas y de los jueces chilenos. La primera denuncia contra Augusto Pinochet en Santiago se interpuso en 1997¹³.

23. En Chile no hizo falta la derogación formal de las leyes de impunidad. La principal, el ya mencionado Decreto de Amnistía de 1978,¹⁴ empezó a ser espontáneamente inaplicada por los tribunales chilenos después del arresto de Augusto Pinochet Ugarte en Londres en octubre de 1998, bien por estimarla contraria a la Constitución nacional, bien por considerarla incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵. Devuelto a Chile en 2000 sin haber sido juzgado, el ex dictador fue desaforado por la Corte Suprema y procesado por un juez de Santiago¹⁶.

¹² La respuesta positiva del Departamento de Justicia de Estados Unidos tuvo una especial trascendencia, de relevancia indiscutiblemente política, más allá del contenido jurídico intrínseco de la cooperación prestada en cuanto a la aportación de prueba de cargo, por cuanto significaba el respaldo o visto bueno del Gobierno norteamericano a las acciones emprendidas desde Madrid.

¹³ La interpuso Gladys Marín, Secretaria del Partido Comunista Chileno, rompiendo la disciplina de partido y de coalición. Los hechos se referían a la desaparición forzada de su marido.

¹⁴ Aprobado por el propio General Pinochet, un caso paradigmático de auto-amnistía, incompatible con los postulados más elementales del derecho internacional de los derechos humanos, y en particular, violatorio de la Convención Americana, como un tiempo después declararían la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁵ Hoy, al igual que en Argentina, son centenares los procedimientos y los inculcados ante los tribunales Chilenos por los abusos a los derechos humanos de la dictadura militar, y también se registran algunas condenas ejemplares.

¹⁶ Los distintos analistas coinciden en que el desafuero del General Pinochet por una Corte Suprema, más de la mitad de cuyos integrantes había elegido él mismo personalmente, no podría

IV.- El contexto en España

24. En España se produjeron durante la transición democrática condiciones análogas a las descritas respecto de Chile y Argentina.

25. También hubo, en primer lugar, un pacto político de silencio e inacción. Todos los partidos políticos representativos estuvieron de acuerdo casi unánimemente en aprobar en Octubre de 1977 la Ley de Amnistía. Los Gobiernos de la transición, fruto de la intensa negociación política del momento, habían promulgado desde 1976 sucesivos indultos generales, más o menos limitados, que habían supuesto la liberación escalonada de los presos políticos, militantes de diferentes partidos, sindicatos, organizaciones ciudadanas y defensores de derechos humanos. El proceso había sido paralelo al de la legalización, igualmente limitada y escalonada, de esas mismas organizaciones. Quedaban, sin embargo, sin legalizar, los partidos y organizaciones más radicales, y en prisión buena parte de sus integrantes y dirigentes.

26. La demanda de amnistía procedía, pues, de la oposición democrática política y sindical, la reivindicación tenía un enorme respaldo popular, y estaba avalada por la mayor parte de los intelectuales españoles y por la comunidad internacional. La ley fue aprobada finalmente, casi por unanimidad, por el primer Parlamento democrático, apenas unos meses después de ser electo¹⁷. Representó la liberación de los últimos presos políticos, se interpretó como una gran conquista democrática, la culminación del proceso de transición política (en ese momento se carecía todavía de consenso sobre la elaboración de una nueva Constitución, que llegaría más de un año después).

haberse producido si antes la Cámara de los Loes británica no le hubiera desprovisto de su inmunidad; ni hubiera podido ser procesado sin haberlo sido previamente en España.

¹⁷ La Ley de Reforma Política se había aprobado en referéndum a finales de 1976. Seguidamente, se legalizaron la mayoría de los partidos políticos y sindicatos, hasta el Partido Comunista, en Semana Santa de 1977. Los partidos y organizaciones más a la izquierda no fueron legalizados, aunque en su mayor parte pudieron concurrir a las elecciones como agrupaciones electorales. Las elecciones se celebraron el 15 de junio de 1977. La Amnistía se aprobó el 1 de octubre de ese año. La nueva Constitución no se aprobaría hasta el 6 de diciembre de 1978.

27. No hubo ningún debate en el Congreso durante la elaboración de la Ley sobre los crímenes de la dictadura que acababa de terminar. La inmensa mayoría de la opinión pública no fue informada ni tuvo apenas conciencia de que la amnistía representaba, más allá de esa culminación de la transición, el perdón de las violaciones de los derechos humanos del franquismo. La Ley, sin embargo, representaba un verdadero punto final, y cerraba definitiva y absolutamente a las víctimas el acceso a la jurisdicción.

28. El hecho de que no se produjera un debate político abierto en sede parlamentaria, no significa que el asunto no fuera abordado y resuelto. Antes al contrario, los operadores políticos, artífices de la transición en el Gobierno y en la oposición, lo negociaron entre ellos, en los despachos, a puerta cerrada, lo sancionaron en cláusulas muy claras de la Ley que no dejan lugar a dudas e interpretaciones, y después lo hicieron público presentándolo como un hecho consumado que debía ser aceptado y que constituía, para los demócratas, el precio a pagar por la democracia. Este es uno de los dilemas paradigmáticos que se han presentado reiteradamente en los procesos transicionales, en muchos países, en circunstancias similares: la disyuntiva de que se debe elegir entre justicia y democracia sobre la premisa falsa de que al final del proceso hay que optar porque sólo se puede alcanzar una o la otra, pero no ambas.

29. Representativo de ese espíritu es el editorial de El País, el más importante periódico español, verdadero portavoz de la oposición democrática en aquel entonces¹⁸ que con ocasión de la aprobación de la Ley de Amnistía decía en su edición del 15 de octubre de 1977: *“EL CONGRESO y el Senado, las dos Cámaras que forman el Parlamento de la nueva España democrática, han aprobado la tan esperada y deseada ley de Amnistía... Los representantes designados por el pueblo en unas elecciones libres han pasado la esponja sobre la inmensa mayoría de los agravios y de las injusticias... La amnistía es un acto excepcional, justificado por la razón de Estado y por la necesidad de hacer borrón y cuenta nueva de*

¹⁸ No cabe olvidar que las elecciones las acababa de ganar la UCD, el partido fundado por Adolfo Suárez, que se mantuvo así en el Gobierno, y que fue el vehículo a través del cual se reciclaron y transitaron de la dictadura a la democracia las estructuras y los cuadros políticos del franquismo.

acontecimientos tan cruentos y dolorosos para un pueblo como es una guerra civil - una guerra entre hermanos- y una larga dictadura... La España democrática debe, desde ahora, mirar hacia adelante, olvidar las responsabilidades y los hechos de la guerra civil, hacer abstracción de los cuarenta años de dictadura...”.

30. Hubo, en segundo lugar, al igual que en Argentina y Chile, una permanente amenaza de desestabilización¹⁹.

31. Se mantuvo, además, y se mantiene todavía, el miedo en las víctimas²⁰. Quizá ya no el miedo físico de represalias violentas, que estaba muy presente en los años de la transición²¹. Sí, desde luego, el miedo psicológico de las víctimas a la estigmatización, la marginalización a que se hará posterior mención.

32. Y se operó no sólo –como ya queda expresado-- el cierre jurídico de las acciones de las víctimas mediante la aprobación de la Ley de Amnistía en Octubre de 1977, sino también una interpretación reiterada de nuestros tribunales, como se verá, que niega cualquier efecto retrospectivo a nuestra incorporación a la comunidad jurídica democrática internacional.

V.- El derecho a la verdad

33. El derecho a la verdad exige que se constituyan comisiones de esclarecimiento histórico y de investigación; que se haga pública la

¹⁹ Un intento incipiente de golpe de estado en 1977, abortado a tiempo, conocido como *Operación Galaxia*; otro golpe de estado consumado en 1981, con la participación de muchas unidades militares y policiales y algunos de los más altos mandos de las Fuerzas Armadas, comandado por el Teniente General Milans del Bosch, afortunadamente también fracasado.

²⁰ Si hubo miedo en Argentina, luego de siete años de dictadura y 9.000 muertos o desaparecidos, y en Chile, con diecisiete años y 1.200 víctimas, ¿cómo podríamos medir el miedo en la sociedad española con cuarenta años de dictadura y 150.000 víctimas?

²¹ Se produjeron en aquellos años numerosos ataques violentos de la extrema derecha franquista contra representantes de distintas organizaciones democráticas, defensores de derechos humanos, periodistas, estudiantes, etc. El más conocido, por su gravedad, el asesinato de cinco abogados del sindicato Comisiones Obreras en sus oficinas de la calle Atocha de Madrid, en Enero de 1977.

documentación de todos los archivos donde conste la información de los abusos, los procedimientos administrativos y judiciales, las fichas policiales, etc.; que la verdad así establecida se refleje en los libros de texto; y que el Estado busque a los desaparecidos hasta esclarecer su paradero.

34. España, salvo la apertura o facilitación de algunos archivos públicos, no ha hecho nada por cumplir con el derecho de las víctimas a la verdad. No ha habido Comisión de la Verdad o de esclarecimiento histórico, no se ha establecido contenido alguno obligatorio de reconocimiento a las víctimas en los programas educativos ni en los libros de texto. Y sobre todo, especialmente a los efectos que interesan a este procedimiento, no ha habido acción pública alguna tendente al esclarecimiento de la suerte de las personas desaparecidas.

35. La apertura de los archivos no es suficiente. La prestación de ayudas económicas a los familiares para que éstos mismos realicen las exhumaciones de los cuerpos presuntamente pertenecientes a los desaparecidos²², tampoco.

36. El establecimiento de la verdad mediante una comisión de esclarecimiento histórico, o un procedimiento similar, es imprescindible para posibilitar el ejercicio de acciones por parte de las víctimas, especialmente después de cuarenta años de silencio, y más aún, de una política sistemática de propaganda infamante para con las víctimas por parte del gobierno autoritario durante ese mismo periodo²³.

37. Tenemos ya suficiente experiencia de implementación de los principios de la justicia transicional como para poder afirmar, sin género de dudas, que las

²² Sólo a partir de 2007, como consecuencia de la aprobación de la Ley de Memoria Histórica (Ley 52/2007, de 26 de diciembre).

²³ El conocido como "Informe Joinet" (E/CN.4/Sub.2/1997/20) es especialmente claro a este respecto "1. Las comisiones no judiciales de investigación: 19. La finalidad prioritaria de la investigación es doble: de una parte, desmontar los mecanismos que han llevado a la práctica cuasi administrativa de actos aberrantes, para evitar su repetición; por otra parte, preservar las pruebas para la justicia, pero también para determinar que lo que era denunciado como patrañas por parte de los opresores, tenía la finalidad de desacreditar a los defensores de derechos humanos y era verdad. Así se podrá restablecer la dignidad de los defensores de los derechos humanos".

diferentes herramientas establecidas por el derecho internacional para los procesos de cambio político se complementan, refuerzan e interactúan entre sí.

38. Las aproximadamente cuarenta comisiones de la verdad o de esclarecimiento histórico que han sido establecidas en países muy diferentes de todos los continentes en las últimas décadas, arrojan una lección especialmente visible en aquellos casos en que las violaciones han sido muy prolongadas en el tiempo: la propaganda de los gobiernos autoritarios predispone a la opinión pública en contra de las acciones de las víctimas.

39. Ya hemos visto los casos de Argentina y Chile. En ambos países, las violaciones de los derechos humanos eran muy recientes, y en ambos se arbitraron mecanismos públicos y oficiales de restablecimiento de la verdad, que indiscutiblemente facilitaron después el ejercicio de las acciones. Tomemos, por el contrario, el ejemplo de México: el Gobierno democrático elegido en 2000²⁴ rehusó constituir una comisión de la verdad respecto de las violaciones de los derechos humanos cometidos durante los Gobiernos de los años 60 y 70²⁵, y en su lugar decidió impulsar oficialmente la acción de la justicia. Se ordenó la constitución de una Fiscalía especial, que formuló cargos contra un ex Presidente y varios altos funcionarios de la época. Ninguna de las acciones prosperó. La opinión pública se mostró indiferente, en el mejor de los casos, frente a unos hechos generalizadamente desconocidos²⁶.

40. El silencio oficial, sostenido por décadas, impone el olvido. Los discrepantes, como toda minoría, son discriminados, y sus acciones son tachadas de insolidarias puesto que se perciben como contrarias al interés público, que se identifica con el interés de la mayoría, especialmente en ausencia de políticas públicas que promuevan las condiciones necesarias para que el ejercicio de los derechos y el principio de igualdad ante la ley resulten efectivos.

²⁴ Presidente Vicente Fox Quezada.

²⁵ Represión del movimiento estudiantil en 1968 y 1970, y acciones militares de contrainsurgencia en el mismo periodo.

²⁶ Sin que faltara quien, desde el partido que había gobernado en el periodo investigado, o grupos afines, tildara a los estudiantes represaliados de terroristas.

41. La protección de los derechos de las minorías –y no otra cosa son las víctimas, luego de cuarenta años de dictadura-- no se puede someter a las leyes de las mayorías, porque los Gobiernos democráticos, que se deben a éstas, tenderán naturalmente a proteger los intereses de éstas con olvido de los derechos de aquellas: corresponde, por definición, al poder judicial, el único capaz de restablecer, desde la legalidad y mediante su independencia, la igualdad jurídica establecida en las Constituciones, que no se traduce sin embargo en igualdad efectiva en la vida real²⁷.

42. El derecho al remedio judicial, para las víctimas españolas, se desprende directamente del artículo 24 de la Constitución, concordante con el artículo 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En lo que se refiere al derecho a la verdad, sin embargo, en España ha sido muy relevante la falta de colaboración de las autoridades judiciales del orden civil, que se ha extendido incluso a las competencias que la ley les atribuye en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la que no se suscita contención entre partes, y en la que los jueces deben actuar, en buena medida, de oficio.

43. A falta de una decisión del poder ejecutivo o del legislativo constituyendo un organismo *ad hoc* para el esclarecimiento histórico y el restablecimiento de la verdad, los jueces españoles han tenido antes y después de la transición democrática los instrumentos de la legalidad ordinaria prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil como expedientes de jurisdicción voluntaria (artículos 1811 y ss. de la vieja LEC, declarados subsistentes por la nueva Ley 1/2000 en su Disposición Derogatoria Única, 1,1^a), actos en “*los que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada cuestión entre partes conocidas*”, mecanismos que, utilizados diligentemente, hubieran contribuido decisivamente a la realización efectiva del derecho a la verdad para las víctimas y sus familiares, permitiendo solventar la mayoría de los casos de desapariciones forzadas de la dictadura franquista sin conflicto alguno, al menos en lo referente a la búsqueda

²⁷ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Brown v. Board of Education*.

de los desaparecidos, exhumación de los cuerpos inhumados clandestinamente, y entrega de tales restos, una vez identificados, a los familiares.

44. Las declaraciones de víctimas y testigos, familiares y demás personas que quieran dejar constancia ante la autoridad judicial de los hechos de violencia, de la represión, ejecuciones extrajudiciales o sumarias, prisión arbitraria, tortura, etc. podrían y deberían haberse sustanciado como informaciones para perpetua memoria, previstas en los artículos 2002 y ss. de la LEC. Si son hechos de los que *no puede resultar perjuicio a una persona cierta y determinada*. La información se practica, los familiares comparecen ante el Juez, con asistencia del Fiscal, exponen lo que a su derecho convenga, la información se aprueba, y por tratarse de hechos *de reconocida importancia* (artículo 2007) se protocoliza.

45. Otro tanto cabe decir de la apertura de las fosas clandestinas que salpican todo el territorio español. El descubrimiento de una fosa con restos humanos o el señalamiento de una inhumación ilegal debería dar lugar también a actuación jurisdiccional, lo que notoriamente no ha ocurrido en los últimos treinta y cinco años. En el primer caso, se trataría nuevamente de un expediente de jurisdicción voluntaria, regulado igualmente como informaciones para perpetua memoria. El artículo 2006 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla que, luego de *practicada la información*, puedan *practicarse diligencias* a instancia del Ministerio Fiscal, pero no puede excluirse que el Juez acuerde diligencias a instancia del promovente, especialmente si tiene interés legítimo tutelable, por ser presuntamente un familiar del inhumado. Las diligencias a practicar deberían ser la exhumación, por orden del Juzgado, la identificación de los restos (incluyendo ADN), la entrega de los restos, una vez identificados, a los familiares, y el testimonio del levantamiento.

46. Respecto de las víctimas ejecutadas extrajudicialmente, el artículo 2031 y ss. de la LEC previenen, también como jurisdicción voluntaria, la declaración de ausencia y fallecimiento, que facultan al Juez para adoptar de oficio, igual que en los casos anteriores, cuantas medidas de *averiguación e investigación* se consideren procedentes, lo que incluye obviamente las exhumaciones de los

cuerpos presuntamente correspondientes a los ausentes, *desaparecidos* (sic) para su identificación y declaración de fallecimiento.

47. A parecidas conclusiones nos llevan el artículo 83 de la Ley de Registro Civil de 1957, el 278 y ss. del Reglamento del Registro Civil de 1958, el Decreto 2263/1974 de 20 de julio de Policía Sanitaria Mortuoria y el 67, 1 de la nueva Ley 20/2011 de 21 de julio que está en *vacatio legis* hasta 2014, pero tiene no obstante una disposición adicional octava sobre los muertos de la guerra civil que ya está en vigor. Los cadáveres no pueden estar en las cunetas, sin identificar y su fallecimiento sin inscribir. Es función del Juez Encargado del Registro Civil practicar de oficio todas las diligencias necesarias.

48. Debe reseñarse que estas disposiciones de legalidad ordinaria siguen sin aplicarse, a pesar de haber recordado el Tribunal Supremo muy recientemente la vigencia de tales mecanismos, precisamente en relación con las víctimas del franquismo²⁸.

VI. El derecho a la justicia

a) En general

49. El derecho a la justicia significa que los tribunales deben garantizar a las víctimas de los abusos el acceso a un recurso judicial, para que puedan ejercer acciones y exigir responsabilidades penales y civiles. El artículo 1 y el 13 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y el 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no están sujetos a condición y son de efectividad inmediata, según ha sido interpretado por el Tribunal Europeo y el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que establecen además que en caso de contradicción entre el derecho interno y el internacional, prevalece éste.

²⁸ Auto de la Sala Segunda del T.S. de 28 de marzo de 2012.

50. La práctica y la doctrina de los tribunales españoles del orden jurisdiccional penal han constituido desde la transición democrática un obstáculo para el ejercicio de acciones por parte de las víctimas. Para denegar sus pretensiones en el ejercicio de aquellas acciones, los jueces españoles han utilizado una serie de argumentos, que se reiteran una y otra vez en las resoluciones de los diferentes tribunales, que ofrecen una interpretación uniforme que dificulta la integración e incorporación al derecho interno de las normas de *ius cogens* de derecho internacional, e impiden además la investigación de los hechos denunciados por la apreciación de excepciones procesales –amnistía y/o prescripción-- que impiden de antemano entrar a conocer de los delitos denunciados²⁹.

51. Los tribunales españoles han rehusado investigar y calificar jurídicamente las violaciones de los derechos humanos de la dictadura.

52. Según nuestro Tribunal Constitucional, la Constitución de 1978 no puede ser aplicada con carácter retroactivo (Sentencias 9/1981, 43/1982), por lo que no cabe intentar enjuiciar mediante su aplicación los actos del poder ni las situaciones jurídicas nacidas y agotadas antes de la entrada en vigor de la Constitución,

²⁹ Las violaciones se produjeron en tres etapas diferentes, a las que corresponden diferentes calificaciones desde el punto de vista jurídico. En las dos primeras se cometieron presumiblemente crímenes internacionales, a tenor de la descripción típica de los Estatutos y las Sentencias de los Tribunales de Nuremberg y Tokio. No así en la tercera.

a) Durante los tres años del conflicto armado, entre 1936 y 1939, ambos contendientes violaron muchas veces los derechos humanos de los adversarios. Podemos convenir que se cometieron crímenes de guerra, en el frente y en retaguardia, contra combatientes, prisioneros y civiles. Y que esos crímenes, por su número, gravedad y extensión temporal, constituyen violaciones del derecho internacional humanitario vigente en el momento de cometerse.

b) Terminada la guerra, el gobierno resultante impuso una represión grave y sistemática de los vencidos y discrepantes, y siguió violando durante muchos años el derecho nacional e internacional de manera generalizada, con gran número de ejecutados extrajudicialmente o desaparecidos forzosos, y prisioneros condenados en procesos sumarísimos carentes de las garantías procesales mínimas.

c) En el periodo final de la dictadura, la represión política se atemperó e institucionalizó, las violaciones de los derechos fundamentales se redujeron en número y gravedad, y el régimen articuló procedimientos revestidos de la apariencia de *legalidad formal*, aunque carentes de legitimidad. Los últimos campos de trabajo forzado de prisioneros políticos, por citar solo un dato indicativo, se cerraron en 1962. Coincidentemente, la represión de la oposición política se encomendó a tribunales especiales de la jurisdicción ordinaria – el Tribunal de Orden Público, principalmente--, excepto los delitos de terrorismo, que permanecerían sometidos a la jurisdicción excepcional militar hasta 1977.

incluidas las Sentencias firmes dictadas “*de acuerdo con la legalidad vigente en su momento*” (Sentencia 35/1987). “*A ninguno de los procesos desarrollados durante el régimen preconstitucional pueden serles de aplicación las garantías que sólo se han reconocido tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978*” asegura el Auto de 25 de mayo de 2004.

53. El Tribunal Constitucional se equivoca, en mi opinión, y lo hace fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque los derechos de los españoles no nacieron en 1978; y en segundo lugar, porque España no era un universo aislado durante la dictadura: en nuestro territorio también regían las normas imperativas del derecho internacional.

54. El régimen franquista no era preconstitucional, sino postconstitucional. La anulación de las condenas de los tribunales de la dictadura no requeriría aplicar retroactivamente la Constitución de 1978, sino tender un puente de legalidad desde la Constitución de 1931 hacia delante. El principio de legalidad penal, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, la irretroactividad de las normas penales desfavorables y el derecho a la tutela judicial efectiva no fueron inventados en 1978: estaban reconocidos expresamente en los artículos 28 y 29 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931. Algunos de esos derechos no podían ser dejados sin efecto en ningún caso, y otros, a tenor del artículo 42 de la misma Constitución, solo podían ser suspendidos por Decreto del Gobierno legítimo refrendado por las Cortes.

55. Los derechos fundamentales reconocidos a los españoles en la Constitución de la Segunda República no pueden entenderse válidamente derogados por un golpe de estado, ni por la actividad legislativa y judicial del régimen *de facto* que siguió a la guerra civil y que jamás obtuvo el refrendo popular. Ninguna norma democráticamente homologable derogó las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución de 1931.

56. En ningún momento dejaron de estar vigentes el conjunto de garantías procesales y el derecho de defensa reconocidos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en vigor ininterrumpidamente desde 1882 hasta hoy.

57. La Constitución de 1978 no instituyó los derechos fundamentales de los españoles: los restituyó. No creó *ex novo* un orden jurídico democrático, solo restableció el preexistente, interrumpido por la fuerza. Por ese puente de legalidad constitucional pueden transitar los actos de legalidad formal de la dictadura políticamente neutrales, aquellos cuyo contenido y consecuencias hubieran permanecido invariables cualquiera que hubiera sido la legitimidad de su origen o de las instituciones que los aplicaron; pero no las normas y actos que negaron a los españoles derechos fundamentales previamente adquiridos. La dictadura no suprimió derechos, los violó. Las consecuencias jurídicas de tales actos ilícitos deben considerarse inexistentes.

58. Con análogo hilo argumentativo, nuestro Tribunal Supremo se ha negado también a revisar las condenas firmes de los tribunales de excepción y de los Consejos de Guerra de la dictadura, incluso en el caso de algunas sentencias que eran definitivamente aberrantes hasta para la legalidad del momento, como las dictadas por jueces que no eran licenciados en derecho, o las de juicios celebrados retroactivamente contra acusados previamente ejecutados de manera extrajudicial. Los argumentos son variados: desde el formal, que sostiene que no hay cauce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hasta el de fondo, que postula que se debe preservar la seguridad jurídica.

59. Los jueces españoles han argumentado, además, que los delitos estaban prescritos o amnistiados.

b) La prescripción.

60. En lo que se refiere a la prescripción de los delitos, es notorio que dicha institución jurídica no resulta aplicable a los delitos que tengan el carácter de

internacionales³⁰, porque éstos son imprescriptibles, y ésta es una norma de *ius cogens* de derecho internacional consuetudinario bien establecida desde hace muchos años, obligatoria en todo el mundo. Sin embargo, la prescripción se ha venido apreciando sin atender a la naturaleza internacional o doméstica del delito. Tal interpretación vulnera la Resolución de 2006 de la Asamblea General de Naciones Unidas más arriba mencionada (A/RES/60/147).³¹

61. Igualmente, en materia de prescripción de los crímenes del franquismo, nuestros tribunales se han apartado de lo que constituía su doctrina tradicional en relación con los delitos de ejecución permanente, aquellos en los que la violación de la norma penal, y con ella el ataque o la lesión al bien jurídico protegido, se inicia en un determinado momento y se mantiene ininterrumpidamente durante un cierto tiempo. Es el caso, por ejemplo, de las detenciones ilegales, en que se priva de libertad a una persona, y se estima que el delito se sigue cometiendo ininterrumpidamente hasta que la persona es liberada. Respecto de estos delitos, el Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado, conforme a la doctrina internacional generalmente aceptada para las desapariciones forzadas, que el término legal de la prescripción para los autores y cooperadores necesarios de delitos permanentes no debe computarse a partir del momento en que se inició, sino desde que cesó la conducta delictiva³².

62. En el caso de las desapariciones forzadas del franquismo, los tribunales españoles han declarado que, no obstante esa doctrina, que mantiene, debe apreciarse la prescripción en atención al tiempo transcurrido, que permite por sí solo presumir la muerte del desaparecido. Lo anterior podría resultar razonable

³⁰ La mayoría de los cometidos durante las etapas señaladas en los apartados a) y b) de la nota 29 precedente.

³¹ Que dispone en esta materia: *"IV. Prescripción: 6. Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional. 7. Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas."*

³² Así por ejemplo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1993 (EDJ 1993/20761) y 19 de diciembre de 1996 (EDJ 1996/9149).

en los casos más antiguos de desapariciones forzadas a los efectos civiles de considerar desvirtuada la presunción de supervivencia de la víctima, para permitir pasar a ésta de la situación legal de *ausencia* a la declaración legal de *fallecimiento*, en interés de sus herederos, pero no veo porqué debería favorecer en el ámbito jurídico penal al responsable de la desaparición que no ha dado razón, a pesar del tiempo transcurrido, del paradero de la persona a quien privó ilegítimamente de libertad; máxime en un sistema jurídico penal como el español en el que tradicionalmente se han equiparado las penas del delito de detención ilegal seguida de desaparición permanente de la víctima con las penas del delito consumado contra la vida³³.

63. La *presunción invertida*, si podemos llamarla así, que los tribunales españoles aplican a los crímenes del franquismo en materia de prescripción, por la que se considera extinguida la responsabilidad penal del culpable salvo que se acredite la supervivencia o fallecimiento del desaparecido, no resulta desde luego aplicable a los casos de desapariciones forzadas más recientes –algunos de ellos, de los últimos años de la dictadura—y menos aún a los casos de desaparición en la modalidad de sustracción de menores, en los que la presunción establecida en el derecho internacional –y también, por lo visto, en el español—debería desplegar toda su virtualidad ya que no solamente es posible, sino altamente probable que la víctima se encuentre con vida, ignorando simplemente que lo es, puesto que fue entregada en adopción clandestina siendo recién nacida, con sustitución registral de su filiación natural por otra ficticia.

64. Finalmente, los tribunales españoles han desatendido también las directrices del derecho internacional en materia de prescripción³⁴ en el sentido de que para el cómputo de la misma no pueden tomarse en cuenta los periodos de tiempo durante los que no había disponible un remedio efectivo –lo que en España comprendería por lo menos desde 1936 hasta 1977--; que la prescripción no puede aplicarse en absoluto a los crímenes de derecho internacional –los cometidos en nuestro país entre al menos 1936 y 1962, en atención a su

³³ Actual artículo 166 del Código Penal, con precedentes equivalentes en los Códigos anteriores.

³⁴ Principios de Joinet: Principio 23.

gravedad, cantidad, y carácter organizado, generalizado y sistemático--; y que la prescripción penal no puede en todo caso afectar a los derechos de las víctimas a ejercer acciones civiles y administrativas para hacer efectivo su derecho de reparación.

c) La amnistía

65. También se ha excluido generalizadamente la responsabilidad penal por aplicación de la Ley de Amnistía de 1977. Sin embargo, la amnistía no puede extinguir la responsabilidad penal por los delitos más graves. Primero, porque la ley de Amnistía fue aprobada en octubre de 1977, después de haber ratificado España la Convención Europea de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, y un Estado no puede invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones previamente contraídas al ratificar un tratado. Así lo dispone la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que España había ratificado en 1972. En todo lo que contradiga a la Convención de 1950 o al Pacto de 1966, que ratificamos en abril de 1977, la Ley de Amnistía, en tanto que ley posterior, es por lo tanto inoponible.

66. Y segundo: España no puede disponer mediante su derecho interno de bienes jurídicos supranacionales. Los derechos de las víctimas reconocidos por el derecho internacional son inmunes al derecho nacional, incluso al que proceda de fuente legítima, como es el caso de nuestra ley de amnistía: en todo lo que signifique denegación del derecho a la verdad, reparación y justicia para las víctimas, la Ley de Amnistía de 1977 es nula.

67. No deja de resultar paradójico que los tribunales españoles -- significativamente, en lo que se refiere al orden jurisdiccional penal, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional-- hayan considerado reiteradamente nulas e ineficaces leyes de amnistía de otros países dictadas en similares circunstancias en procesos de transición democrática, y sin embargo reconozcan de manera acrítica vigencia absoluta a la Ley de Amnistía española. El caso más claro, quizá, es el de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, aprobadas

democráticamente por la Cámara de Diputados Federal electa después del restablecimiento de las libertades en Argentina. Estas leyes fueron consideradas inaplicables en España por ser contrarias al derecho internacional³⁵. Los mismos tribunales no apreciaron, por el contrario, contradicción alguna entre la Ley española y esas mismas normas internacionales³⁶.

68. La tarea de integrar el derecho español con el internacional, y deslindar las conductas prescriptibles y perdonables de las que no lo son, y las susceptibles de amnistía de las que no lo son, es sustancialmente jurisdiccional, pero nuestros tribunales no han realizado hasta la fecha esa tarea de integración.

69. Es conveniente resaltar también cómo en materia de la aplicación de medidas de gracia a los responsables de los delitos de ejecución permanente, nuestros tribunales se han apartado una vez más, en el caso de los crímenes del franquismo, de su doctrina tradicional.

70. Se había aceptado pacíficamente que, a los efectos de reconocer o no el perdón al responsable de un delito permanente, había que atender a la fecha en que el delito terminó de cometerse, debiendo ser ésta necesariamente anterior a la fecha de la medida de gracia para que el reo se beneficiase de ésta, no siéndole aplicable cuando su actividad delictiva hubiera proseguido después de dictada aquella. Es el supuesto resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1980³⁷: el recurrente, responsable de un delito de depósito de armas y municiones de guerra, solicitaba la aplicación del indulto aprobado por el R.D.L.

³⁵ Sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo españoles en el procedimiento seguido contra el Capitán de la Marina Argentina Adolfo Francisco Scilingo, que resultó condenado en ambas instancias por crímenes contra la humanidad.

³⁶ De la misma forma, se ha negado validez en el procedimiento seguido ante la Audiencia Nacional contra el General Augusto Pinochet, al Decreto de Amnistía promulgado por éste como Jefe de Estado de Chile en 1978. En este caso no se trataba de una ley emanada de autoridad legítima y democrática, sino más bien de un caso de auto-amnistía; sin embargo, incurriendo en la misma contradicción que en el supuesto anterior, los mismos tribunales españoles que no han reconocido validez al Decreto Chileno, sí le han atribuido plena vigencia a los decretos de Indulto dictados por los Gobiernos no democráticos españoles de la dictadura y de la transición, que carecían igualmente de legitimidad de origen y constituían también supuestos muy claros de auto-amnistías.

³⁷ (EDJ 1980/2011).

de 30 de Julio de 1976³⁸. El Tribunal Supremo le deniega el perdón en atención precisamente a que se trataba de un delito de ejecución permanente, tomando en cuenta que aunque el depósito de armas se había constituido antes de la promulgación del indulto, siguió constituido –y por tanto, el delito se siguió cometiendo— hasta que fue encontrado y desmantelado por la policía, lo que había ocurrido después de la promulgación del Decreto.

71. Por el contrario, la aplicabilidad de la Ley de Amnistía ha sido reconocida uniforme y unánimemente por los tribunales españoles respecto de todas las violaciones de los derechos humanos del franquismo, sin atender en absoluto el carácter permanente de las desapariciones forzadas.

72. Tampoco se han atendido las directrices del derecho internacional³⁹ y los precedentes que señalan que las amnistías no son aceptables ni pueden promulgarse hasta después de que el Estado haya cumplido con su deber de garantía, ex artículo 1 del Convenio Europeo y artículo 2 del Pacto Internacional, es decir, su obligación de investigar, perseguir, castigar y reparar. Y tampoco han tomado en cuenta que las amnistías no pueden en ningún caso afectar o restringir los derechos de las víctimas a la verdad y a las reparaciones.

VII.- La garantía de no repetición

73. Establecen los Convenios y las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU más arriba reseñados que el Estado debe ofrecer garantías de no repetición de los abusos mediante la reforma institucional, el control democrático y la depuración de la policía, el ejército, los servicios de inteligencia y la administración de justicia.

³⁸ Precisamente, uno de los Indultos Generales de los Gobiernos predemocráticos de la transición.

³⁹ Principios de Joinet: Principio 24.

74. La Ley de Reforma Política de 1976, y sobre todo la Constitución de 1978, operaron un profundo cambio institucional del Estado español, que se convirtió en un Estado “*social y democrático*” de derecho. Las instituciones del sistema de seguridad y justicia fueron sometidas a control democrático, en unos casos integradas en el poder ejecutivo, en otros bajo supervisión y mediante procesos de nombramiento por parte del poder legislativo, y en el caso del poder judicial mediante su institución como un poder constitucionalmente independiente, gobernado por un órgano constitucional, el Consejo General del Poder Judicial.

75. Sin embargo, no se operó ninguna depuración del personal al servicio de las instituciones de la dictadura. Los servidores públicos del orden predemocrático pasaron en su integridad y sin solución de continuidad a prestar servicio en las nuevas instituciones del estado democrático. El nuevo estado de derecho cumplió sólo limitadamente y de manera incompleta sus obligaciones de garantizar la no repetición de las violaciones.

76. Mediante Decreto de 4 de enero de 1977, durante la transición democrática, se constituyó dentro de la jurisdicción ordinaria la Audiencia Nacional, a la que se atribuyó la competencia para los delitos de terrorismo que hasta ese momento había correspondido a la jurisdicción militar, y al mismo tiempo se suprimió el último tribunal especial subsistente de la dictadura, el Tribunal de Orden Público. En otra reforma legislativa simultánea del Código Penal, durante el mismo periodo transicional, se suprimieron los delitos de asociación ilícita y propaganda ilegal, que se aplicaban a los opositores políticos, de los que había tenido competencia el citado tribunal especial. Los jueces y fiscales del extinto Tribunal de Orden Público se integraron en la Audiencia Nacional o pasaron al Tribunal Supremo⁴⁰. De la misma manera, los miembros de los cuerpos de seguridad del Estado que habían pertenecido a unidades especiales que fueron disueltas⁴¹, siguieron prestando servicio, integrados en otras unidades del Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil, o las Fuerzas Armadas.

⁴⁰ Ver <http://www.publico.es/espana/313027/del-top-al-supremo>

⁴¹ Significadamente, la Brigada Político Social de la Policía Nacional. Algunos de sus integrantes pasaron seguidamente a unidades antiterroristas.

VIII. El derecho a la reparación

77. El derecho a la reparación significa que las víctimas deben ser dignificadas, rehabilitadas, compensadas, restituidas, reconocidas como tales en el material docente del sistema de educación pública, y que los gobernantes deben pedirles públicamente perdón. Disponen también las Resoluciones más arriba reseñadas que deben establecerse memoriales y conmemoraciones⁴².

⁴² Según la Resolución 60/147 aprobada el 16 de diciembre de 2005, "19. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

20. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:

- a) El daño físico o mental;
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
- d) Los perjuicios morales;
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

21. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;
- h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles."

78. Salvo algunas reparaciones y ayudas económicas limitadas, arbitradas en aplicación de la Ley de Amnistía de 1977 y de la Ley de Memoria Histórica de 2007, la readmisión, también limitada, de algunos funcionarios públicos que habían sido expulsados de las instituciones o inhabilitados durante la dictadura, y algunas declaraciones públicas genéricas, en España, el capítulo de las reparaciones a las víctimas está pendiente de cumplimiento.

79. Se produce además una situación de discriminación de las víctimas de la dictadura con respecto de otras víctimas de la violencia política en España, tratándose de situaciones de hecho sustancialmente iguales, a partir de la entrada en vigor de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, aprobada, según su Exposición de Motivos, como *“un signo de reconocimiento y de respeto, pero también de solidaridad debida. El apoyo integral que persigue representa el esfuerzo compartido de reparación que las víctimas y sus familias merecen, inspirado por los principios de memoria, dignidad, justicia y verdad”*.

80. Con los correspondientes ajustes derivados del tiempo transcurrido, del grado de afectación de las víctimas o de sus familiares, o de las reparaciones que de una forma u otra hayan podido percibir con anterioridad, no se aprecia ninguna razón por la que las víctimas del franquismo no deban recibir las mismas reparaciones que se han reconocido a las víctimas del terrorismo.

Conclusión

81. Las víctimas no ejercen acciones legales cuando quieren, sino cuando pueden. Y ello, no solo en el plano subjetivo --cuando disponen de la voluntad, de los recursos económicos, del asesoramiento jurídico necesarios-- sino también en el objetivo: cuando están dadas las condiciones sociales y políticas, domésticas e internacionales, así como las jurídicas, que permiten el ejercicio y la prosperabilidad de sus acciones. En términos de la Convención Europea de

Derechos Humanos (artículo 13) el Estado debe proporcionar a las víctimas un recurso efectivo, y ese deber del Estado opera como presupuesto necesario, verdadera *conditio sine qua non* para el ejercicio de acciones por las víctimas.

82. La vigencia y efectivo respeto de los derechos humanos no puede hacerse recaer sobre el deber de las víctimas --que no es tal, sino un derecho-- de ejercer acciones, si el Estado, incumpliendo sus obligaciones --que lo son, estas sí, en sentido estricto-- no ha creado previamente las condiciones que faciliten a las víctimas su reconocimiento como tales y el ejercicio con garantías de las acciones.

83. La inactividad de las víctimas no puede ser equiparada sin más al abandono o renuncia de sus derechos, por lo demás irrenunciables. No puede ser evaluada sin tomar en cuenta la situación en que el abuso sitúa de ordinario a la víctima, inherente a su condición de tal, de inferioridad frente al victimario, de indefensión y desvalimiento. Las consecuencias de la pasividad de un litigante no pueden ser hechas recaer sobre el mismo, si él no es el responsable de la inacción. El responsable es quien, debiendo hacer viable la acción, no cumple ese deber.

84. El incumplimiento por parte del Estado de su deber de restablecer la verdad histórica ha condicionado severamente el accionar de las víctimas españolas. Éstas se han encontrado frente a la indiferencia general, cuando no ante la abierta animadversión de una parte de la opinión pública, espoleada por algunos medios de comunicación y por algunos representantes políticos conservadores, simplemente porque la mayoría de la sociedad española desconoce su pasado. Y se han encontrado, lo que es aún peor, con la incomprensión y el rechazo de las autoridades gubernativas, que han negado autorización o colaboración para las exhumaciones, y el de los jueces que han rehusado cumplir con sus obligaciones, derivadas tanto del derecho interno como del internacional.

85. Con todas estas disposiciones vigentes, muchas de ellas desde antes de la transición democrática, antes incluso de la guerra civil y la dictadura,

disposiciones que se aplican cotidianamente sin contratiempo alguno por los juzgados en cualesquiera casos carentes de trasfondo político ¿puede seguirse responsabilidad, o acordarse el decaimiento en su derecho por inacción respecto de un familiar sin considerar la omisión de sus obligaciones de parte de funcionarios públicos que tienen el deber legal de actuar de oficio, que han venido sin embargo incumpliendo sistemáticamente cuando se trata de las víctimas de la guerra y de la dictadura?

86. Las víctimas españolas nunca han dejado de reclamar sus derechos. Lo que han hecho, a partir de 1981 es dejar de ejercer acciones, incluyendo las acciones ante organismos y tribunales internacionales, que habían empezado a ejercer en 1975. Abandonaron también las exhumaciones que habían empezado a hacer con sus propios medios, sin ayuda oficial alguna, sin participación de ninguna autoridad. Carecían de un mecanismo de esclarecimiento de la verdad que hubiera podido allanar el camino; tenían en contra el consenso de todos los partidos políticos; veían sistemáticamente rechazadas sus pretensiones ante las autoridades administrativas; y los tribunales aplicaban de manera indiscriminada la amnistía y la prescripción; y después del golpe de estado de 1981, tuvieron miedo: no solo miedo físico a represalias; también, miedo a perder las conquistas democráticas, que a pesar de sus insuficiencias, eran importantísimas. Y miedo al rechazo de la sociedad, a la estigmatización o revictimización.

87. Quienes podían tomar las decisiones en aquel momento, víctimas ellos mismos, eran fundamentalmente los hijos de quienes perdieron la vida o desaparecieron en la guerra y la inmediata posguerra. No es aceptable hablar de pasividad: se trató de una renuncia, consciente y deliberada, pero no libre, sino fruto de la coacción de la situación y del abandono de sus deberes por parte del Estado. En aquella encrucijada, los hijos decidieron sacrificar el pasado de sus padres para no poner en riesgo el futuro de sus hijos.

88. Para que las víctimas reemprendieran el ejercicio de sus acciones debieron producirse dos hechos, que operaron el cambio de las condiciones imperantes, e hicieron aquellas nuevamente viables.

89. Primero, un relevo generacional: la mayoría de edad de aquellos en cuyo beneficio se había hecho el sacrificio veinte años antes. Las acciones, y las organizaciones no gubernamentales constituidas en defensa de los derechos de las víctimas, son sostenidas hoy principalmente por los nietos de las víctimas originarias.

90. Segundo, la misma causa que sirvió de catalizador a las víctimas de Argentina y Chile: los procesos penales de la Audiencia Nacional que ampararon a las víctimas del cono sur latinoamericano. Si los tribunales españoles podían proteger a las víctimas de las dictaduras de otros continentes –se dijeron las víctimas españolas-- con mayor razón deberían hacer otro tanto con las víctimas de su propio país. Sin embargo, la realidad que han encontrado es que los tribunales españoles no han podido, sabido o querido amparar hasta ahora a las víctimas españolas.

91. Así pues, durante muchos años, aunque el cauce jurídico, el acceso a la jurisdicción, estuviera abierto y disponible, no se dieron las condiciones sociales y políticas que permitieran el ejercicio prosperable de las acciones de reclamación en vía civil, penal y administrativa. Las reiteradas resoluciones desestimatorias de las distintas autoridades en las diferentes instancias constituyen la demostración, al mismo tiempo, de la insistencia de las víctimas en la reclamación de sus derechos, y de la incapacidad del Estado para satisfacer dichas reclamaciones. Y cuando finalmente las acciones han resultado viables en un contexto social y político transformado, los tribunales las han rechazado definitivamente, con fundamentos jurídicos no homologables, abiertamente incompatibles con el derecho interno e internacional.

Madrid, 21 de septiembre de 2012

Reseña biográfica

Nacido en Madrid en 1957, Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, ha ejercido como Abogado, Juez y Magistrado, hasta su ingreso por oposición en la Carrera Fiscal en 1989. Destinado en los Tribunales Superiores de Justicia de Catalunya y Madrid entre 1990 y 1993, en la Fiscalía Especial Antidroga de 1993 a 1995, es desde entonces Fiscal Anticorrupción hasta 2005, año en que es nombrado Fiscal del Tribunal Supremo.

Autor de las denuncias originales interpuestas en 1996 en nombre de la Unión Progresista de Fiscales contra las Juntas Militares de Argentina y Chile ante la Audiencia Nacional de España.

Ha sido experto y ponente en distintas conferencias y misiones de cooperación jurídica con el Consejo de Europa, la Unión Europea, la Organización de Naciones Unidas, la Comisión Internacional de Juristas y el Banco Mundial.

Ha publicado múltiples artículos en diferentes medios de comunicación y publicaciones académicas. Además, ha impartido cursos y conferencias en universidades y en otras instituciones de Europa y América. Fue Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid, Profesor Invitado en la University of San Francisco, California entre 2003 y 2005.

Premio Nacional de Derechos Humanos en España, Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Guadalajara (México) y la Universidad Central de Chile. Certificate of Honor del City Council of San Francisco, California. Medalla de Honor de la Vicepresidencia del Senado de la República de Chile.

En Septiembre de 2007, el Secretario General de Naciones Unidas le designó Comisionado de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, CICIG, con rango de Subsecretario General de la ONU, cargo que desempeñó hasta agosto de 2010.

En reconocimiento a su labor en Guatemala recibió la Orden de la Legión de Honor de la República Francesa en grado de Oficial; la Orden de la Estrella de la Solidaridad de la República Italiana en el Grado de Comendador; la Orden del Quetzal en el grado de Gran Cruz de la República de Guatemala; y la Encomienda de Número de la Orden del Mérito Civil de España.

Fdo.: Carlos Castresana Fernández.