

MÁS DE 70 AÑOS DESPUÉS

*Jacqueline Hellman Moreno*¹

SUMARIO

Más de 70 años después, en España, las víctimas del pasado han podido comprobar cómo se les cierra, una vez más, toda posibilidad de acceso al sistema judicial “gracias” a la reciente actuación de su Tribunal Supremo. Esta situación, así como la controvertida Ley Orgánica 1/2009 está llevando a España a una desoladora posición con respecto a la defensa y protección de los Derechos Humanos.

ABSTRACT

After more than 70 years, in Spain, the victims of the past have seen, once more, how the access to the judicial system has been denied after the recent intervention of the Spanish Supreme Court. This situation as well as the controversial Organic Law 1/2009 is leading Spain to a distressing position regarding the defence and protection of human rights.

-
1. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Máster de Derecho de la Unión Europea y Derecho de la Competencia de la Universidad Carlos III de Madrid, obteniendo el premio Luis Vives concedido por el Parlamento Europeo al mejor alumno del Máster. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Estudios de extensa duración en las Universidades de Uppsala y Salzburgo en materias relacionadas con Derecho Penal Internacional. Profesora de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Unión Europea, Derechos Humanos y Comercio Internacional.

I. Introducción

Más de 70 años después, en España, las víctimas de los *crímenes del pasado* han podido comprobar una vez más cómo se les cierra el acceso a la justicia “gracias” a la actuación de su Tribunal Supremo que ha optado por conceder, a través de su sentencia de 27 de febrero de 2012, credibilidad y prioridad a la cuestionada Ley de Amnistía española de 1977 e ignorar al mismo tiempo la cada vez más sólida regulación internacional, la cual se encuentra claramente orientada hacia una incontestable defensa y protección de los derechos humanos. Ello supone, como veremos más adelante, una importante batalla perdida en la agria y tensa lucha iniciada hace largas décadas por aquellos que defendieron, en España, la supremacía de los mencionados derechos como una prioridad ineludible de los Estados; una prioridad encarnada en la obligación que éstos tienen de garantizar que las víctimas de crímenes graves y aberrantes tengan mecanismos efectivos de acceso a la justicia.

Esta lucha fallida, que revela el desinterés del Alto Tribunal de investigar crímenes cometidos en su propio territorio, constituye una muestra más de apatía para con los mismos, lo que puede vincularse con la enmienda legislativa del año 2009, materializada en la controvertida Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre –respaldada por gran parte del Poder Legislativo para bochorno de los españoles– en la medida en que el contenido de ésta ha consistido, como podremos comprobar posteriormente, en desdeñar la referida labor estatal de otorgar superioridad a los derechos humanos y en no proporcionar el dispositivo judicial adecuado para el resarcimiento de graves daños sufridos. Todo ello sucede como consecuencia de la modificación sustancial que dicha ley lleva a cabo sobre el ámbito aplicativo del reconocido *principio de justicia universal*, principio que pretende promover la investigación y condena de los actos delictivos más graves, independientemente del lugar en el que hayan sido cometidos y de quiénes sean las víctimas y/o verdugos.

Así pues, analizaremos a continuación la repercusión que ha tenido el recientemente celebrado proceso judicial del franquismo en España, así como la medida legislativa del año 2009, puesto que ambas cuestiones

pueden erigirse como ejemplos significativos de la despreocupación actual de la justicia española en torno a los derechos humanos.

II. El devenir judicial del asunto relativo a las víctimas del franquismo

El proceso judicial relativo a los hechos delictivos ocurridos durante la Guerra Civil española y el régimen franquista se ha ventilado ante la Audiencia Nacional española, así como ante el Tribunal Supremo español, siendo éste último el que ha dado carpetazo al asunto de forma poco convincente –tal y como demostraremos en el epígrafe siguiente– al ignorar en gran parte la importancia de la regulación internacional en materia de derechos humanos².

Así pues, ¿cuáles fueron los principales escollos con los que se toparon los mencionados órganos judiciales? Uno de ellos fue la *cuestión competencial*. En definitiva, éstos se plantearon si la Audiencia Nacional podía arrogarse la competencia del caso. Sobre este extremo el Ministerio Fiscal se pronunció en sentido negativo, argumentando que debía procederse a su archivo como consecuencia de la vigencia de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977. Sin embargo, el entonces juez instructor, Baltasar Garzón Real, dictó un auto el 16 de octubre de 2008 en virtud del cual declaró que la competencia de la Audiencia Nacional era válida para conocer y juzgar los crímenes cometidos desde 1936 hasta el año 1952, aduciendo que éstos “(...) tenían ya, en aquella época, la categoría de actos prohibidos por el *ius in bello* (derecho de la guerra) e integraban la categoría de crímenes contra las Leyes y Costumbres de la Guerra y Leyes de Humanidad”³. A su modo de ver, estos ilícitos se encontraban

-
2. Esta causa tiene su origen en las denuncias presentadas por varias asociaciones que quisieron poner en conocimiento del poder judicial español la desaparición de numerosas personas durante la Guerra Civil española y los años posteriores al conflicto bélico con el propósito de solicitar la exhumación e identificación de los cadáveres.
 3. Razonamiento jurídico segundo del auto de 16 de octubre de 2008.

estrechamente relacionados con el siguiente tipo penal contemplado en el Código Penal de la época: *el delito contra Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno*⁴. Ello cabía vincularlo, a su juicio, con el actual artículo 65.1º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual atribuye competencia a la Audiencia Nacional sobre “los delitos contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno”. No obstante, un auto dictado por el Pleno de la Audiencia Nacional española, el 2 de diciembre de 2008, y la sentencia de 27 de febrero de 2012 pronunciada por el Tribunal Supremo español proclamaron la imposibilidad de que el citado órgano judicial asumiera la competencia del asunto.

Otro de los muchos obstáculos con los que se tropezaron los magistrados fue el relativo a la *calificación jurídica de los hechos delictivos*. Por un lado, el juez instructor estimó que los hechos objeto de la investigación constituían un delito permanente de detención ilegal cometido en el marco de crímenes contra la humanidad a tenor de lo establecido en el artículo 607 *bis* del Código Penal actual⁵. Ello, inmediatamente, generó el siguiente interrogante: ¿cabe juzgar ilícitos conforme a tipos delictivos introducidos en la normativa penal española con posterioridad a su comisión? Baltasar Garzón creyó salvar este inconveniente trayendo a colación la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2005 con arreglo a la cual *Adolfo Scilingo* fue condenado como autor de crímenes de lesa humanidad, a pesar de que en el momento en el que se le imputaban los hechos dicho tipo penal no estaba introducido en nuestra regulación⁶. Además, éste para reforzar su argumentación concluyó que “(...)

-
4. El razonamiento jurídico duodécimo del auto de 16 de octubre de 2008 indica que: “(...) la insurrección se llevó a cabo con una muy concreta finalidad, acabar con el sistema de Gobierno y los Altos Organismos que lo representaban, y como instrumento para que los crímenes contra la humanidad y la propia confrontación bélica estuvieran servidas”.
 5. Razonamiento jurídico cuarto del auto de 16 de octubre de 2008.
 6. Adolfo Scilingo, ex militar argentino, cooperó en las estrategias ideadas por la Escuela de Mecánica de la Armada y formó parte de una organización criminal



aunque los crímenes contra la humanidad no estaban vigentes como tales en el momento del comienzo de la ejecución de los mismos, ya entonces formaban parte del contexto en el que se cometieron los delitos en particular, que, aunque estaban tipificados como tales hechos delictivos, no fueron cometidos como delitos aislados, sino como una parte de un plan de ataque generalizado y sistemático contra una parte de la población civil”⁷. Sin embargo, con respecto a estas cuestiones el Alto Tribunal fue contundente, puesto que consideró que no era posible apreciar crímenes contra la humanidad en la presente causa en la medida en que no se encontraban previstos en la regulación penal española en el momento en el que fueron cometidos. Desde su perspectiva, un razonamiento contrario al anterior implicaría una vulneración del principio de legalidad y del principio de no retroactividad de las normas sancionadoras no favorables al reo. Así las cosas, tomando esta importante premisa en consideración, aquel descartó también la aplicación de la regulación internacional –convencional y consuetudinaria–, así como los principios de Nüremberg al ser incorporados en España en el año 1952, fecha en la que no sabemos por qué finaliza el periodo de investigación del proceso judicial que está siendo analizado.

Al hilo de lo anterior, resulta oportuno comentar otro inconveniente con el que los jueces debieron lidiar: la vigencia al día de hoy de la *Ley de Amnistía de 1977*⁸. En opinión del juez instructor, existe un claro consen-

→ constituida como una unidad de conRAINTeligencia y exterminio. Fue juzgado y condenado en España a 640 años de prisión por delitos de lesa humanidad cometidos entre los años 1976 y 1977.

7. Razonamiento jurídico noveno del auto de 16 de octubre de 2008. Santos Vara es de la misma opinión cuando considera que, bajo determinadas circunstancias, ciertos hechos pueden adoptar la forma de crímenes contra la humanidad, aunque hayan ocurrido con anterioridad a su correspondiente tipificación normativa, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de las normas penales. Vid. Santos Vara, J., “Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2009, pág. 9.

8. La *Ley 46/1977* de 15 de octubre establece, en su artículo primero, la amnistía para “(...) todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuera su resultado, tipificados como delitos o faltas con anterioridad al 15 de diciembre de 1976”.

so en el ámbito internacional acerca de que las amnistías no pueden otorgar impunidad a individuos que han propiciado un plan sistemático de ejecuciones de personas o la desaparición generalizada de las mismas por motivos ideológicos de acuerdo con la regulación internacional. Frente a esta argumentación, el Alto Tribunal mantiene que los órganos judiciales no son los encargados de anular normas jurídicas por muy polémicas que éstas sean y que aquella, por tanto, sigue siendo aplicable, excluyéndose con base a la misma la posibilidad de que las víctimas franquistas o sus familiares ejerciten cualquier acción para reclamar sus derechos⁹.

Se aprecia, pues, la manera un tanto opuesta que tienen las mencionadas instancias judiciales de resolver las principales trabas jurídicas del caso. En este sentido, conviene hacer hincapié en el recelo que plasma en todo momento el Alto Tribunal a la hora de plantearse una investigación *judicial* de las detenciones ilegales perpetradas por el régimen franquista –si bien es consciente de que los hechos delictivos objeto del litigio son crímenes de guerra a luz de la legislación vigente y de que la recuperación de los cadáveres del régimen franquista para una efectiva reconciliación no ha finalizado todavía–, ya que entiende que el tipo agravado de los mencionados delitos relativo al desconocimiento del paradero de las víctimas no se encontraba vigente durante el periodo que abarca la instrucción judicial del asunto en la medida en que éste desapareció en 1932 y no se volvió a incluir hasta 1944. Todo lo cual le lleva a descartar la aplicación de esta figura delictiva –pese a que el tiempo que engloba la indagación judicial del caso se alarga hasta 1952– y a afirmar, a continuación, que el tipo ordinario del delito ha prescrito con la indudable repercusión que esta afirmación conlleva. Ello contrasta con las consideraciones del juez instructor, quien opina que de acuerdo con la jurisprudencia

9. La validez de la Ley de Amnistía fue confirmada el 19 de julio de 2011 por el Congreso de los Diputados. Información disponible en el enlace que figura a continuación:
http://politica.elpais.com/politica/2011/07/19/actualidad/1311097420_093342.html

dencia internacional no cabe hablar de prescripción en el marco de detenciones ilegales.

Se advierten, por lo tanto, importantes desavenencias en la argumentación de unos y otros. Sea como fuere, de lo que no hay duda es que el Tribunal Supremo impide investigar judicialmente los crímenes acontecidos durante la Guerra Civil española y los primeros años del franquismo. Siendo así las cosas, no nos queda más remedio que analizar aquella y averiguar si los razonamientos jurídicos esgrimidos por el Alto Tribunal son o no acertados.

II. 1. *Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012*

Es imposible no concluir que las reclamaciones de las víctimas franquistas se ven gravemente cercenadas con la sentencia de 27 de febrero de 2012 en virtud de la cual se pone de relieve la imposibilidad de que los tribunales españoles proporcionen a éstas una respuesta judicial adecuada y satisfactoria tras haber sufrido, tiempo atrás y en su propio territorio, la desprotección y el desamparo de sus derechos más fundamentales. Esta es la amarga sensación que impera tras una lectura pormenorizada de aquélla, máxime si se toma en consideración que el litigio ventilado ante el Alto Tribunal se abre con la sola intención de determinar si el entonces juez instructor del caso, Baltasar Garzón, había cometido o no un delito de prevaricación judicial. Se advierte, por tanto, una “extralimitación” en el ámbito de actuación del propio Tribunal, el cual concluye que los delitos cometidos durante la Guerra Civil y la dictadura no son perseguibles judicialmente. En definitiva, el Tribunal Supremo “aprovecha” de alguna forma el proceso judicial abierto contra Baltasar Garzón para emitir una serie de argumentos jurídicos sobre cuestiones ajenas al verdadero objeto del proceso, blindando así la persecución de los crímenes más sangrientos pertenecientes al pasado español.

Sea como fuere, analizando la argumentación empleada por el mencionado Tribunal apreciamos altas dosis de impunidad para con los deli-

tos más graves perpetrados durante el conflicto bélico español y el franquismo. Ello es así en la medida en que, como hemos visto, la controvertida sentencia decide *no aplicar los crímenes contra la humanidad y mantener, por el contrario, la aplicabilidad de la Ley de Amnistía de 1977*; además de *sostener una interpretación restringida de la normativa internacional en materia de derechos humanos y de abogar por la preeminencia absoluta del Derecho penal interno*.

Con respecto a lo anterior cabe realizar una serie de puntualizaciones. En primer lugar, no hay duda de que los hechos objeto de la investigación judicial no pueden calificarse como crímenes contra la humanidad de conformidad con nuestra regulación penal, puesto que este ilícito fue introducido con carácter posterior a la comisión de aquellos. Ello, tal y como razona el Alto Tribunal, implicaría una violación del principio de legalidad, así como del de irretroactividad de las normas sancionadoras. Hasta ahí la argumentación de aquel no genera ninguna inquietud. No obstante, el problema surge cuando afirma que la regulación internacional, ya sea convencional o consuetudinaria, no puede tomarse en consideración si no es debidamente introducida en nuestro ordenamiento jurídico. A este respecto debemos apuntar tajantemente que la normativa consuetudinaria internacional no sólo goza de absoluta primacía con respecto a la doméstica¹⁰, sino que además los Estados quedan vinculados por ella independientemente de si concurre o no un consentimiento directo o indirecto de aceptación de la misma¹¹.

-
10. Así lo estipula la Audiencia Nacional en su auto de 17 de julio de 2008: "(...) la categoría de los crímenes contra la humanidad es una categoría de preexistente en el Derecho Internacional, de origen consuetudinario, que establece la prohibición de actos inhumanos contra la población civil y persecuciones políticas, raciales, religiosas de carácter imperativo, *ius cogens*, que impone a los Estados una obligación de perseguir y castigar. El desvalor de la conducta de los crímenes contra la humanidad pertenece al derecho internacional consuetudinario en vigor desde hace muchas décadas, con eficacia erga omnes aplicable también a España aunque el legislador no hubiese desarrollado hasta 2004 la específica tipicidad y penalidad en el Código Penal español".
 11. Así lo determinó la Corte Internacional de Justicia, el 20 de febrero de 1969, en el asunto relativo a la plataforma continental del mar del Norte.

Junto a lo anterior, resulta pertinente traer a colación el principio de legalidad internacional esbozado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según éste último, una persona podrá ser condenada por una acción u omisión, siempre que en el momento de su comisión constituya una infracción conforme al derecho nacional o internacional o se erija como un delito de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Por lo tanto, conforme al citado precepto legal, cabría apreciar la existencia de conductas criminales, siempre que éstas se encuentren debidamente previstas en la normativa internacional –ya sea convencional o consuetudinaria– de la época, independientemente de lo dispuesto en la normativa interna. Esta importante aseveración queda corroborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kolk y Kislyiy v. Estonia* a través del cual se afirma que aunque los actos sean perpetrados de acuerdo con el derecho interno entonces en vigor, se pueden detectar crímenes contra la humanidad conforme a la regulación internacional siempre que encajen con la tipología de crímenes de formación consuetudinaria.

Así pues, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿existía durante la comisión de los hechos enjuiciados normativa internacional que los sancionara? En este sentido, ¿cabría apoyarse en los principios de Nüremberg?¹² Según el Tribunal Supremo, ello no es posible al no haber sido éstos adaptados a las exigencias penales nacionales de tipificación y al no haber participado el Estado español en su redacción. Queda claro en la sentencia en cuestión que el referido órgano judicial considera que el Derecho internacional consuetudinario no es capaz de crear ilícitos directamente aplicables. Si esta postura fuera cierta, resultaría imposible “utilizar” la costumbre penal internacional en la mayoría de los casos, lo

12. Los juicios de Nüremberg –los cuales dieron lugar a los célebres principios de Nüremberg– favorecieron la formación posterior del Derecho consuetudinario. Gracias a la celebración de aquellos surgió, entre otros, el delito de crímenes contra la humanidad.

que no es congruente con la reconocida premisa de recepción automática de las normas consuetudinarias¹³. Comprobamos, pues, la interpretación restrictiva y anquilosada que hace el citado Tribunal en torno al Derecho internacional consuetudinario, especialmente cuando indica que éste tan sólo puede erigirse como un elemento interpretativo y contextual.

Además —como ya anticipábamos—, el Alto Tribunal, tomando en consideración la sentencia *Kolk y Kislyiy v. Estonia*, proclama la falta de vinculación de España para con los principios de Nüremberg al no haber participado en su redacción y al no ser parte por aquel entonces de Naciones Unidas. Sin embargo, en dicho pronunciamiento no se supeditó la vinculación de éstos a una intervención estatal en cuanto a su contenido. Es más, esta decisión judicial lo que verdaderamente proclama es la validez universal de aquellos principios, por lo que deducimos la imposibilidad de que sus efectos se vean mitigados arbitrariamente por algunos países, tal y como España ha hecho en el caso que nos atañe.

En segundo lugar, mantener la vigencia de la Ley de Amnistía de 1977 supone la vulneración del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en la medida en que ambos documentos prohíben este tipo de leyes para el caso de graves violaciones de los derechos humanos. Manifestar, como hace el Alto Tribunal, que estos instrumentos jurídicos no son aplicables por considerar su falta de vigencia en el momento de la comisión de los delitos franquistas implica, fundamentalmente, dejar los crímenes del franquismo libre de todo castigo. Ello nos lleva a una situación inadmisibile, tal y como proclama el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Abdülsamet Yaman c. Turquía* con arreglo al cual no deben existir límites temporales ni amnistías sobre ilícitos de envergadura.

13. Vid. Fernández Liesa, C., “La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho penal español”, en: Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal, Tamarit Sumalla, J. (coord.), Barcelona, Ed. Atelier, 2010, pág. 84.

Evidentemente, la amnistía otorgada sobre los crímenes pasados fue fruto del pacto del olvido sellado por las fuerzas políticas que participaron en la transición democrática española, las cuales consideraron la idoneidad de la fórmula para aplacar posibles ajustes de cuentas y peticiones de responsabilidad. No obstante, olvidando o amnistiando—lo mismo es si se toma en consideración que *amnistía* y *amnesia* son términos conjugados— hoy un pasado tan trágico como aquel que tuvo lugar hace más de 70 años en España genera, sin duda alguna, un grave déficit de conciencia histórica entre los españoles. No sólo eso, un Estado que despreciando los derechos de las víctimas impone la lógica del olvido en relación con crímenes graves se sitúa fuera de la legalidad internacional, máxime si se toma en consideración que la Ley de 1977 tuvo por objeto indultar delitos políticos cometidos con anterioridad al 15 de diciembre de 1976, lo que no incluye bajo ningún concepto los crímenes contra la humanidad (así precisamente fue como lo entendió la Audiencia Provincial de Madrid en el caso Ruano¹⁴ al afirmar que la aplicación de la Ley de Amnistía dependía de la intencionalidad política de los hechos, es decir, de la necesidad de advertir un móvil político en la comisión de los actos delictivos)¹⁵.

Finalmente, como colofón a todo lo anterior, cabe advertir que en la sentencia de 27 de febrero de 2012 se vierten —¡para nuestra sorpresa!— numerosos razonamientos de carácter no jurídico. En este sentido, resulta llamativo el modo en el que los dos bandos implicados en la Guerra

14. El asunto Ruano versa sobre un joven estudiante español que fue detenido por la policía tras repartir propaganda política a principios de 1969. Varios días después fue hallado muerto. La policía determinó que se había tirado por la ventana para tratar de huir. Años más tarde, su familia acudió a los tribunales para obtener justicia.

15. Esta interpretación, según Gil Gil, “(...) acercaría más nuestra Ley de Amnistía a un mecanismo de averiguación de la verdad y no de olvido absoluto”. Cfr: Gil Gil, A., “Mecanismos de superación del pasado conflictivo”, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Ed. Atelier, 2009, pág. 86.

Civil son equiparados al afirmar en su Fundamento de Derecho Cuarto que "(...) en ambos bandos de la guerra civil se produjeron atrocidades y que los dos bandos, al menos sus responsables políticos y militares, no observaron las denominadas leyes de guerra". Evidentemente fueron muchas las atrocidades cometidas por ambos bandos pero desde luego que no es de recibo realizar dicha equiparación, puesto que tan sólo fue uno de ellos el que arrebató mediante un golpe de Estado la soberanía popular durante largas décadas. Asimismo, no hay que olvidar que desde el Gobierno de la II República se procuró poner fin a la violencia de unos y otros mediante llamada al orden y al respeto de las personas y las propiedades. Además, gran parte de la represión llevada a cabo por la retaguardia gubernamental fue realizada por individuos y colectivos que escapaban del control de las altas autoridades republicanas y si bien cometieron crímenes –los cuales se podrían subsumir en la categoría de delitos ordinarios– éstos no respondían a un plan estratégicamente diseñado para exterminar a una parte de la población civil española, a diferencia del bando golpista, el cual pretendía la aniquilación de cualquier defensor de los valores democráticos¹⁶. Conviene puntualizar igualmente que durante la dictadura se juzgaron muchos de los crímenes –aunque no todos– perpetrados por el bando republicano y que sus víctimas fueron localizadas, exhumadas, identificadas y debidamente enterradas, a diferencia de aquellos otros ilícitos cometidos por el bando sublevado, cuyas víctimas no fueron objeto de búsqueda ni de recuperación, por lo que el establecimiento de cierto paralelismo entre unos y otros es, a nuestro juicio, no sólo innecesario sino también equivocado.

16. "(...) la acción desplegada por las personas sublevadas y que contribuyeron a la insurrección armada del 18 de Julio de 1936, estuvo fuera de toda legalidad y atentaron contra la forma de Gobierno (...), en forma coordinada y consciente, determinados a acabar por las vías de hecho con la República mediante el derrocamiento del Gobierno legítimo de España, y dar paso con ello a un plan preconcebido que incluía el uso de la violencia, como instrumento básico para su ejecución" (razonamiento jurídico segundo del auto de 16 de octubre de 2008).

Al margen de lo comentado en el párrafo anterior que según entendemos debe quedar excluido del ámbito de valoración de cualquier tribunal por no tratarse de consideraciones estrictamente jurídicas, concluimos que la sentencia del Tribunal Supremo español opta por ignorar los principios y estándares del Derecho internacional en materia de derechos humanos, inclinándose por cerrar toda vía penal de investigación¹⁷. Ello colisiona con la sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Gutiérrez Dorado contra España* en virtud de la cual se determinó que el Estado tenía la obligación de investigar los hechos aunque los mismos hubieran sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, el citado órgano judicial indicó que: “(...) no hay justificación para ser excesivamente rígido respecto a la obligación de investigar muertes ilegales, cometidas hace muchos años, dado que el interés público en conseguir el enjuiciamiento y condena de los perpetradores está firmemente reconocido, en particular en el contexto de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”. Así las cosas, conviene traer a colación otro argumento surgido a raíz del caso en cuestión: las desapariciones forzosas pueden tener naturaleza continuada cuando los restos no son identificados, ni exhumados, ni se ha llevado a cabo una investigación que ayude a determinar qué ocurrió y quién puede ser el responsable. Por lo tanto, en clara contraposición con lo indicado por el Tribunal Supremo, las desapariciones que tuvieron lugar durante la Guerra Civil y la época franquista son, a la luz de lo dispuesto

17. No obstante, el Alto Tribunal –conforme a su auto de 28 de marzo de 2012– considera que los órganos territoriales podrían practicar cierto tipo de diligencias “(...) en presencia de indicios objetivables de la existencia de restos de posibles víctimas de delitos susceptibles de localización”. Sin embargo, pocos han sido los avances realizados hasta la fecha. Así lo demuestra el auto de 16 de abril de 2012 emitido por el Juzgado de Instrucción número 2 de Arenas de San Pedro en virtud del cual se declaró que la exhumación y entierro de las víctimas franquistas carecían de toda relevancia penal, procediéndose al archivo inmediato de la causa.

por la jurisprudencia internacional, delitos que se mantienen en el tiempo y siguen, por tanto, cometiéndose en la medida en que no han sido investigados, generando la consiguiente obligación estatal de proceder a realizar las indagaciones oportunas con el propósito de garantizar a las víctimas el acceso a la justicia. Así lo ha recordado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas cuando afirma que: “el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones”¹⁸.

III. La Ley Orgánica 1/2009 y su vinculación con los crímenes del pasado

Lo anterior ilustra una realidad desoladora, máxime si junto al descarado socaire de desprotección en el que se encuentran las mencionadas víctimas del franquismo tomamos en consideración la Ley Orgánica 1/2009, según la cual la protección de los derechos humanos en España deja de ser una prioridad tras la significativa desvirtuación que ésta ha llevado a cabo sobre el principio de justicia universal.

En este orden de ideas, conviene apuntar que la regulación anteriormente vigente a la mencionada enmienda legislativa del año 2009 permitía a la Audiencia Nacional española, de acuerdo con el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, investigar crímenes graves, independientemente de que fueran perpetrados más allá del límite territorial estatal y al margen de la nacionalidad de las víctimas y perpetradores de los delitos. En definitiva, el citado precepto legal contenía en su momento el verdadero espíritu del principio de justicia universal, el cual se erige

18. Decisión de 13 noviembre de 1995, Comunicación N° 563/1993, Caso Nydia Erika Bautista, (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/55/D/563/1993, párrafos 8.2 y 8.6.

como un título habilitador de competencia jurisdiccional que proporciona a los Estados la posibilidad de juzgar a los responsables de cometer crímenes especialmente deleznable.

Consecuentemente, la modificación del artículo 23.4 por la Ley Orgánica 1/2009¹⁹ supone una merma considerable en torno al reconocido principio de justicia universal en España en la medida en que el contenido del actual precepto legal supedita la asunción de competencia de los jueces a que los graves hechos acontecidos fuera del territorio español reúnan alguno de los siguientes requisitos: 1) que exista una prueba fehaciente de que el presunto autor de los hechos se encuentra en territorio español; 2) que existan víctimas de nacionalidad española; ó 3) que se advierta algún vínculo de conexión relevante con España²⁰. Así las cosas, no hay duda de que estas nuevas condiciones adulteran el principio de universalidad tradicionalmente contenido en el artículo 23.4 debido a que su marco de aplicación no depende ya de la gravedad del ilícito en sí, sino del cumplimiento de requerimientos adicionales y ajenos a su verdadera esencia²¹.

-
19. Resulta vergonzoso averiguar que la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 1/2009 surgió del pacto político celebrado entre el gobierno español de turno y el principal partido de la oposición, sin la celebración del correspondiente debate. El nuevo contenido del artículo 23.4 se incluyó en un proyecto desvinculado de la jurisdicción universal: la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial.
 20. El nuevo artículo 23.4 declara, además, que es necesario que no exista ningún otro proceso sobre los mismos hechos en cualquier otro país que sea a su vez competente de conocerlos y juzgarlos, ya que en caso de que esto último suceda se procederá al sobreseimiento provisional del asunto.
 21. ¿Qué podemos entender como vínculo de conexión relevante con España? Este impreciso requerimiento puede dar lugar a situaciones complejas, ya que lo que para algunos puede suponer un nexo de vinculación indiscutible con España, para otros puede que no constituya un motivo legítimo para justificar la actuación de tribunales domésticos en el extranjero. Además, conceder competencia a jueces españoles a través del principio de personalidad pasiva —en la medida en que el artículo 23.4 prescribe la presencia de víctimas españolas como uno de los requisitos válidos para su ejercicio— resulta polémico, puesto que es un título competencial distinto del de universalidad y, como tal, debió figurar en un epígrafe separado. Sin

→

¿Cuáles fueron las razones que provocaron semejante cambio legislativo? Sin duda alguna, la amenaza de una posible ruptura de las relaciones diplomáticas entre España y terceros Estados fue un claro detonante. Esta tesis cobra especial protagonismo al constatar que la entrada en vigor de la comentada enmienda legislativa se produce en un momento en el que existían, en España, diversos procesos judiciales abiertos por medio del principio de justicia universal contra las principales potencias mundiales²².

Sin embargo, también resulta razonable vincular la comentada reforma legislativa del año 2009 al asunto de las víctimas del franquismo en virtud del cual se ha podido apreciar la “susplicacia” de gran parte de los jueces españoles a la hora de juzgar los crímenes perpetrados durante la guerra y la posguerra española. Evidentemente, los graves hechos ocurridos durante aquel aciago período tienen perfecta cabida en el marco aplicativo del principio de justicia universal, lo que hace que nos planteemos la siguiente cuestión: ¿cómo es posible que la Audiencia Nacional haya juzgado graves crímenes ocurridos en el extranjero conforme al principio de justicia universal y, por el contrario, no haya tenido capacidad hasta la fecha para juzgar aquellos otros que han tenido lugar en su propio territorio? En definitiva, si los crímenes ocurridos durante la Guerra Civil española y el franquismo no son cuestiones debidamente investigadas en nuestro país, ¿cómo es posible defender una correcta aplicación

→ embargo, la condición relativa a la presencia de los presuntos responsables en territorio español como un presupuesto necesario para articular la competencia judicial española sobre hechos ocurridos en el extranjero no daña particularmente la esencia del principio de universalidad.

22. En los últimos años de vigencia del derogado artículo 23.4 se interpusieron, entre otras, denuncias contra altos dirigentes estatales chinos por un presunto delito de genocidio cometido contra la población tibetana; se formularon querellas contra militares estadounidenses por la muerte del periodista español José *Couso*, así como contra altos mandatarios israelíes por los sangrientos bombardeos perpetrados en Gaza en el año 2002. Ello muestra el insólito y “delicado” protagonismo de la política criminal española en el marco de la defensa y protección de los derechos humanos.

extraterritorial de la ley penal española? Por lo tanto, con el propósito de ser congruentes con la “actitud” de desprecio para con las víctimas del franquismo, parece del todo lógico limitar la regulación que permite investigar ilícitos de la misma envergadura en el extranjero. Así las cosas, no resulta descabellado afirmar que uno de los objetivos de la comentada reforma haya sido la de poner fin a este tipo de “asimetrías judiciales”²³. Todo indica, pues, que la Ley Orgánica 1/2009 pretende, *entre otras cuestiones*, ser congruente con la falta de interés que las autoridades judiciales españolas han mostrado durante largos años en torno a los crímenes más “espinosos” del reciente pasado español más sangriento.

Consecuentemente, no hay duda de que la reforma del año 2009 y el proceso judicial del franquismo implican el establecimiento de un modelo de impunidad en España. Por un lado, *el Poder Judicial español* no desea –tras más 30 años de democracia– investigar los funestos ilícitos del pasado y, por otro, *el Poder Legislativo español* ha limitado la capacidad de persecución de aquellos graves crímenes que puedan cometerse en el futuro. Ello lleva a una penosa posición, especialmente si tomamos en consideración a *Karl Jaspers*, según el cual deberíamos hacernos responsables de las injusticias sufridas si no hacemos nada por impedir las²⁴.

IV. Bibliografía

- FERNÁNDEZ LIESA, C., “La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho penal español”, en: Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal, TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), Barcelona, Ed. Atelier, 2010.

23. Desde el *asunto Pinochet*, muchos han criticado que España no hiciera con sus propios crímenes lo mismo que con tanto ímpetu llevaba a cabo en el extranjero en relación con ilícitos graves. Vid. Kissinger, H.A., “The Pitfalls of Universal Jurisdiction”, *Journal of Foreign Affairs*, 2001, pág. 91 y ss.

24. Vid. Jaspers, K., “Esquema de las distinciones”, *El problema de la culpa*, Barcelona, Ed. Paidós, 2011, pág. 54 (traducción de Román Gutiérrez Cuartango).

- GIL GIL, A., “Mecanismos de superación del pasado conflictivo”, La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica, Barcelona, Ed. Atelier, 2009.
- JASPERS, K., “Esquema de las distinciones”, El problema de la culpa, Barcelona, Ed. Paidós, 2011 (traducción de Román Gutiérrez Cuartango).
- KISSINGER, H.A., “The Pitfalls of Universal Jurisdiction”, Journal of Foreign Affairs, 2001.
- SANTOS VARA, J., “Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2009.

Palabras claves: crímenes internacionales, protección de los derechos humanos, franquismo, principio de justicia universal, impunidad

Keywords: *international crimes, protection of human rights, franco regime, universal justice principle, impunity*