

Informe sobre crímenes del franquismo*

César Estirado
Unión Progresista de Fiscales

Este trabajo trata de responder a la siguiente cuestión: ¿Son perseguibles los crímenes del franquismo cometidos tras el golpe militar del 18 de julio de 1936 durante la guerra civil y tras su finalización, en cuanto son tipificables como crímenes de lesa humanidad?

La contestación a esta pregunta requiere transitar las siguientes fases ¿Cómo se pueden tipificar estos hechos? ¿Se pueden vencer o superar los obstáculos tradicionales del Derecho Penal que impedirían la persecución de estos hechos, tales como la prescripción, la existencia de Ley de Amnistía, la irretroactividad de la Ley penal desfavorable? ¿Cómo opera el Derecho Penal internacional de los Derechos Humanos en relación con estos obstáculos?

En primer lugar, debo aclarar que el desarrollo de este trabajo parte de las aportaciones llevadas a cabo con motivo de los procesos abiertos en la Audiencia Nacional por la presentación de sendas denuncias por la U.P.F. para la persecución de los crímenes cometidos por las Dictaduras Militares sufridas por Argentina y Chile tras los correspondientes golpes militares, que habíamos tipificado como genocidio, terrorismo y torturas. Pues bien, todos los reparos que entonces se pusieron por la Fiscalía de la Audiencia Nacional y las defensas de los imputados y luego procesados fueron superados con base en la consulta de los avances acumulados por el Derecho Internacional en ese ámbito, constituyendo estos procesos a su vez un profundo avance en la persecución eficaz e irrenunciable de estos crímenes bajo el principio de la justicia universal. Ahora contemplo cómo nuevamente la Fiscalía de la Audiencia Nacional ha reproducido algunos argumentos similares para obstaculizar el nuevo proceso emprendido por el Juzgado de D. Baltasar Garzón a raíz de la denuncia presentada por los familiares de las víctimas del franquismo.

En primer lugar ¿Se pueden tipificar los crímenes cometidos por los sublevados franquistas y la posterior Dictadura como crímenes de lesa humanidad?

* Informe publicado en <http://www.upfiscales.com/info/comunicados/uh52.htm>

1. Existe una primera tipificación de estos hechos como “genocidio”. Como ya planteó la UPF en las causas de Argentina y Chile, la realización de los actos objetivos del tipo de genocidio son indiscutibles: están probados en la actual historiografía los asesinatos en masa, los secuestros, las torturas, así como la ejecución de tales actos dentro de una política gubernamental que los autorizaba y ordenaba. Por lo tanto, lo único que puede discutirse es el aspecto subjetivo del delito: es decir, el propósito directo de los autores de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, racial, étnico o religioso. Así, se podría argumentar que la única finalidad de los actos criminales cometidos fue la de destruir grupos políticos o sociales, sin otra finalidad que la ideológica, y que como en la definición internacional de genocidio, así como en la contenida en nuestro vigente Código Penal, no se contempla la finalidad de destruir grupos políticos, a diferencia de lo que se preveía en la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 1946 que dio lugar al Convenio Internacional sobre el Genocidio de 1948, tales actos con ese tipo de finalidad quedarían fuera del delito de genocidio. Pero nosotros ya argumentamos en aquellos procesos que tales actos sí tendrían encaje en el tipo de genocidio a través del concepto típico de “propósito de destrucción parcial de grupo nacional”. Tal como hicieron las Juntas Militares argentinas y chilenas, el bando rebelde franquista expresó desde un principio su primordial finalidad de depuración nacional, eliminando todos los grupos subversivos que no tenían encaje en su proyecto ideal de “nación española” o de “españolidad”. Por tanto, está claro que la implementación de los actos ilegales de represión quería destruir una parte de la nación española, en concreto aquella que los rebeldes consideraban que no tenían cabida en su proyecto de “reorganización nacional”. De modo que el concepto típico “grupo nacional” debe interpretarse en el sentido de grupo unido por cualquier vínculo, incluido el político o ideológico, que forme parte de una nación. Sólo con esta interpretación se consigue proteger eficazmente el bien jurídico que se pretende sin duda proteger a nivel internacional, a saber, el derecho de los grupos humanos, de cualquier clase, a su existencia. Además, esta interpretación está avalada por la de los organismos competentes de la ONU, que en el caso del exterminio de Kampuchea (1975-1979), dictaminaron que tales actos eran encuadrables en el delito de genocidio, cuando es evidente que la finalidad de aquel exterminio era también político-ideológica, pues no se trataba de destruir ningún grupo por razones étnicas, o religiosas, o por su identidad nacional. Se consideró, en cambio, que el llamado “autogenocidio”, es decir, el caso de que los autores del exterminio pertenezcan al mismo grupo nacional que las víctimas, encaja en el tipo de genocidio a través del concepto de destrucción parcial de grupo nacional. Es decir, cuando los genocidas pretenden eliminar una parte de su propia nación, por razones ideológicas. Para reforzar esta tesis, el dictamen que al efecto elaboró el Instituto alemán Max-Planck para el Derecho Penal extranjero e internacional, el cual dio origen al inicio de otro

proceso penal en Alemania por los delitos de desaparición de personas bajo la Dictadura Militar Argentina, consideró que en la medida que la norma penal alemana reguladora del genocidio estaba conexas con el Derecho Penal Internacional, que a su vez es parte integrante del Derecho Internacional Público, debería interpretarse de acuerdo con las fuentes de éste, una de las cuales es el llamado “ius cogens”, es decir, el conjunto de normas no escritas aceptadas por la comunidad internacional como obligatorias y vinculantes. Por tanto, podría extenderse directamente la prohibición penal del genocidio a los grupos políticos, pues posee carácter de ius cogens la prohibición del genocidio, también por motivos políticos. En definitiva, esta interpretación del delito de genocidio, más acorde desde luego con el Derecho Humanitario Internacional, es la que afortunadamente ha sido acogida por el Pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, que por unanimidad, en el histórico Auto de 4-11-98 resolvieron afirmativamente la cuestión planteada por la Fiscalía sobre la competencia de la jurisdicción española para conocer de aquellos hechos. Así este Auto utilizaba unos razonamientos que considero plenamente aplicables al caso que ahora nos ocupa: “La acción plural y pluripersonal imputada, en los términos en que aparece en el sumario, es de actuación contra un grupo de argentinos o residentes en Argentina susceptible de diferenciación y que indudablemente, fue diferenciado por los artífices de la persecución y hostigamiento. Y las acciones de persecución y hostigamiento consistieron en muertes, detenciones ilegales prolongadas, sin que en muchos casos haya podido determinarse cuál fue la suerte corrida por los detenidos –repentinamente extraídos de sus casas, súbitamente expulsados de la sociedad y para siempre- dando así vida al concepto incierto de “desaparecidos”, torturas, encierros en centros clandestinos de detención, sin respeto de los derechos que cualquier legislación reconoce a los detenidos, presos o penados en centros penitenciarios, sin que los familiares de los detenidos supiesen su paradero, sustracción de niños de detenidos para entregarlo a otras familias –el traslado por la fuerza de niños del grupo perseguido a otro grupo-. En los hechos imputados en el sumario objeto de investigación, está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población argentina, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de exterminio, que no se hizo al azar, de manera indiscriminada, sino que respondía a la voluntad de destruir a un determinado sector de la población, un grupo, sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido y hostigado estaba integrado por aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen, pero también ciudadanos indiferentes al régimen. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo en relación al nuevo sistema político, sino que quiso destruir el grupo, mediante las detenciones, las muertes, desapariciones, sustracciones de niños de familias del grupo, amedrentamiento de los

miembros del grupo. Estos hechos imputados constituyen delito de genocidio. Sabemos por qué en el Convenio de 1948 no aparece el término “político” o las voces “u otros” cuando relaciona en el art. 2 las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio. Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. Cualesquiera que fueran las intenciones de los redactores del texto, el Convenio ahora cobra vida en virtud de las sucesivas firmas y adhesiones al Tratado por parte de miembros de Naciones Unidas que comparten la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a sancionar. El art. 137 bis del Código Penal español derogado y el art. 607 del actual código penal, nutridos de la preocupación mundial que fundamentó la Convención de 1948, no pueden excluir de su tipificación hechos como los imputados en esta causa. El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de Derecho Internacional, requiere que los términos “grupo nacional” no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino simplemente grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado. Esa concepción social del genocidio –sentida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito- no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio, como tal genocidio, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Convenio de 1948 que afloran del texto, no pueden excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros. Ni el Convenio de 1948 ni nuestro Código Penal ni tampoco el derogado excluyen expresamente esta integración necesaria.

2. Cabe igualmente plantear la tipificación de estos crímenes como “crímenes contra la Humanidad”. Esta tipificación internacional surge con el Estatuto del Tribunal de Núremberg en 1946. Lo definía como “el asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación, y cualquier acto inhumano cometido contra la población civil, antes o durante la guerra, o bien la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos.” En su resolución 95, de 11 de Diciembre de 1946, la Asamblea General de la ONU “confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Núremberg y por la Sentencia de ese Tribunal”. Como consecuencia, adquiere

alcance universal el Derecho creado por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal internacional de Nüremberg. Estos se han convertido en parte del Derecho Internacional consuetudinario. Así, la posterior tipificación internacional del crimen de genocidio se debió a su consideración como el más grande de los crímenes contra la Humanidad por atentar al derecho de un grupo a su existencia. El actual art. 607 bis de nuestro Código Penal, introducido tras la Reforma operada por la L.O. 15/2003, tipifica como crímenes de lesa humanidad la realización de determinados actos graves contra las personas “como parte de una ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella” y en todo caso “por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional.” Evidentemente, si según los razonamientos anteriores, los actos de exterminio y de represión cometidos por el bando franquista y durante la Dictadura tienen encaje en la figura de genocidio, por ser de clara y directa aplicación los supuestos fácticos y los razonamientos jurídicos que han llevado con éxito a la consideración judicial de hechos similares como tal delito de genocidio, con mayor razón cabrá en todo caso su tipificación como crímenes contra la Humanidad, pues el genocidio es el más grave de ellos, sin que sea preciso demostrar a estos efectos el propósito de destrucción del grupo, bastando los actos de persecución u hostigamiento represivo y sistemático del mismo.

3. Existe una tipificación a mi juicio muy clara como delitos de tortura, teniendo esta conducta un carácter sistemático como política oficial de los sublevados y luego represores. La gravedad de este delito, desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario, llevó a la ONU a la aprobación en 1984 del Convenio contra la Tortura. En él se define la tortura como “todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su conocimiento o aquiescencia”. Esta Convención fue ratificada por España en 1987. En el procedimiento de extradición de Pinochet a España, se planteó la posibilidad de considerar la desaparición forzada de personas como delito de tortura psicológica, por el grave sufrimiento que esta situación ha producido y sigue produciendo a los familiares. La Sentencia de la Corte Inglesa permitiendo la extradición de Pinochet de 8-10-99 estableció que “mientras que las

desapariciones se refieran a la tortura, el efecto sobre las familias de los desaparecidos entra en el campo de la tortura psíquica”.

4. En cuanto a la tipificación de los hechos como delito de terrorismo, creo que son plenamente aplicables los argumentos esgrimidos en el proceso referente a las Dictaduras de Argentina y Chile. Los elementos que definen el delito de terrorismo son, en cuanto al aspecto objetivo del tipo, la realización de actos graves contra la vida, integridad o libertad personal, dentro o en relación con una banda o grupo armado y organizado que opera con cierta permanencia, siendo tales actos de carácter ilegal (no permitidos por el ordenamiento interno) y, en cuanto al elemento subjetivo, la finalidad de alterar el orden político o de perturbar gravemente la paz social. En cuanto a los actos objetivos, como hemos visto en el genocidio, no hay duda de que en el bando rebelde y en la posterior represión de la Dictadura se produjeron, habiendo grandes pruebas al respecto (basta acudir a cualquier investigación histórica seria). Por la Fiscalía se discutió en aquel proceso (relativo a las Dictaduras argentina y chilena) si se pueden considerar a las Fuerzas Armadas de un país como una banda armada. Este argumento de la Fiscalía cayó en el mayor de los ridículos, siendo rechazado por el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional. En efecto, cuando una organización o institución oficial se aparta de sus funciones institucionales, para las cuales está legalmente constituida, y se dedica a la perpetración de actos delictivos, está claro que respecto de tales actos pierde la consideración de organización institucional, convirtiéndose en una banda ilegal armada. De modo que los militares que cometieron las atroces violaciones de derechos humanos no actuaron como representantes legítimos de la Institución a la que pertenecían, sino como delincuentes que utilizaron ilegalmente los recursos de la Institución armada, aprovechándose ilícitamente de ella. A este respecto hay que hacer hincapié en que es requisito esencial del delito de terrorismo la actuación ilegal, fuera de los cauces institucionales. En el caso que nos ocupa hubo muchos casos de represión totalmente ilegal, no sólo respecto de la legalidad democrática que los militares rebeldes violaron, sino incluso tales actos criminales no estaban amparados por la propia legalidad de la Dictadura. En cuanto al elemento subjetivo (propósito de alterar o eliminar el orden político establecido) , también se alegó torpemente por la Fiscalía en relación con el caso argentino que el propósito de los golpistas era el de una mera suspensión de tal orden, para subsanar las deficiencias y poder a posteriori consolidarlo. Está claro para cualquier mentalidad democrática que poner fin al funcionamiento del Parlamento y Gobierno legítimos, acabar con la separación de poderes públicos, que pasaban a concentrarse en Juntas Militares, y eliminar las garantías individuales implica una finalidad de alteración del orden político democrático. Pero es que además los actos clandestinos de represión alteraban el orden institucional del Régimen dictatorial, al tener lugar prescindiendo incluso de los cauces oficiales de represión (procesos

sumarios y pena de muerte). El tan citado Auto de la Audiencia Nacional no dudó en incardinar los actos investigados en aquel sumario como delitos de terrorismo, al concurrir “las notas estructural (organización estable), de resultado (producción de inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población) y teleológica (entendida como de rechazo del orden jurídico vigente), propias de la banda armada”. Finalmente decía el Auto “como escribía Antonio Quintano Ripollés en los años cincuenta una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es el del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda el campo propio del Derecho Penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados crímenes contra la Humanidad o los genocidas. Es sin duda el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aún del patriotismo”.

5. Es finalmente relevante la tipificación de estos hechos como crímenes de guerra, codificados en las Convenciones de Ginebra de 1949, ratificadas por España, que contemplan disposiciones a todo conflicto armado, incluyendo los internos, para la protección de la población civil y de los prisioneros, prohibiendo en cualquier tiempo y lugar “atentar contra la vida y la integridad corporal de las personas”, “malos tratos y torturas”, “toma de rehenes”, “atentar contra la dignidad de las personas, en especial los tratos humillantes y degradantes”.

Una vez establecido el marco de tipificación de los hechos por los que se inició en la Audiencia Nacional el proceso contra los crímenes del franquismo, pasamos a analizar los obstáculos que se han planteado para su posible persecución penal.

En primer lugar, el relativo a la Ley de Amnistía de 1.977. Como ya se argumentó por la UPF en el proceso referente a los crímenes de las Dictaduras argentina y chilena, las diversas normas de impunidad que impedían en dichos países la investigación judicial de los actos denunciados, hay que dejar muy claro que son normas ilegítimas, totalmente contrarias al Derecho Internacional, como así lo han dejado claro la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU, por violar la obligación internacional de los Estados a asegurar el derecho fundamental de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos a obtener justicia y reparación. Ya la resolución de Naciones Unidas de 3-12-73 proclamó que “los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”.

Una de las razones fundamentales por las cuales se ha desarrollado un Derecho Internacional con carácter obligatorio (*ius cogens*) para reprimir los crímenes contra la Humanidad, ha sido la dificultad para una persecución de esos crímenes a través de las jurisdicciones nacionales, que habitualmente se dotan de normas de impunidad que impiden esta persecución efectiva. Pues bien, en la medida que la Ley de Amnistía, en cuanto impide la persecución penal de los citados crímenes de lesa humanidad es contraria al Derecho Penal Internacional y a principios esenciales del mismo, con fuerza de *ius cogens*, y que tal Derecho Internacional ha sido recogido por nuestra Constitución de 1978 a través de los art. 10 y 96, debe entenderse derogada esta Ley por la Constitución en este concreto ámbito, sin necesidad de plantearse la correspondientes cuestión de inconstitucionalidad. Como ha expuesto Amnistía Internacional a este efecto, “no es posible que los Tribunales españoles hayan asumido su competencia para investigar y perseguir los crímenes más graves cometidos en varios países, en cuyas causas ha sostenido la nulidad de las leyes de amnistía o prescripción, y se abstengan de investigar crímenes similares cometidos en su propio país”. Asimismo sostiene esta organización humanitaria que la invocación por el Fiscal de la Ley de Amnistía de 1977 para frenar la investigación “podría suponer el establecimiento de mecanismos de impunidad incompatibles con la legalidad internacional respecto de crímenes contra la Humanidad”. A este respecto, es de especial interés el pronunciamiento colateral del famoso Auto del Pleno de la Sala Penal de la A.N ya aludido, al decir que “las Leyes argentinas de punto final y obediencia debida son aplicadas y determinan la exención de responsabilidad que se declara, argumentándose que, aunque derogadas, esas Leyes ya han operado sus efectos y mantienen virtualidad por el principio de la ultractividad de la ley penal más benigna o favorable. Con independencia de que dichas Leyes puedan tenerse por contrarias al “*ius cogens*” internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos, las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras... lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal...”. El ya citado dictamen del Instituto Max Planck concluye a estos efectos que “la ilegalidad internacional de dichas leyes (despenalizadoras) resulta del hecho de que el Derecho Internacional Público establece obligaciones de persecución y sanción para ciertas graves violaciones de los Derechos Humanos, como asesinatos extrajudiciales, tortura y desaparición forzada. El Derecho interno de no sancionar ciertos delitos termina, en principio, allí donde se opone a los deberes de persecución y castigo del Derecho Público Internacional”.

También se ha invocado la prescripción de los hechos, dado el transcurso de muchos años desde la comisión de los hechos hasta el inicio del proceso abierto tras la denuncia que ha dado lugar al proceso, que desde luego excede los plazos ordinarios de prescripción. A este respecto, debe señalarse en primer lugar que en 1968 se aprobó por la Asamblea General de la ONU la Convención sobre la no aplicación de la prescripción a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Ahora bien, el hecho de que es en dicho año

cuando se declara en el Derecho Internacional escrito dicho principio, no es obstáculo para considerar que dicho principio de imprescriptibilidad de estos graves crímenes no existiera previamente en el Derecho Internacional consuetudinario a través del llamado “ius cogens”, de modo que este Tratado sería entonces la mera consagración o confirmación escrita de un principio previamente existente mediante otras fuentes normativas propias del Derecho Internacional. Así ha sido reconocido por varias Sentencias trascendentales en este ámbito.

En relación con el famoso caso de Klaus Barbie, en 1985 el Tribunal de Casación francés daba una definición de crimen contra la humanidad que incluía el elemento de la imprescriptibilidad.

En 1997 el Tribunal Militar de Roma, que reconocía a Erich Priebke y Karol Hass como responsables de los asesinatos de la llamada “Fosse Arbeatina”, producidos durante la segunda guerra mundial por oficiales nazis, declaró que la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad es un principio general del ordenamiento internacional. Con ello, el Tribunal italiano viene a decir que la imprescriptibilidad no proviene del Convenio de 1968, porque éste no es sino una “consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión”. Es decir, la Convención no habría hecho otra cosa que expresar un principio ya afirmado por el Derecho Internacional consuetudinario.

La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad se integra en el principio de jurisdicción universal, que implica que estos graves delitos son perseguibles en todo el mundo y en todo momento, cualquiera que sea el lugar y el tiempo de su comisión, cualquiera que sea la nacionalidad de los autores y de las víctimas.

Este principio propio del Derecho Penal Internacional se acoge en el vigente Código Penal español en el art. 131.4 al establecer que “los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso”. También se recoge en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente de 1998 al declarar en su art. 29 que “los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”.

De todo ello se infiere la inoponibilidad de la institución de la prescripción para impedir la investigación y enjuiciamiento de estos hechos.

Otro obstáculo alegado, en relación con los anteriores, es el principio general del Derecho Penal de irretroactividad de la ley penal desfavorable, oponiendo la aplicación de normas, no sólo escritas sino incluso de ius cogens propias del Derecho Internacional a hechos anteriores a su nacimiento. Es esencial el examen de esta cuestión. Si conseguimos demostrar que para los crímenes de lesa humanidad, objeto de preocupación por el Derecho Internacional, no rige este principio tradicional del Derecho Penal, de modo que la sanción de estos crímenes es

independiente de la existencia de norma penal escrita en el momento de su comisión, entonces se caen juntos todos los obstáculos planteados, como una castillo de naipes.

Este punto fue objeto de tratamiento específico por el dictamen ya citado del Instituto Max Planck. Así, al hablar de la prohibición de retroactividad (*nullum crimen sine lege praevia*), expone que “a nivel del Derecho Internacional Público Penal este principio ya no requiere de principios legales escritos para fundamentar una penalidad, sino que –desde la jurisprudencia de Nüremberg- son suficientes los principios no escritos pero reconocidos por el Derecho consuetudinario. Basta la penalidad en el momento de perpetración de acuerdo con los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad de naciones, principio recogido en el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Esa disposición quiere evitar la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos y/o a delitos internacionales”. En efecto, este Tratado de 1966, tras recoger el principio de legalidad penal para los Derechos internos, y la irretroactividad de las leyes penales desfavorables, establece que “nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Este principio, nacido del Estatuto del Tribunal de Nüremberg para la persecución de los crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos con anterioridad, parte de la gravedad de estos crímenes para toda la Humanidad, de modo que su persecución es obligatoria e indeclinable, nunca puede escaparse a dicha persecución, que debe ser efectiva y radical, por lo que no puede hacerse depender de la tipificación previa en la norma penal interna, máxime cuando la implementación de estos crímenes normalmente se realiza desde el propio aparato del Estado, que trata de dotarse lógicamente de impunidad.

A estos efectos, el Tribunal Constitucional alemán, en el caso de los tiros mortales en el muro, ha aclarado que “la formalidad estricta de la prohibición de retroactividad debe pasar a un segundo plano por razones de justicia para facilitar la persecución y sanción penal de la criminalidad estatal y gubernamental grave”.

Debe señalarse expresamente el caso de las detenciones ilegales con desaparición, que en el Derecho Penal Internacional se ha tipificado como “desapariciones forzadas”, y que tanto la Declaración sobre desapariciones forzadas de la Asamblea General de la ONU de 1992 como la Sentencia inglesa sobre la extradición de Pinochet reconocen que la desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia, así como que constituye una violación de las normas de Derecho Internacional que garantizan a todo ser humano el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Es decir, la desaparición forzada es una forma de tortura, que se sigue cometiendo mientras no se dé razón sobre el paradero de las personas desaparecidas,

tratándose de un delito de ejecución permanente, permaneciendo vigente el derecho de los familiares a conocer el destino de la víctima. Así lo sostuvo el Auto del Juez Baltasar Garzón de fecha 26-3-99 con éxito en el proceso de extradición seguido en el Reino Unido contra Pinochet. Ello resulta de especial significación en el caso de los crímenes franquistas, al basarse en parte en casos de desapariciones de víctimas detenidas ilegalmente, de cuyo paradero no se ha tenido noticia, y cuyos restos no han aparecido nunca.

Se puede concluir, fundamentalmente, que si nuestras instituciones jurisdiccionales decidieran definitivamente que procede la no persecución de los crímenes de lesa humanidad cometidos por el franquismo, amparándose en los distintos institutos jurídicos examinados, España incumpliría la obligación internacional de persecución real y efectiva de dichos crímenes, que, al estar por otra parte sujetos al principio internacional de justicia universal, podrían ser perseguidos por cualquier Tribunal extranjero que tuviera recogido en su Derecho interno este principio de justicia universal, además de dar lugar a la responsabilidad internacional de nuestro Estado por este incumplimiento grave en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.