

Marta Cabrera Martín

LA IMPUNIDAD DE LOS CRÍMENES COMETIDOS DURANTE EL FRANQUISMO

Obligaciones del Estado español bajo el derecho internacional



aedid/|

Asociación Española
para el Derecho Internacional
de los Derechos Humanos

La impunidad de los crímenes cometidos durante el franquismo

Obligaciones del Estado español
bajo el derecho internacional

Marta Cabrera Martín

La impunidad de los crímenes cometidos durante el franquismo

Obligaciones del Estado español
bajo el derecho internacional

La publicación de esta obra ha sido subvencionada por el Gobierno Vasco (Secretaría General para la Paz y la Convivencia. Dirección de Víctimas y Derechos Humanos)

Primera edición: marzo de 2014

© Marta Cabrera Martín

Fotografía de cubierta: Pozu Funeres (Laviana, Asturias, España)

© Cristian Velasco

© de esta edición:

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Párroco Camino 19, 3.º D
33700 Luarca. Asturias. España
info@aedidh.org
www.aedidh.org

Editor: Cristian Velasco

ISBN: 978-84-616-9740-3

DL: AS 904-2014

Permitida la reproducción siempre que se cite la fuente y no se altere ni modifique ninguno de los pasajes reproducidos

A mi familia, por su apoyo incondicional

Somos la memoria que tenemos y la responsabilidad que asumimos, sin memoria no existimos y sin responsabilidad quizá no merezcamos existir.

José SARAMAGO

Índice

Siglas y acrónimos	13
Nota preliminar	15
Presentación	
Carmelo Faleh Pérez y Carlos Villán Durán	17
1. Introducción	25
1.1 Estructura de la presente tesis de maestría	25
1.2 Metodología.....	27
2. Contexto	33
2.1 Contexto sociohistórico	33
2.1.1 1936-1939: La guerra civil española	33
2.1.2 1935:1975: El régimen franquista	35
2.1.3 1975:1978: La Transición española	37
2.2 Contexto legislativo.....	38
2.2.1 Ley de amnistía y ley de memoria histórica	38
2.2.2 Convenios internacionales y regionales	41
3. Posición actual de los tribunales españoles con respecto a la investigación y procesamiento de los autores de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el franquismo	45
3.1 Posición de la Audiencia Nacional.....	46
3.1.1 El caso Scilingo	46
3.1.2 El procedimiento iniciado por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional	48
3.2 Posición del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional	50

4. Crímenes de lesa humanidad y su evolución en el derecho consuetudinario internacional	57
4.1 Introducción.....	57
4.2 Nacimiento y evolución conceptual del crimen de lesa humanidad.....	59
4.3 Elementos del crimen	65
4.4 Conclusiones.....	67
5. La actual posición del Tribunal Supremo y la vulneración de la normativa internacional	71
5.1 Sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.....	71
5.2 Sobre la ley de amnistía	76
5.2.1 Los límites de la ley de amnistía del año 1977	76
5.2.2 Evolución de las leyes de amnistía en América Latina.....	77
5.2.3 Conclusiones	88
5.3 Sobre el principio de legalidad	89
6. Una mirada hacia el futuro: los derechos de las víctimas bajo el derecho internacional de los derechos humanos	99
6.1 El derecho a la reparación	99
6.1.1 Indemnización	101
6.1.2 Satisfacción	102
6.2 Una solución subsidiaria y no judicial: la implementación de una comisión de la verdad	104
7. Conclusiones	111
Bibliografía	115

Siglas y acrónimos

AN	Audiencia Nacional
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAT	Comité contra la Tortura
CdE	Consejo de Europa
CDH	Comité de Derechos Humanos de la ONU
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CECC	Cámara Extraordinaria en las Cortes de Camboya (Tribunal de Camboya o «Tribunal para el genocidio camboyano»)
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CmIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CONADEP	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas
CP	Código Penal Español
CPI	Corte Penal Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CPT	Comité Europeo para la Prevención de la Tortura
CtEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CtIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
ECOSOC	Consejo Económico y Social de la ONU
FAES	Fuerzas Armadas de El Salvador
FMLN	Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional
ICCPR	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PP	Partido Popular
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TMI	Tribunal Militar Internacional de Núremberg
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
TS	Tribunal Supremo
UNGA	Asamblea General de la ONU

Nota preliminar

La presente obra es el resultado de la tesis presentada por la autora en el marco de la maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional de la Universidad de Utrecht (Países Bajos), la cual fue supervisada por el profesor Leo Zwaak. El texto original de la obra es en inglés. En consecuencia, las citas de textos en inglés han sido traducidas libremente.

La autora quisiera expresar su agradecimiento a los profesores Leo Zwaak y Brianne Mc Gonigle Leyh por los valiosos comentarios, sugerencias y, en general, por el extraordinario asesoramiento prestado a lo largo de la elaboración de la referida tesis.

Por último, debe hacerse constar que las opiniones expresadas en el presente libro son de exclusiva responsabilidad de la autora y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

Presentación

Carmelo Faleh Pérez, Carlos Villán Durán

Saber o no saber. Recordar los gravísimos crímenes perpetrados para sacar lecciones o arrumbarlos, como si no se hubieran cometido. Aproximarse a la verdad para conocer qué y por qué sucedió o, por el contrario, seguir adelante sumidos deliberadamente en la ignorancia. Hacer justicia o bien mirar indiferentes a otra parte. Reparar de forma justa y adecuada a las víctimas y sus familias u olvidarlas para siempre. Estos son parte de los retos que el pasado tristemente nos ha legado y que la democracia española aún no ha querido afrontar como se debiera, respetando el derecho internacional de los derechos humanos, para que la verdad resplandezca y no tropecemos nuevamente con la infamia.

Si, más o menos deliberadamente, un país ignora los crímenes que asolaron su historia aún reciente, restándoles importancia y cubriéndolos con la indiferencia o el olvido, la memoria necesariamente se vuelve endeble, la impunidad fortalece a los autores y a quienes un día se resuelvan a imitarles, se propicia la reincidencia criminal y se insulta a las víctimas y a sus familias. Desde luego, no es así como se sientan las bases de una convivencia democrática pacífica y respetuosa de los derechos humanos.

La Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) consideró desde su constitución en 2004 que uno de los ejes de su acción debía ser promover en España una auténtica justicia de transición. Una justicia que sin venganza, mas sin olvido ni perdón, posibilitara la reconciliación nacional; que, respetando las garantías propias de un Estado de derecho, castigase a los victimarios aún con vida, depurando a las instituciones de su presencia si fuera preciso; que diera reparación integral a las víctimas conforme a la resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, con la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los **Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos**

humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; que de una vez permitiera, por vías judiciales o recurriendo a una comisión de la verdad, arrojar luz sobre los crímenes cometidos tras el golpe militar del 17 de julio de 1936 y la posterior instauración de un gobierno *de facto* que quebró para siempre la legalidad republicana. No en vano, tal y como escribimos en 2008:

De manera sistemática, los insurrectos y la nueva dirigencia política, o quienes actuaban con su connivencia, su tolerancia o su permisividad ejerciendo funciones estatales, propias de los diferentes poderes públicos, planificaron y/o llevaron a cabo (a) detenciones ilegales y arbitrarias; (b) torturas y otros tratos que, de forma cruel, inhumana o degradante, lesionaron y mermaron, de modo muchas veces irreversible, la integridad física y mental de las personas directamente afectadas y sus familiares; (c) juicios sumarísimos sin las garantías mínimas del debido proceso internacionalmente reconocidas; (d) ejecuciones sumarias, arbitrarias y extrajudiciales, con o sin proceso judicial previo; (e) violación de domicilios, saqueos y confiscaciones de bienes, propiedades y otros efectos; (e) castigos colectivos; (f) desapariciones forzadas o involuntarias; y (g) otras acciones (u omisiones) frontalmente opuestas a principios elementales de humanidad que afectaron particularmente a quienes ejercían o pretendían ejercer diferentes derechos y libertades que, en el momento del golpe militar, la Constitución de 9 de diciembre de 1931 enunciaba y protegía; pero también a sus familiares, muchas veces estigmatizados y humillados de por vida.¹

Ello es tan indiscutible como imposible de olvidar. Es parte de nuestra historia común y aún perturba la conciencia colectiva, pese a los años con los que vanamente se ha pretendido sepultar lo sucedido y a que no parece posible reprimir la memoria ni tanto dolor causado. El no reconocimiento a/de las víctimas arruina el proceso de tránsito íntegro a una democracia que se gestó en el contexto histórico posterior a la muerte del dictador, que orilló los justos reclamos de los vencidos. Aquel

¹ Carlos VILLÁN DURÁN y Carmelo FALEH PÉREZ: «Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 16 (2008), p. 2.

tránsito, completamente modélico para muchos, no lo fue para todos y con los ojos de hoy no puede definitivamente serlo. Hoy no se entiende que esa marginación persevere, ni que las fuerzas políticas sean incapaces de tejer ese espacio de consenso que, más allá de la Constitución de 1978, deben ser los derechos humanos.

Es entonces legítimo interrogarse: ¿adónde fueron a parar los sentimientos de solidaridad y humanidad hacia las víctimas y sus familias? ¿Acaso es aún demasiado pronto? ¿Estamos aquejados de un virus incurable que nos impide recomponer la verdad y hacer justicia? ¿Cómo se explica que durante tanto tiempo los manuales españoles de derecho internacional público o de derechos humanos sean reacios a identificar el golpe de 1936 entre los gobiernos *de facto*, opuestos a los catalogados como *de iure*, u ocuparse de las atrocidades posteriores al golpe militar que la República padeció aquel año? ¿Sigue siendo cierto lo que en sus memorias escribió Agustín Millares Cubas?

España es una nación de mala pata. Las hay así, como los hombres, perseguidas por el destino. Siempre ha imperado aquí el bárbaro, el troglodita. Acabaron con la espléndida civilización árabe (la grandiosa epopeya de la Reconquista, que duró ocho siglos. Casi nada). Expulsaron a los moriscos y a los judíos, explotaron el Nuevo Continente, descubierto por Colón por mera casualidad inundándolo de aventureros, de piratas y de ladrones, de empleados rapaces que iban, como decía Tontón Falcón, a *mamar*.²

Tanto pesimismo inevitablemente resurge al recordar, por ejemplo, que los dos partidos mayoritarios en las Cortes Generales han sido capaces —con inusitado consenso, urgencia extrema y premeditación, reunidas en sesiones plenarias celebradas el 26 de agosto (Congreso de los Diputados)

² Pasaje de las Memorias de Agustín Millares Cubas citado por Pablo Quintana en su Introducción a MILLARES CUBAS, Luis y Agustín: *Antología de cuentos de la tierra canaria*, Islas Canarias: Viceconsejería de Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias/Socaem, 1990 (Biblioteca Básica Canaria, 14), p. 16. Agustín Millares Cubas (Las Palmas de Gran Canaria, 1863-1935) fue profesor y notario. Estudió en Barcelona Filosofía y Letras y Derecho. Fueron hijos del novelista, periodista, músico, historiógrafo y polifacético Agustín Millares Torres. *Ibid.*, p. 241.

y el 7 de septiembre de 2011 (Senado de España)—³ de sacar adelante una reforma constitucional dirigida exclusivamente a modificar el artículo 135 de la Constitución (título VII, Economía y Hacienda) para alargar notablemente el contenido de esa disposición y acoger en tan alta sede normativa un pacto de estabilidad presupuestaria, «altar» en cuyo nombre tanta justicia social se ha sacrificado, y que algunos calificaron como ruptura del proceso constituyente. Sin embargo, el consenso se torna imposible cuando se trata de respetar y reparar a las víctimas del fascismo y mostrar la verdad. La disputa perenne entonces reaparece y los derechos humanos son una vez más la víctima, cuando debieran ser —como antes decíamos— la arena indiscutible de entendimiento y reencuentro.

Debemos tratar de recomponer el espejo roto de la verdad. En la medida en que lo logremos entre todos, avanzaremos como país. Si no podemos lograrlo, España fracasará como proyecto común que respete verdaderamente tanto los derechos de las personas que viven y trabajan en su suelo, como a las regiones y naciones que la integran.

Ciertamente, nos traen el optimismo y la esperanza los trabajos de jóvenes profesionales como el que ahora presentamos. En este caso, es la jurista grancanaria Marta Cabrera Martín quien se suma a los esfuerzos que algunos juristas venimos realizando desde hace no muchos años para contribuir a los propósitos antes expresados. Actualmente trabaja como abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tras formarse como jurista y culminar su licenciatura en Derecho en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (2008), en el año 2013 finalizó su maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional (Universidad de Utrecht, Países Bajos) defendiendo esta tesina —bajo la supervisión y apoyo de los profesores Leo Zwaak y Brianne Mc Gonigle Leyh— titulada *The impunity of the crimes committed during the Franco-era: Spanish obligations under customary international law*, por la que obtuvo la calificación *cum laude*.

Al editar en lengua española el trabajo de Marta Cabrera Martín, la AEDIDH persevera en la defensa de una auténtica justicia de transición en

³ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 233, de 27 de septiembre de 2011, pp. 101931-101941. La reforma se aprobó en el Congreso de los Diputados por 318 votos a favor, 16 en contra y 2 abstenciones; en el Senado de España reunió 233 votos a favor y 3 en contra.

España que nos reclama la comunidad internacional. Al mismo tiempo, reafirma su compromiso estatutario con la divulgación, promoción y defensa del derecho internacional de los derechos humanos en el conjunto del territorio del Estado español y otros países de lengua española, así como con la publicación en lengua española de estudios sobre la aplicación práctica del derecho internacional de los derechos humanos.

En realidad, es un compromiso también vinculado con la línea de trabajo que más esfuerzos ha demandado a la Asociación: su campaña internacional para lograr el reconocimiento universal del derecho humano a la paz. En efecto, para la sociedad civil mundial que, bajo la coordinación de la AEDIDH, se reunió en diciembre de 2010 en la ciudad de Santiago de Compostela y aprobó la *Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz*:

Toda persona tiene el derecho imprescriptible e irrenunciable a obtener justicia ante violaciones de sus derechos humanos, lo que comprenderá la investigación y determinación de los hechos, así como la identificación y sanción a los responsables. (...) Las víctimas de violaciones de los derechos humanos, sus familiares y la sociedad en general tienen el derecho imprescriptible de conocer la verdad.⁴

Necesitamos la justicia y la verdad y, para tales propósitos, descubrir y arrojar toda la luz posible sobre el pasado. «Nadie enciende una lámpara y la cubre con una vasija, o la pone debajo de un lecho, sino que la pone sobre un candelero, para que los que entren vean la luz».⁵ También es preciso pasar del tiempo de los silencios al tiempo de la palabra, como lo expresa, entre otros, Xavier Domènech al decir que

La verdad es siempre un espejo roto. Está en los diversos fragmentos rotos que cada uno de nosotros, individualmente o en simbiosis colectiva con las identidades sociales, nacionales y políticas que impregnan de sentido a nuestras vidas en sociedad, utilizamos en nuestra mirada hacia la realidad. Sólo la palabra puede recuperar, en este sentido, el silencio, sólo en ella se halla la posibilidad de recuperar los fragmentos rotos por el fascismo,

⁴ Párrs. 2 y 3 del artículo 11 de la *Declaración de Santiago*.

⁵ Lucas 8:16.

ocultos por los espejos de la transición. Liberarnos de una determinada memoria de la transición significa... poder mirar más allá de su espejo, construir las memorias del franquismo y de la República, como primera realidad democrática del siglo XX en este país, en un nuevo marco de significado. Supone también poder visitar la transición fuera del tiempo extraviado, fuera de sus espejos.⁶

Nos felicitamos porque la autora de este valioso trabajo lo entienda así, al escribir al final de estas páginas que

En aras de que exista una verdadera reconciliación (una reconciliación del siglo XXI en contraposición con la reconciliación entendida como tal en el momento de la Transición), no se puede contemplar otro escenario que no sea aquel en el que las víctimas de los graves crímenes internacionales cometidos durante la dictadura vean satisfecho su legítimo derecho a ser reparados.

Finalmente, hacemos votos por que esta joven investigadora continúe ofreciéndonos trabajos de tan alta sensibilidad social y rigor jurídico internacional.

14 de marzo de 2014

Las Palmas de Gran Canaria
Carmelo Faleh
Secretario general de la AEDIDH

Ginebra
Carlos Villán
Presidente de la AEDIDH

⁶ Xavier DOMÈNECH SAMPERE: «*Tempus fugit*. Las memorias de la transición», *Mientras tanto*, 104-105 (otoño-invierno 2007), pp. 156-157.

1

Introducción

Introducción

1.1 Estructura de la presente tesis de maestría

Durante gran parte del pasado siglo, España atravesó una etapa de dura represión al amparo de un Gobierno regido por una dictadura militar. Asesinatos, detenciones, deportaciones, encarcelamientos y torturas son algunos de los ejemplos de los múltiples y variopintos crímenes cometidos contra todo aquel opositor al régimen franquista. Tal y como será acreditado a través de la presente tesis, estos crímenes no pueden sino ser calificados como crímenes de lesa humanidad.

A lo largo de las últimas décadas, cientos de víctimas, provistas del apoyo de parte de la sociedad civil española y la comunidad internacional han implorado al Estado español que inicie las necesarias investigaciones sobre los señalados crímenes. No obstante lo anterior, actualmente, la posición del Estado español se encuentra más cercana a la mal llamada *política del olvido* que a una que impulse las correspondientes investigaciones. La evolución de la sociedad española debe sentar sus bases sobre la verdadera reconciliación entre españoles y, para ello, es esencial que el Estado español impulse y promueva la investigación y eventual juzgamiento de los autores de los graves crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura franquista.

A la vista de lo expuesto, el propósito de la presente tesis es el de fundamentar desde un punto de vista jurídico la posición de estas víctimas, todo ello al amparo de disposiciones que emanan del derecho internacional. En consecuencia, el interrogante principal en torno al que pivota la presente tesis es el siguiente: ¿tiene el Estado español la obligación, bajo el derecho internacional, de investigar, juzgar y condenar a los autores de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el franquismo?

Con el objeto de dar debida respuesta a tal interrogante, resulta necesario primeramente analizar lo acaecido en España a lo largo del convulso

siglo XX, todo ello realizando especial énfasis en lo sucedido en España desde el estallido de la Guerra Civil hasta el día de hoy. Es por ello que el segundo capítulo de la presente tesis es un capítulo introductorio que tiene como objetivo familiarizar a un lector ajeno a la realidad española con lo acontecido hasta la fecha. Dicho capítulo introductorio versará sobre lo sucedido en España desde los momentos previos al estallido de la Guerra Civil española, pasando por la dictadura franquista, el periodo de transición hasta el día de hoy, todo lo cual facilitará la comprensión por parte del lector de las razones de la actual situación de impunidad. Asimismo, en este capítulo es analizada la legislación nacional e internacional que es de aplicación al caso concreto, centrando el foco de atención en la ley de amnistía⁷ del año 1977, la ley de memoria histórica⁸ del año 2007 y los convenios internacionales de los que España es parte.

A continuación, el tercer capítulo se centra en la posición actual de los tribunales españoles y, especialmente, en la posición del Tribunal Supremo. Posteriormente serán analizadas las cuestiones principales de la presente tesis. Para ello, el capítulo cuarto versa sobre la calificación de los crímenes cometidos durante la dictadura franquista como crímenes de lesa humanidad, así como sobre la regulación de los mismos a través de tratados internacionales y del derecho consuetudinario internacional. Subsiguientemente se analizarán y refutarán, sobre la base de las obligaciones adquiridas por el Estado español en el ámbito del derecho internacional, los argumentos jurídicos esgrimidos hasta la fecha por el Tribunal Supremo en oposición a la investigación y juzgamiento de dichos crímenes. Estos argumentos también serán rebatidos a través de la realización de un estudio de análisis comparado sobre determinados estados iberoamericanos que presentan ciertas e importantes similitudes con el caso español.

El último capítulo se centrará en el derecho de las víctimas, al amparo del derecho internacional de los derechos humanos, a la reparación, haciendo especial énfasis en los distintos mecanismos de reparación en el contexto de la justicia transicional.

⁷ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

⁸ Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

Por último, se procederá al análisis y eventual recomendación de la implementación de una comisión de la verdad como solución alternativa que pueda dar respuesta a las legítimas reivindicaciones de las víctimas.

1.2 Metodología

La presente investigación tiene como objetivo sustentar jurídicamente la obligación del Estado español de investigar, juzgar y condenar a los autores de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura franquista. Resulta de vital importancia que el lector comprenda esta situación actual de impunidad y, para ello, es necesario un breve repaso sobre el contexto sociopolítico de la España de la Guerra Civil, el régimen franquista y la posterior transición a la democracia. Por tanto, el segundo capítulo (el primero es la introducción) se centra en un análisis histórico-legal del contexto español entre el año 1936 (año en que estalla la Guerra Civil española) y la actualidad. Con respecto a la legislación nacional, el análisis se ha centrado en la ley de amnistía del año 1977 y la ley de memoria histórica del año 2007. Ambas leyes podrían considerarse como «las dos caras de una misma moneda». Así, la validez de la ley de amnistía es utilizada actualmente como parapeto para obstaculizar la investigación de los crímenes cometidos durante la dictadura franquista. Por otra parte, la otra cara de la moneda sería la señalada ley de memoria histórica, la cual ha sido considerada como el primer intento de satisfacer el derecho a la reparación de las víctimas. Una ley que, que sin embargo, ha sido considerada como insuficiente.

A lo largo del tercer capítulo se ha procedido a desgranar y analizar los argumentos jurídicos esgrimidos por el Poder Judicial para justificar la paralización de toda investigación y enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante el régimen franquista. Para ello se ha prestado especial atención a uno de los procedimientos seguidos en contra del juez Baltasar Garzón ante el Tribunal Supremo, esto es, el relativo a su intento de investigar los crímenes cometidos durante la dictadura franquista y, en concreto, a la sentencia absolutoria del Tribunal Supremo en la que este esgrime los argumentos por los cuales se opone a la judicialización del derecho a la verdad de las víctimas y, en general, a su derecho a la reparación.

Por otro lado, en aras de poder realizar un análisis adecuado de la caracterización legal de los crímenes cometidos durante el régimen de Franco —esto es, determinar que los mismos constituyeron crímenes de lesa humanidad—, se ha acudido a las fuentes principales de derecho internacional (tratados internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho, jurisprudencia que emana de organismos internacionales así como doctrina de reconocidos juristas).

Con el objeto de refutar los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo, se ha acudido nuevamente a las fuentes principales del derecho internacional, haciendo especial énfasis en los principios dimanantes del derecho consuetudinario internacional, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los informes emitidos por organismos de la ONU al respecto de la presente situación.

Asimismo, en relación con la eventual validez de la ley de amnistía, se ha considerado oportuno realizar un análisis de derecho comparado sobre algunos de los países latinoamericanos que presentan varias similitudes con el caso español (esto es, la existencia de un régimen militar, seguido de la promulgación de una ley de amnistía que ampara todos los crímenes cometidos durante dicho régimen y la eventual conculcación de normas que derivan del derecho internacional). La razón por la cual se ha optado por realizar este análisis comparativo se debe a la prolífica y relevante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto de las leyes de amnistía y su compatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana). Los países elegidos han sido Argentina, El Salvador, Perú, Chile y Uruguay. A la hora de determinar qué países latinoamericanos iban a ser objeto del estudio, se han tenido en cuenta las similitudes que dichos países presentan con lo acaecido en España, así como el importante rol que han jugado las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la hora de propulsar la modificación de la legislación hasta entonces vigente en cada país.

Por último, en relación con el derecho de las víctimas a la reparación, se ha prestado especial atención a las directrices emitidas por la ONU a este respecto. También han sido analizados determinados informes formulados por organismos pertenecientes a la ONU exigiendo al Estado

español que ponga fin al actual estado de impunidad. Finalmente, con el objeto de sustentar la implementación de un mecanismo alternativo de reparación —esto es, el establecimiento de una comisión de la verdad—, se ha realizado una investigación histórica y de derecho comparado sobre la composición y objetivos de este mecanismo de justicia transicional, todo lo cual ha coadyuvado a la hora de poder determinar cuáles podrían ser las eventuales características de una comisión de la verdad que se adaptara al caso español.

2

Contexto

Contexto

En primer lugar se debe prestar atención al contexto sociohistórico de la España del año 1936 (estallido de la Guerra Civil) hasta el año 1975. Por ello, el siguiente acápite se centrará en la Guerra Civil (1936-1939), posteriormente se analizará el régimen franquista (1939-1975) para, finalmente, analizar el periodo de transición hacia la democracia (1975-1978).

La segunda parte se centrará en trazar unas líneas orientativas sobre el contexto legislativo actual a nivel nacional e internacional.

2.1 Contexto sociohistórico

2.1.1 LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA (1936-1939)

Desde el año 1936 al año 1939 España fue devastada por una guerra civil entre nacionalistas (representados por una derecha conservadora, monárquica y religiosa)⁹ y republicanos (representados por una izquierda republicana, socialista y anarquista).¹⁰ Una de las razones que explica el estallido de esta guerra es la grave inestabilidad política y social que reinaba en dicho periodo. En el año 1931, tras la caída de la dictadura de Miguel Primo de Rivera, fue proclamada la Segunda República en un intento por modernizar la política española. Muchos españoles observaron este cambio con esperanza, ya que consideraban que la instauración de una república era la solución a todos los problemas económicos y sociales del pasado. No obstante, desde el año 1931 a 1936, la inestabilidad política y social acentuó y agravó la crisis económica a la que se estaba enfrentando España desde principios del siglo XX.

⁹ Laura DESFOR EDLES: *Symbol and ritual in the new Spain*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 29.

¹⁰ *Ibid.*

En dicha época, España estaba diametralmente dividida, en términos sociopolíticos, entre la derecha y la izquierda. En un intento de imponer sus ideas políticas y sociales, el Gobierno republicano instauró un sistema de valores de marcado carácter antifascista, basado en la secularización de la sociedad, la reforma agraria, la educación pública y el pluralismo político.¹¹ Este sistema de valores fue el germen que dio origen a una amplia resistencia por parte de importantes sectores de la sociedad española, tales como la aristocracia, la Iglesia católica y el estamento militar.¹² Como resultado, la Segunda República sobrevivió únicamente a cinco tumultuosos años antes de que la Guerra Civil comenzara en el año 1936.¹³

El 7 de enero de 1936 se celebraron unas elecciones en las cuales salió victorioso el Frente Popular, una alianza conformada por socialistas, comunistas y los partidos republicanos con base en Cataluña y Madrid. Debido a la heterogeneidad de dicho partido, no tardaron en aparecer graves divisiones y rivalidades entre los miembros que lo formaban. Todo ello causó una inestabilidad política, económica y social. El resultado de las señaladas elecciones hizo que el sistema político español sufriera una grave fragmentación y polarización,¹⁴ lo cual derivó en una (aún) mayor división entre los españoles. A este respecto algunos académicos han señalado que una de las razones que podría explicar el estallido de la Guerra Civil en el año 1936 fue el hecho de que el entonces Gobierno republicano intentó realizar demasiadas reformas demasiado rápido en un país muy dividido.¹⁵ Y es que este triunfo de la izquierda y sus posteriores decisiones políticas provocaron que creciera exponencialmente la oposición de una derecha preocupada y abrumada ante tantos cambios, una derecha que contemplaba la reacción armada como posible mecanismo de defensa ante este «ataque».¹⁶ Así las cosas, la oligarquía española —temerosa de perder

¹¹ Benny POLLACK y Graham HUNTER: *The Paradox of Spanish Foreign Policy. Spain's International Relations from Franco to Democracy*, London: Pinter, 1987, p. 130.

¹² Benny POLLACK and Graham HUNTER, *supra*, p. 130.

¹³ DESFOR, *supra*, p. 5.

¹⁴ Stanley G. PAYNE: *The collapse of the Spanish Republic, 1933-1936: origins of the Civil War*, New Haven: Yale University Press, 2006, p. 349.

¹⁵ Cf. PAYNE, *supra*, p. 346.

¹⁶ *Ibid.*, p. 310.

todas aquellas prerrogativas adquiridas durante las décadas anteriores—comenzó a instigar un levantamiento armado liderado por militares, todo ello con el objetivo de «salvar» a España de la anarquía y la revolución.

Finalmente, la guerra civil española estalló el 17 de julio de 1936 tras un intento fallido de golpe de Estado y finalizó el 1 de abril de 1939 con la victoria del bando nacionalista. Francisco Franco Bahamonde (1892-1975), en adelante, Franco, quien se había erigido como líder del bando nacionalista, se convirtió en Jefe de Estado del reino de España e instauró una dictadura de derechas que duró casi cuarenta años, hasta su muerte en el año 1975.

2.1.2 EL RÉGIMEN FRANQUISTA (1939-1975)

Cabe señalar primeramente que Franco describió la guerra civil española esencialmente como una «guerra de fronteras», cuyo objetivo era «la supresión permanente del enemigo y no su rendición».¹⁷ El triunfo nacionalista trajo como consecuencia la implementación de un «sistema integral de valores ultranacionalista, autoritario, antiparticipativo y católico»,¹⁸ el cual, una vez más, fue el caldo de cultivo para que España continuara dividida social y políticamente. Asimismo, a la guerra civil española le sucedió un periodo de brutal represión contra todo aquel opositor al régimen. Con el objeto de institucionalizar su victoria, el régimen estableció una división maniquea entre ganadores y perdedores,¹⁹ entre los «españoles» y los «antiespañoles», y, en definitiva, entre los «buenos» y los «malos».²⁰ Tal es así que, según Franco, la guerra civil española fue «la coronación de un proceso histórico, la lucha de aquellos que defendían “la Patria” contra los que estaban en contra de ella, un proceso de unidad ante las ansias de secesión, de moralidad contra el crimen, del espíritu en contra

¹⁷ Michael RICHARDS: *A Time of Silence: Civil War and the Culture of Repression in Franco's Spain, 1936-1945*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 35.

¹⁸ Benny POLLACK and Graham HUNTER, *supra*, p. 130.

¹⁹ Helen GRAHAM: «The Spanish Civil War, 1936-2003: The Return of Republican Memory», *Science & Society*, 68, núm. 3 (otoño 2004). p. 320.

²⁰ Michael RICHARDS, *supra*, p. 35.

del materialismo»,²¹ y, en resumen, «el triunfo de lo puro y eterno frente a los espurios principios antiespañolistas».²²

Durante el régimen franquista, la educación, la religión, la prensa oral y escrita, así como la literatura, fueron objeto de amplia censura, todo ello con el propósito de despolitizar la consciencia sociopolítica y deslegitimar y denigrar así otras posturas que fueran contrarias al régimen.²³ Amén de las ejecuciones arbitrarias llevadas a cabo por el Estado a lo largo de toda la dictadura, cientos de miles de hombres, mujeres y niños fueron encarcelados en prisiones, reformatorios, campos de concentración y batallones de trabajo forzado. Según Franco, el objetivo de estas medidas era «reeducar» a los opositores al régimen.²⁴ Todo este tipo de violencia fue ejercida de manera ritual en aras de restablecer el control social y político²⁵ de una España muy dividida.

La represión franquista tuvo como objetivo todo tipo de personas, hubieran sido o no combatientes del bando republicano: trabajadores de zonas rurales, urbanas, profesores, sindicalistas, etcétera.²⁶ El concepto de *enemigo* fue redefinido y comprendió a todo un sector de la sociedad que era percibido como fuera de control, en el sentido de que figuraban fuera del control de las formas tradicionales de «disciplina y orden».²⁷ Esta degradación y objetivación del enemigo republicano tenía como fin la consecución de uno de los principales objetivos de Franco de construir una sociedad homogénea y fuertemente jerarquizada. Como consecuencia de todo lo anterior, se produjeron numerosas y gravísimas violaciones de derechos humanos a lo largo de los casi cuarenta años que duró el régimen.

²¹ *Ibid.*, p. 9.

²² *Ibid.*

²³ Michael RICHARDS, *supra*, p. 147.

²⁴ Cf. Helen GRAHAM, *supra*, p. 321.

²⁵ *Ibid.*, p. 318.

²⁶ *Ibid.*, p. 315.

²⁷ *Ibid.*

2.1.3 LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA (1975-1978)

El 20 de noviembre de 1975 Franco fallecía después de sufrir una larga enfermedad. Tras su muerte, Juan Carlos I de Borbón (en adelante, Juan Carlos o el Rey), hijo de quien era el legítimo heredero al trono, Juan de Borbón y Battenberg (en exilio en Portugal), fue investido como rey de España. El Rey había jurado lealtad personal a Franco y a los principios del movimiento nacionalista.²⁸ Sin embargo, el Rey era un monarca joven, moderno, provisto de una buena educación y a favor de la reinstauración de un sistema democrático.²⁹ En consecuencia, de manera contraria a los deseos de Franco, España avanzó hacia una democracia de la mano del recién proclamado Rey y del que fue el primer presidente en democracia, Adolfo Suárez.³⁰ A este movimiento democrático se le unieron un conjunto de fuerzas sociales y políticas muy heterogéneas que se oponían frontalmente a aquellos que defendían una política de continuismo. A pesar de las diferencias palmarias existentes entre todas estas fuerzas, esta coalición se mostró unida y con gran determinación para acabar con el anterior sistema político autoritario.³¹ La transición española de la dictadura a la democracia fue un hecho a todas luces histórico culminado con éxito, siendo una de sus claves el hecho de que la misma fue respaldada por la gran mayoría de los partidos políticos que formaban parte del primer parlamento democrático tras la dictadura.

Una de las principales características de esta época de transición fue el amplio consenso alcanzado por todas las fuerzas políticas y sociales, todo lo cual culminó en la promulgación de la Constitución del año 1978, vigente hasta el día de hoy. No obstante lo anterior, algunos historiadores han argüido que la razón de este histórico consenso radicó en el hecho de que las élites franquistas habrían mostrado su apoyo a la transición a un sistema democrático a cambio de una «amnistía política *de facto*», basada en el conocido «pacto del silencio».³²

²⁸ DESFOR, *supra*, p. 37.

²⁹ *Ibid.*, pp. 58-59.

³⁰ *Ibid.*, p. 38.

³¹ Benny POLLACK and Graham HUNTER, *supra*, p. 137.

³² Helen GRAHAM, *supra*, p. 322.

Cabe también señalar que este comienzo significó no solo la instauración de un sistema democrático, sino también supuso el comienzo de un complejo proceso de reconciliación nacional, todo ello con el objeto de poner fin a la larga polarización, división fraternal y confrontación existente en España desde principios del siglo XX.

2.2 Contexto legislativo

2.2.1 LEY DE AMNISTÍA Y LEY DE MEMORIA HISTÓRICA

En el mes de octubre del año 1977 fue aprobada la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía (en adelante, *ley de amnistía*). La ley de amnistía fue una de las primeras leyes aprobadas por el Parlamento recientemente conformado tras las elecciones de 15 de junio del mismo año.

A tenor de lo preceptuado en el artículo 1.1.a de dicha ley, se concedió una amnistía general a «[t]odos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis».

Particularmente, el artículo 2 de dicho cuerpo legal estableció lo siguiente:

En todo caso están comprendidos en la amnistía:

(...)

f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.³³

A través de dicha ley, el Estado renunció expresamente al ejercicio del *ius puniendi*, lo cual impidió automáticamente toda investigación, procesamiento y eventual condena de los autores de los crímenes más atroces cometidos en España a lo largo del siglo XX.

Muchos historiadores han intentado analizar y comprender las razones sociopolíticas que llevaron a la adopción de esta ley. Desde un punto de

³³ Énfasis añadido.

vista político, la ley de amnistía se consideró vital para poder asegurar la transición a la democracia tras la muerte de Franco. Cabe recordar que, en aquella época, una eventual exigencia de las correspondientes responsabilidades penales a aquellos que cometieron estos graves delitos se habría encontrado con una fuerte oposición del estamento militar y de todos aquellos defensores del anterior régimen, lo cual probablemente habría desencadenado una nueva insurrección militar. Para la mayoría de los políticos de la época de la Transición esta ley se consideró necesaria para asegurar y garantizar la paz y, además, promover la reconciliación nacional. Así, esta ley lo que hizo fue formalizar un pacto tácito entre la mayoría de las fuerzas políticas para olvidar el pasado reciente por el bien de la paz social y la reconciliación social de todos los españoles.³⁴ Finalmente, el resultado de este pacto social llevó a la sociedad española a aceptar esta ley como «el menor de los males».³⁵

La ley de amnistía no solo ha permanecido intacta y en vigor hasta el día de hoy, sino que además fue respaldada por el Congreso de los Diputados en el año 2011, al rechazar la mayoría parlamentaria de aquel momento el intento de un grupo minoritario del Congreso —el Grupo Parlamentario Mixto— de modificar dicha ley con el objeto de adaptarla a los estándares establecidos en los tratados internacionales firmados y ratificados por España e impedir así que esta ley fuera un obstáculo para la investigación, procesamiento y condena de los responsables de la comisión de graves crímenes internacionales.³⁶ En el año 2012 hubo un nuevo intento llevado a cabo por el Grupo Parlamentario La Izquierda Plural,³⁷ que tampoco fructificó.

³⁴ Claudia JIMÉNEZ CORTÉS: «La lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales en España: de la persecución a Pinochet a la inculpación del juez Garzón», *ICIP Working Papers*, 2011/1 (mayo 2011), p. 10, citando a Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ: «El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 45 (enero-junio 2007), p. 123.

³⁵ Helen GRAHAM, *supra*, p. 322 (énfasis añadido).

³⁶ Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados, núm. 250, celebrada el 19 de julio de 2011. *Vid.* *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 264 (2011), pp. 11-19.

³⁷ EFE: «IU pide cambiar la Ley de Amnistía para poder juzgar los crímenes del franquismo», *El Mundo* (Madrid) (6-5-2012).

Lo anterior en modo alguno significa que los ciudadanos españoles víctimas de los graves crímenes cometidos durante la dictadura franquista hayan renunciado a su derecho a la verdad, justicia y reparación. Tras décadas de intensa lucha política, las víctimas dieron un gran paso en sus reivindicaciones a través de la aprobación de una ley que formalmente condenaba por primera vez el régimen franquista. Así, en el año 2007, el entonces Gobierno socialista promulgó la denominada *ley de memoria histórica*,³⁸ una ley que realizó un reconocimiento a las víctimas de la represión franquista y estableció ciertas compensaciones económicas. Cabe destacar que esta ley fue el resultado de un largo y arduo procedimiento, salpicado por discusiones y polémicas en torno a la necesidad o no de la recuperación de la memoria histórica y de la pertinencia de otorgar reparaciones a las víctimas. La mentada ley declaró que la represión llevada a cabo por el Estado durante la dictadura franquista fue ilegítima, y exhortó a todas las instituciones gubernamentales a fin de que retiraran «escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura».³⁹ Adicionalmente, el artículo 2 de dicha ley reconoció el carácter «radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura».

En su intento por parecer lo más neutral posible, la ley de memoria histórica introdujo un mecanismo para localizar e identificar a aquellas víctimas cuyo paradero a día de hoy se desconoce (artículos 12 a 14) y otorgó una serie de compensaciones económicas para las víctimas (artículos 5 a 10), olvidando así el derecho de dichas víctimas a la investigación judicial de los crímenes de lesa humanidad cometidos en dicho periodo. Esta ley simplemente deja una puerta abierta a estos efectos, al reconocer en su artículo 4 la compatibilidad de dicha ley «con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en normas anteriores, así como con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia».

³⁸ *Vid. supra*, Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, p. 53410.

³⁹ *Ibid.*, artículo 15.

No obstante lo anterior, la palmaria ausencia de voluntad política para modificar el *statu quo* establecido como consecuencia de la entrada en vigor de la ley de amnistía ha dañado la credibilidad y fuerza de esta ley. A este respecto se pronunció el Comité de Derechos Humanos en el año 2009 al señalar que, si bien consideraba que la adopción de esta ley constituía un gran reconocimiento e importante paso encaminado a satisfacer los legítimos reclamos de las víctimas, lo cierto es que este paso no era suficiente, toda vez que España tenía y tiene la obligación de implementar otro tipo de medidas adicionales y complementarias, tales como (i) la investigación de los crímenes, (ii) la derogación de la ley de amnistía y (iii) la implementación de una comisión de la verdad.⁴⁰

2.2.2 CONVENIOS INTERNACIONALES Y REGIONALES

La «europeización» de España comenzó al finalizar el periodo de la Transición. En aquella época existía una fuerte convicción entre los españoles de que no había otra alternativa económica viable que no fuera la de ingresar en la Comunidad Económica Europea y abrir las fronteras.⁴¹ Lo anterior tuvo profundas implicaciones para un país que durante casi cuarenta años había sido considerado como *el enfermo de Europa*.⁴² España buscó a través de esta apertura internacionalista la completa modernización de la sociedad española, lo que la llevó a firmar y ratificar, entre otros, los principales instrumentos internacionales de promoción y protección de derechos humanos.

Así, el 27 de abril de 1977, España ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dos años más tarde, el 4 de octubre de 1979, entró en vigor el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, el 21 de octubre de 1987 fue ratificada la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. España también es parte del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes desde el 1 de septiembre de 1989. También es importante destacar que el 24 de octubre del año 2000

⁴⁰ CDH: observaciones finales, 5 de enero de 2009 (CCPR/C/ESP/CO/5), párr. 9.

⁴¹ Benny POLLACK and Graham HUNTER, *supra*, p. 138.

⁴² *Ibid.*, p. 129.

España ratificó el **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**, el cual entró en vigor el 1 de julio de 2002. Posteriormente, con fecha 24 de septiembre de 2009, España ratificó la **Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas**.

La eficacia de los instrumentos mencionados depende del eventual impacto que los mismos despliegan en el ámbito y la práctica nacional. A día de hoy, numerosos ciudadanos españoles han exhortado al Gobierno español a que dé cumplimiento a las obligaciones asumidas en virtud de dichos tratados, y, por tanto, propulse y respalde la investigación de los crímenes cometidos durante la dictadura franquista. No obstante, a día de hoy, el Estado español ha hecho caso omiso a los numerosos reclamos.

Una vez analizado el contexto sociopolítico y legislativo español, es menester centrar la presente tesis en el análisis de la posición actual adoptada por el Poder Judicial, cuya jurisprudencia mayoritaria, hasta la fecha, se ha opuesto frontalmente a la investigación, procesamiento y eventual condena de los autores de los graves crímenes de lesa humanidad cometidos durante el franquismo.

3

Posición actual de los tribunales españoles con respecto a la investigación y procesamiento de los autores de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el franquismo

Posición actual de los tribunales españoles con respecto a la investigación y procesamiento de los autores de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el franquismo

Tal y como ha sido señalado previamente, los tribunales españoles se han mostrados reacios a admitir a trámite cualquier denuncia o querrela que tuviera como objeto la investigación de los crímenes cometidos durante los treintaiséis años que duró la dictadura franquista. A este respecto, resulta cuando menos llamativo cómo los tribunales españoles se han convertido hasta la fecha en abanderados de la aplicación de la jurisdicción universal sobre todo tipo de graves crímenes cometidos fuera del territorio español⁴³ y, a su vez, en una suerte de «esquizofrenia», han ignorado todas aquellas denuncias presentadas por las víctimas de los crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio español.

Tal es así que cuando la Audiencia Nacional inició las investigaciones pertinentes sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura franquista se originó un fuerte debate entre numerosas ramas del Poder Judicial. Actualmente, el Poder Judicial se encuentra dividido entre aquellos que, sobre la base de las obligaciones de derecho internacional que vinculan al Estado español defienden el inicio de las investigaciones de dichos crímenes, y aquellos que han mostrado una postura formalista que otorga preeminencia al derecho nacional y, por tanto, consideran que la investigación de los referidos crímenes vulneraría principios penales españoles fundamentales. Esta última postura es la que ha sido defendida por el Tribunal Supremo español.

En aras de una mayor comprensión de la problemática actual, se analizará a continuación la sentencia recaída en el caso Scilingo, emitida por la Audiencia Nacional, toda vez que dicha resolución ha supuesto uno de los mayores avances en la interpretación, aplicación y desarrollo de la jurisdicción universal y de la fuerza vinculante del derecho consuetudinario

⁴³ Véase, por ejemplo, el caso Scilingo, el cual será objeto de estudio en el apartado 3.1.1.

internacional (y, en relación con el caso que nos ocupa, defiende la corriente que aboga por la investigación de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la época franquista).

Posteriormente, se estudiará el mayor y más relevante intento de la Audiencia Nacional en investigar los crímenes cometidos durante el franquismo. Finalmente, serán analizadas las posturas contrarias a la referida investigación y eventual juzgamiento defendidas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

3.1 Posición de la Audiencia Nacional

3.1.1 EL CASO SCILINGO

El 19 de abril de 2005 la Audiencia Nacional emitió la sentencia relativa al conocido caso Scilingo, dando fin a la impunidad disfrutada hasta la fecha por el exmilitar argentino Adolfo Francisco Scilingo, quien había sido acusado de cometer crímenes atroces durante la dictadura militar argentina.⁴⁴ Scilingo fue imputado por su participación en dos «vuelos de la muerte» durante los cuales treinta personas fueron arrojadas al mar en pleno vuelo. La importancia de esta sentencia radicó en que, tras Eichmann,⁴⁵ esta sentencia suponía el primer caso en el que un tribunal doméstico condenaba a un extranjero por crímenes de lesa humanidad cometidos fuera de la jurisdicción de dicho tribunal.⁴⁶

El avance jurisprudencial demostrado en la sentencia recaída en el caso Scilingo es sin duda muy significativo, máxime si se tiene en cuenta que la Audiencia Nacional afirmó que la práctica de los Estados había demostrado la existencia de una regla derivada de la costumbre internacional que otorgaba a los tribunales nacionales la facultad de investigar los crímenes contra la humanidad cometidos fuera de su

⁴⁴ SAN 16/2005, Sala n.º 3, Sumario n.º 19/1997, Rollo de la Sala No. 39/1997.

⁴⁵ Corte Suprema de Israel, sSentencia de 29 de mayo de 1962, causa Attorney General of Israel v. Eichmann, reproducido en *International Law Reports*, Volumen N°vol. 36, pp. 277-342.

⁴⁶ Giulia PINZAUTI: «An Instance of Reasonable Universality: The *Scilingo Case*», *Journal of International Criminal Justice*, 3, núm. 5 (noviembre de 2005), p. 1092.

jurisdicción. En virtud de lo anterior, la Audiencia Nacional imputó y posteriormente condenó a Sicilingo por los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura. Es menester destacar que, en la época en la que los hechos delictivos fueron cometidos, el Código Penal español no recogía el crimen de lesa humanidad. Con el objeto de poder imputar tal delito, la Audiencia Nacional argumentó que este crimen estaba prohibido por normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*). Cabe destacar que esta misma lógica argumentativa ha sido seguida por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el caso Furundzija, en el cual el Tribunal también determinó que la prohibición de tortura había sido reconocida como una norma de carácter *ius cogens*.⁴⁷ Así las cosas, en aras de superar el problema derivado del principio de legalidad *nullum crimen sine lege*, la Audiencia Nacional determinó que este principio no requería que el delito estuviera única y exclusivamente regulado en la legislación nacional, sino que el mismo «podía estar regulado por una norma de derecho internacional en vigor al tiempo de comisión del delito».⁴⁸ La Audiencia Nacional también señaló que, en los casos en los que se han cometidos graves crímenes internacionales, resulta necesario aplicar el principio de *nullum crimen sine iure*, el cual sustituiría al mencionado principio *nullum crime sine lege*, todo ello con el objeto de evitar la a todas luces injusta impunidad que acarrearía la estricta aplicación del principio *nullum crimen sine lege*.⁴⁹

De esta forma, en los casos en los que determinados crímenes internacionales estuvieran previamente establecidos bajo el derecho

⁴⁷ Lorna MCGREGOR: «Addressing the Relationship between State Immunity and Jus Cogens Norms: A Comparative Assessment», en Wolfgang KALECK *et al.* (eds.): *International Prosecution of Human Rights crimes*, Berlín: Springer, 2007, p. 71. Ver también, TPIY: *Prosecutor v Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998, párrs. 153-154.

⁴⁸ Giulia PINZAUTI, *supra*, p. 1100.

⁴⁹ SAN 16/2005, Fundamento de Derecho n.º 4: «En el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la formulación clásica del principio de legalidad penal (criminal y penal) *nullum crimen nulla poena sine lege*, en el Derecho internacional se articula como de *nullum crime [sic] sine iure*, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consideración como tal en Derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno».

consuetudinario internacional, no se infringiría el mentado principio. En otras palabras, para poder procesar graves crímenes internacionales que no hubieran estado codificados a nivel nacional al tiempo de la comisión de los mismos sería suficiente con que dicho crimen estuviera regulado en una norma internacional, independientemente de que estuviera plasmada en un convenio con efectos vinculantes para el Estado o amparada por la costumbre internacional (no escrita).

No obstante, tal y como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Supremo no comparte esta línea interpretativa. Tal es así, que cuando en octubre de 2007 Scilingo apeló la sentencia ante este tribunal, el recurso fue parcialmente estimado, determinándose que la costumbre internacional no era de aplicación directa y confirmando asimismo el carácter no retroactivo de la ley penal.⁵⁰ A pesar de ello, el tribunal condenó a Scilingo a 1084 años de prisión sobre la base de que dichos crímenes fueron calificados como (i) asesinato y (ii) detención ilegal, crímenes que sí estaban regulados por las leyes penales argentinas y españolas en el momento de la comisión de los mismos. Esta postura del Tribunal Supremo no ha estado exenta de polémica. A este respecto, Jiménez Cortés ha indicado que «el Tribunal Supremo realizó una interpretación y valoración de las normas internacionales frente al peso de las normas domésticas diametralmente opuesta a la realizada en otras esferas, inclusive en materia de derecho procesal penal».⁵¹

3.1.2 EL PROCEDIMIENTO INICIADO POR EL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N.º 5 DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Todo procedimiento penal que versara sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura franquista permanecieron paralizados hasta el año 2008, año en el que el juez del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón Real, se declaró competente para tramitar una petición interpuesta en el año 2006 solicitando que se investigaran las desapariciones forzadas ocurridas durante el referido periodo de dictadura. Así, el 16 de octubre de 2008 el juez Garzón emitió un auto en virtud del cual, sobre la base de principios

⁵⁰ STS 798/2007, Sala Segunda, de lo Penal, 1 de octubre de 2007.

⁵¹ Claudia JIMÉNEZ, *supra*, p. 22.

dimanantes del derecho consuetudinario internacional, se declaraba competente para investigar los crímenes del franquismo en tanto que podían ser calificados como crímenes contra la humanidad.⁵² No obstante lo anterior, esta decisión no solo fue revocada por el Pleno de la Audiencia Nacional el 2 de diciembre de 2008, sino que además dio inicio a un procedimiento en contra de dicho juez por la posible comisión de un delito de prevaricación, al haberse excedido, supuestamente, en sus funciones. Baltasar Garzón fue finalmente absuelto el 27 de febrero de 2012.⁵³

La comunidad internacional expresó su profunda preocupación por el procedimiento iniciado contra el juez Garzón y condenó la imputación del único juez que hasta la fecha había iniciado un procedimiento penal con el objeto de investigar los crímenes cometidos del franquismo. El 8 de febrero de 2012, un grupo de expertos de la ONU sobre la independencia de magistrados y desapariciones forzadas expresaron su preocupación por el efecto del juicio sobre la independencia de Baltasar Garzón en relación con el proceso iniciado para investigar y tratar los «más de cien mil casos de desapariciones forzadas que habrían ocurrido durante la guerra civil española y el régimen de Franco».⁵⁴ A este respecto, la relatora especial de la ONU sobre la independencia de los magistrados y abogados, junto con cinco expertos independientes del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, señaló que era «lamentable» que el juez Baltasar Garzón pudiese ser castigado «por haber abierto una investigación en línea con las obligaciones de España de investigar violaciones de derechos humanos de conformidad con los principios del derecho internacional».⁵⁵ Finalmente, Garzón fue absuelto por seis votos a favor y uno en contra. Si bien el Tribunal Supremo consideró que Garzón incurrió en un error, como es calificar los hechos como *crímenes de lesa humanidad*, ese error no constituía un delito de prevaricación. A pesar de haber sido absuelto, el Tribunal Supremo destacó a lo largo de

⁵² AN, Auto de 16 de octubre de 2008, Diligencias Previas Procedimiento Abreviado núm. 399/2006.

⁵³ STS 101/2012, de 27 de febrero de 2012, Causa especial núm. 20048/2009.

⁵⁴ *Id.* noticia de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: «España: expertos de la ONU expresan preocupación por las implicaciones del caso del Juez Garzón», Ginebra, 8 de febrero de 2012.

⁵⁵ *Ibid.*

las sesenta y tres páginas de su sentencia absolutoria la supremacía de la ley nacional sobre el derecho consuetudinario internacional lo cual, una vez más, cerraba la puerta a todo posterior intento de investigar los crímenes cometidos durante el franquismo.

3.2 Posición del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional

Si bien en el punto anterior se ha adelantado brevemente la posición del Tribunal Supremo, es en este acápite donde se analizarán los argumentos específicos esgrimidos por este tribunal para justificar su negativa al inicio de las investigaciones de los crímenes cometidos durante la dictadura. En la mentada sentencia absolutoria de 27 de febrero de 2012 el Tribunal Supremo abordó y refutó todo argumento jurídico encaminado a sustentar la procedencia del inicio de las investigaciones. Los argumentos del Tribunal Supremo descansan sobre los siguientes tres pilares:

- a) Los crímenes cometidos a lo largo de la dictadura franquista habrían prescrito al haber transcurrido más de veinte años desde la comisión de los mismos.
- b) La ley de amnistía del año 1977,⁵⁶ vigente a día de hoy, supondría un obstáculo insalvable e impediría cualquier tipo de investigación sobre la presunta comisión de estos delitos.
- c) El principio de irretroactividad de la ley penal prohibiría la directa aplicación de normas de derecho internacional, toda vez que estas necesitarían de una precisa transposición, operada según el derecho interno, para posibilitar la aplicación de las mismas.

Con el objeto de desgranar y refutar estos tres argumentos, se abordará primeramente lo alegado por el Tribunal Supremo con respecto a la posible prescripción de los crímenes cometidos hace más de veinte años.⁵⁷ En este sentido, es importante recalcar que los crímenes cuya investigación se defiende a través de la presente tesis son los calificados

⁵⁶ *Vid.* apartado 2.2.1

⁵⁷ STS 101/2012, *supra*, Fundamento de Derecho n.º 3.

como *crímenes de lesa humanidad*. A este respecto es menester indicar que es el propio tribunal el que no niega que, efectivamente, dichos crímenes pudieran ser calificados como *crímenes de lesa humanidad*.⁵⁸ Y es que, en tal caso, existe un amplio y asentado consenso en el ámbito internacional que señala que los crímenes de lesa humanidad no están sujetos a ningún plazo de prescripción. Con el objeto de evitar esta aparente contradicción, el Tribunal Supremo argumentó que la prohibición que señala que estos crímenes están sujetos a un plazo prescriptivo está regulada en tratados internacionales de los que España comenzó a ser parte *después* de la comisión de estos delitos y, por tanto, esta prohibición no podía ser aplicada a aquellos crímenes cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de los tratados internacionales que establecen el mentado principio.⁵⁹

Con respecto al segundo argumento sobre el que pivota la posición del Tribunal Supremo, se debe recordar que, según este tribunal, la ley de amnistía cubriría estos crímenes y, por tanto, imposibilitaría su investigación. Según este tribunal, hasta tanto dicha ley no sea derogada por el Parlamento español, esta sigue en vigor.⁶⁰ De conformidad con lo preceptuado en el artículo 130 del Código Penal español, los autores intelectuales y materiales de los referidos crímenes estarían amparados

⁵⁸ *Ibid.*, Fundamento de Derecho n.º 6.

⁵⁹ *Ibid.*, Fundamento de Derecho n.º 3:
«Además, como dijimos, la declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento no pueden ser aplicados retroactivamente. Las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (art. 9.3 CE), salvo que su contenido fuera mas favorable».

⁶⁰ *Ibid.*:
«Precisamente, porque la “transición” fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento».

por la mencionada ley de amnistía.⁶¹ En este sentido, cabe destacar que el Tribunal Constitucional ha respaldado la validez de la referida ley de amnistía, al afirmar que la misma no vulnera la Constitución española. A título de ejemplo citaremos las sentencias n.º 63/1983⁶² y n.º 147/1986.⁶³ En esta última, el alto tribunal señaló lo siguiente:

Como ya ha tenido ocasión de afirmar este Tribunal, la amnistía que se pone en práctica y se regula en ambas leyes es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa —en sentido amplio— que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que sirve, cuya finalidad unitaria no enmascara el hecho de que se pone en práctica recurriendo a una pluralidad de técnicas jurídicas que quedan unidas precisamente por la finalidad común.⁶⁴

En tercer lugar abordaremos la alegada violación del principio de legalidad sostenida por el Tribunal Supremo. A lo largo de la indicada sentencia de 27 de febrero de 2012 que finalmente absolvió al juez Baltasar Garzón, el Tribunal Supremo afirmó que las normas de derecho penal internacional no eran de aplicación directa, toda vez que era necesaria su previa transposición de conformidad con las disposiciones de derecho interno y que, por tanto, no eran de aplicación.⁶⁵ A este respecto, cabe señalar que no fue hasta el año 2003 cuando el Estado español modificó

⁶¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 130:

«La responsabilidad criminal se extingue:

1.º Por la muerte del reo.

(...)

4.º Por el indulto.

(...)».

⁶² STC 63/1983, de 20 de julio de 1983.

⁶³ STC 147/1986, de 25 de noviembre de 1986.

⁶⁴ *Ibid*, Fundamento de Derecho n.º 2.

⁶⁵ STS 101/2012, *supra*, Fundamento de Derecho n.º 3. Cf. STS 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Fundamento de Derecho n.º 6.

el Código Penal y codificó el delito de lesa humanidad.⁶⁶ Así las cosas, el Tribunal Supremo señaló que el sistema legal español sentaba sus bases sobre la estricta aplicación del principio de legalidad, lo cual impedía a los tribunales nacionales aplicar directamente cualquier norma derivada del derecho consuetudinario internacional.⁶⁷ Por tanto, la aplicación del principio *lex previa*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta* hacía imposible la aplicación directa de normas internacionales con el fin de crear o completar clasificaciones penales.⁶⁸

Es el propósito de la presente tesis rebatir, desde un punto de vista jurídico —y, específicamente, desde la perspectiva de la relevancia y preeminencia del derecho internacional sobre el derecho nacional— la postura defendida hasta la fecha por el Tribunal Supremo y respaldada por el Tribunal Constitucional.

⁶⁶ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ STS 101/2012, *supra*, Fundamento de Derecho n.º 3.

4

**Crímenes de lesa humanidad y su
evolución en el derecho consuetudinario
internacional**

Crímenes de lesa humanidad y su evolución en el derecho consuetudinario internacional

4.1 Introducción

En primer lugar, resulta necesario ilustrar al lector con un análisis sobre el tipo de crímenes que fueron cometidos durante la dictadura franquista, todo ello en aras de poder verificar si los mismos pueden ser o no ser calificados como *crímenes de lesa humanidad*.

Tal y como se ha señalado *supra*, Franco diseñó e implementó políticas de represión contra todo aquel oponente que representara un peligro potencial para el régimen. Para acometer tal fin, miles de ciudadanos fueron sentenciados a muerte tras ser juzgados mediante procedimientos sumarios antes tribunales militares, donde las garantías judiciales características y necesarias en todo procedimiento judicial eran constantemente vulneradas (ejemplo de ello son la ausencia de publicidad del procedimiento y la vulneración del derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial).⁶⁹ Esta situación se daba sobre todo en aquellos procedimientos seguidos contra todo aquel considerado como oponente al régimen (por ejemplo, los que hubieran luchado voluntariamente en el bando republicano).⁷⁰

Asimismo, hasta la fecha se han documentado más de 114 000 desapariciones forzadas, las cuales no han sido objeto de investigación alguna.⁷¹

⁶⁹ Cf. CdE: moción para una resolución, «Need for International Condemnation of the Franco Regime», doc. 10078, de 11 de febrero de 2004.

⁷⁰ Cf. Stanley G. PAYNE: *The Franco Regime, 1936-1975*, Madison: University of Wisconsin Press, 1987, p. 226.

⁷¹ Esta cifra hace referencia al número de desapariciones forzadas documentadas por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional en el Procedimiento Abreviado núm. 399/2006, Auto de 16 de octubre de 2008, Fundamento de Derecho n.º 5.

Por otro lado, no resulta baladí destacar que, durante el régimen franquista, miles de personas, incluyendo mujeres y niños, fueron aprehendidas y enviadas a campos de concentración, donden las obligaron a realizar trabajos forzados, todo ello con el objetivo de ser «reeducadas».⁷² El Valle de los Caídos, una basílica y monumento histórico construido para honrar a «los caídos» durante la guerra civil española,⁷³ fue construido en parte por los denominados *enemigos del régimen*.⁷⁴

Los delitos de tortura fueron también comunes durante el periodo franquista y se han documentado numerosos casos de torturas y tratos inhumanos o degradantes cometidos en las cárceles españoles de dicha época, sobre todo en aquellas en las que estaban reclusos prisioneros políticos así como en los referidos campos de concentración.⁷⁵ Estos tratos se resumen en palizas brutales, denegación de agua a los prisioneros, así como atroces técnicas de interrogación como podrían ser la extracción de uñas o la «estrangulación de testículos».⁷⁶ Estas prácticas fueron realizadas a lo largo de los casi cuarenta años que duró el régimen franquista.⁷⁷

Por otro lado, también es menester destacar la persecución sufrida por todo aquel oponente al régimen. Lo anterior se traduce no solo en la pérdida de libertad y el sometimiento a una constante vigilancia ordenada por el Estado, sino también en la discriminación en los puestos de trabajo, círculos

⁷² CdE: Informe, «Need for International Condemnation of the Franco Regime», doc. 10737, de 4 de noviembre de 2005, párr. 67.

⁷³ El Valle de los Caídos es un monumento construido entre 1940 y 1958 que, según el decreto de 1 de abril de 1940, tiene como objetivo «perpetuar la memoria de los caídos de nuestra gloriosa Cruzada».

⁷⁴ A este respecto, ver Fernando MENDIOLA GONZALO: «Forced Labour in Franco's Spain: Workforce Supply, Profits and Productivity», *EHES Working papers in Economic History*, 4 (enero 2011).

⁷⁵ CdE: moción para una resolución, «Need for International Condemnation of the Franco Regime», *supra*, párr. 8.

⁷⁶ Cf. Amnistía Internacional: Informe, «España: La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo», noviembre de 2008.

⁷⁷ Cf. CdE, moción para una resolución, «Need for International Condemnation of the Franco Regime», *supra*, párr. 8.

académicos, servicios sociales otorgados por el Estado y un largo etcétera.⁷⁸ La comunidad homosexual fue objeto de esta persecución y muchos de ellos fueron encarcelados en prisiones, enviados a campos de concentración o incluso a instituciones psiquiátricas. Las penas de prisión eran impuestas, según el régimen de la época, por cometer «escándalo público» o ser un «peligro social».⁷⁹ Otra minoría perseguida fue la conformada por aquellos que hablaban otra lengua que no fuera el castellano, como pudieran ser los catalanes o los vascos.⁸⁰

Realizada la anterior descripción, resulta necesario preguntarse a continuación: ¿se pueden caracterizar estos crímenes como *crímenes de lesa humanidad*? Y, en tal caso, ¿en el momento de su comisión, existía el crimen de lesa humanidad bajo las normas de derecho consuetudinario internacional?

A continuación se intentará dar respuesta a ambas preguntas, tomando para ello como punto de partida el concepto del *crimen de lesa humanidad* y su continua codificación en el derecho internacional, haciendo especial énfasis en lo establecido al amparo del derecho consuetudinario internacional.

4.2 Nacimiento y evolución conceptual del crimen de lesa humanidad

En palabras del jurista suizo Jean Graven, los crímenes de lesa humanidad son «tan antiguos como la propia humanidad».⁸¹ Los crímenes de lesa humanidad pueden ser definidos como aquellas graves violaciones de derechos humanos o de derecho humanitario «que han conmocionado nuestro sentido de dignidad humana» y que además “«forman parte de una

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ A título de ejemplo, ver EL PAÍS: «Declaro que M. C. D. es una homosexual rebelde a su familia», *El País* (Madrid) (19-10-2012).
Ver también Natalia JUNQUERA: «Indemnizado por primera vez un homosexual represaliado por Franco», *El País* (Madrid) (5-5-2009).

⁸⁰ *Vid.* CdE: moción para una resolución, «Need for International Condemnation of the Franco Regime», *supra*, párr. 8.

⁸¹ Jean GRAVEN: «Les crimes contre l'humanité», *Recueil des Cours*, 76 (1950-I), 427, 433.

práctica generalizada o sistemática». ⁸² Junto con los crímenes de guerra y el genocidio, el crimen de lesa humanidad es considerado como uno de los tres principales crímenes internacionales.

De conformidad con lo señalado por la académica McAuliffe de Guzmán, los fundamentos legales del crimen de lesa humanidad se asientan sobre la base de las «leyes de guerra». ⁸³ En la actualidad se ha determinado que el concepto de *crímenes de lesa humanidad* proviene del derecho consuetudinario internacional y ha sido recogido por importantes instrumentos internacionales como son los Estatutos del TPIY, TPIR y CPI. ⁸⁴

El primer intento en la historia moderna de imputar responsabilidad internacional por la comisión de crímenes de lesa humanidad surge a principios del siglo XX, tras la masacre turca de armenios entre los años 1915 y 1923. Es en este instante cuando el concepto de *crimen de lesa humanidad* es utilizado por primera vez en la esfera política, a través de una declaración conjunta de los Gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia. ⁸⁵ Este concepto político evolucionó a concepto jurídico a través de un informe presentado

⁸² Antonio CASSESE: *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 459.

⁸³ Margaret MCAULIFFE DE GUZMÁN: «The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity», *Human Rights Quarterly*, 22, núm. 2 (mayo 2000), p. 343.

⁸⁴ E.g. Estatuto TPIY, artículo 5; Estatuto TPIR, artículo 3; Estatuto de Roma, artículo 7. Ver también Antonio CASSESE: *The human dimension of international law. Selected papers of Antonio Cassese*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 459.

⁸⁵ Alette SMEULERS y Fred GRÜNFELD: *International crimes and other gross human rights violations: a multi- and interdisciplinary textbook*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2011, p. 86. Cf. Declaración conjunta de los Gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia de 24 de mayo de 1915 (énfasis añadido):

«For about a month the Kurd and Turkish populations of Armenia has been massacring Armenians with the connivance and often assistance of Ottoman authorities. Such massacres took place in middle April (new style) at Erzerum, Dertchun, Eguine, Akn, Bitlis, Mush, Sassun, Zeitun, and throughout Cilicia. Inhabitants of about one hundred villages near Van were all murdered. In that city Armenian quarter is besieged by Kurds. At the same time in Constantinople Ottoman Government ill-treats inoffensive Armenian population. In view of those new **crimes of Turkey against humanity and civilization**, the Allied governments announce publicly to the Sublime-Porte that they will hold personally responsible [for] these crimes all members of the Ottoman government and those of their agents who are implicated in such massacres».

en la Conferencia Preliminar de la Paz que tuvo lugar tras la Primera Guerra Mundial, la cual propugnó la persecución judicial de aquellos «culpables de crímenes contra las leyes y costumbres de guerra o las leyes de humanidad».⁸⁶ No obstante, esta recomendación fue rechazada, y no fue hasta el año 1945 cuando el concepto de *crimen de lesa humanidad* vuelve a resurgir.

Tras las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional comenzó a ser consciente de que el concepto de *crimen de guerra* no era suficiente para cubrir todos aquellos graves crímenes cometidos en el pasado.⁸⁷ Es por ello que, durante la elaboración de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (también conocida como Carta o Estatuto de Núremberg) se codificó finalmente el crimen de lesa humanidad. Esta carta fue redactada durante la Conferencia de Londres de 26 de junio de 1945⁸⁸ por el bando aliado que había salido victorioso de la guerra.⁸⁹

El artículo 6.c del Estatuto definió el crimen de lesa humanidad tal y como reza a continuación:

A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, **constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron**.⁹⁰

⁸⁶ Margaret MCAULIFFE DE GUZMÁN, *supra*, p. 344, citando el informe presentado en la Convención Preliminar de Paz por la Comisión «Responsibility of the Authors of the War and Enforcement of Penalties: guilty of offences against the laws and customs of war or the laws of humanity».

⁸⁷ Alette SMEULERS y Fred GRÜNFELD, *supra*, p. 86.

⁸⁸ Margaret MCAULIFFE DE GUZMÁN, *supra*, p. 345.

⁸⁹ *I. e.*, los Gobiernos de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

⁹⁰ Carta del TMI, artículo 6(c). Énfasis añadido y traducción libre.

Resulta altamente relevante destacar la última parte de dicha definición, la cual señala expresamente que no resulta *conditio sine qua non* que dicho delito hubiera estado codificado previamente a través de «legislación interna».

Desde la promulgación del referido Estatuto, la comunidad internacional ha adoptado numerosos instrumentos, entre los que se incluyen declaraciones, resoluciones y convenios que han contribuido a la clarificación de la definición del crimen de lesa humanidad.⁹¹ Por ejemplo, dos décadas después de la promulgación del Estatuto de Núremberg, el concepto de *crimen de lesa humanidad* fue utilizado por la Organización de las Naciones Unidas a la hora de definir las prácticas propias del régimen de *apartheid* sudafricano. Especial atención también merecen los Estatutos de los tribunales internacionales tales como el TPIY, el TPIR y la CPI, que aportaron una importante contribución a la hora de codificar el crimen de lesa humanidad, así como los Estatutos de los tribunales híbridos, los cuales han introducido el concepto de *crimen de lesa humanidad* dentro de su jurisdicción nacional.

Por un lado, tanto el Estatuto de el TPIY como el TPIR han abordado este concepto con gran detalle al determinar los «elementos del crimen» mediante el estudio y aplicación del derecho consuetudinario internacional.⁹² Ambos Estatutos requieren que, en aras de que el crimen pueda ser calificado como *crimen de lesa humanidad*, éste debe ser «dirigido contra población civil»⁹³ y ser parte de un «ataque generalizado o sistemático»⁹⁴. Por su parte, los Estatutos de los tribunales híbridos de Sierra Leona y Camboya también adoptaron esta formulación.⁹⁵ Resulta importante destacar que, de conformidad con los

⁹¹ Dos décadas después de la promulgación del Estatuto de Núremberg, el concepto de crimen de lesa humanidad fue usado en relación con el régimen de *apartheid* sudafricano (resolución UNGA 2202 a (XXI), de 16 de diciembre de 1966).

⁹² Steven RATNER, Jason S. ABRAMS y James L. BISCHOFF: *Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg legacy*, 3.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 52.

⁹³ Estatuto TPIY, artículo 5 y Estatuto TPIR, artículo 3.

⁹⁴ Estatuto TPIR, artículo 3.

⁹⁵ Estatuto SCSL, artículo 2.

mentados Estatutos, no es necesaria la existencia de una política o plan específicos, reconociendo que hasta un único acto podría ser calificado como *crimen de lesa humanidad*.⁹⁶

La definición que se recoge en el Estatuto de la CPI ha sido considerada como la *codificación de una ley preexistente*,⁹⁷ lo cual sin duda constituye una prueba más de que la definición y prohibición de los crímenes de lesa humanidad ya estaba presente en el momento de la comisión de los mismos durante la época franquista.

Tras arduos debates, la Conferencia de Roma definió los crímenes de lesa humanidad como aquellos actos que se cometan «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque»,⁹⁸ añadiendo además otro elemento:

Por «ataque contra una población civil» en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la «política... de cometer ese ataque» requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil.⁹⁹

A día de hoy, son numerosos los países que han adoptado en su legislación nacional la definición plasmada en el Estatuto y los Elementos del Crimen de la CPI.¹⁰⁰

⁹⁶ *Vid. Prosecutor v Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Appeal Judgment of 12 June 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), párrs. 85-100 y *Sylvestre Gacumbitsi v The Prosecutor*, Appeal Judgment of 7 July 2006, Case no. No. TPIR-2001-64-A, párr. 84.

⁹⁷ Steven RATNER, JASON S. ABRAMS, JAMES L. BISCHOFF, *supra*, p. 52.

⁹⁸ Estatuto de Roma, artículo 7.

⁹⁹ CPI, Elementos de los Crímenes, artículo 7.3.

¹⁰⁰ Steven RATNER, JASON S. ABRAMS, JAMES L. BISCHOFF, *supra*, p. 52.

Asimismo, cabe señalar que en la actualidad se están realizando importantes y numerosos esfuerzos para codificar el crimen de lesa humanidad en una Convención. Ejemplo de ello es la circulación de un borrador de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad durante la 11.^a Asamblea de Estados partes al Estatuto de Roma celebrada en La Haya durante el mes de noviembre de 2012.¹⁰¹ Dicho borrador señala en su artículo 1 lo siguiente:

Los crímenes de lesa humanidad, ya sean cometidos tanto en tiempo de conflicto armado como en tiempo de paz, constituyen crímenes de derecho internacional para los que existe responsabilidad penal individual. Además, los Estados pueden ser considerados responsables de crímenes de lesa humanidad conforme a los principios de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.¹⁰²

Asimismo, el artículo 3 realiza una definición del crimen de lesa humanidad conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por ‘crímenes de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- (a) Asesinato;
- (b) Exterminio;
- (c) Esclavitud;
- (d) Deportación o traslado forzoso de población;
- (e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- (f) Tortura;

¹⁰¹ «Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad», Washington University Law, Whitney R. Harris World Law Institute and Crimes Against Humanity Initiative, agosto de 2010.

¹⁰² En su nota explicativa, dicho borrador señala que:
«[L]os crímenes de lesa humanidad pueden dar lugar a responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos en el supuesto de que las violaciones de la presente Convención sean atribuibles a un Estado Parte de conformidad con el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptado en 2001 por la Comisión de Derecho Internacional».

- (g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- (h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con actos de genocidio o crímenes de guerra;
- (i) Desaparición forzada de personas;
- (j) El crimen de apartheid;
- (k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Los instrumentos mencionados dan buena muestra del consenso general que existe en torno al contenido esencial del crimen de lesa humanidad, un crimen que existía previamente bajo el derecho consuetudinario internacional y que estos instrumentos se han encargado de codificar.

4.3 *Elementos del crimen*

Tal y como ya ha sido señalado con anterioridad, uno de los principales elementos del crimen de lesa humanidad es que este forme parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra población civil. Al amparo de lo establecido bajo el derecho consuetudinario internacional, el *mens rea* implica que el autor tenía conocimiento de la generalidad o sistematicidad del ataque.¹⁰³

Por otro lado, los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en el contexto de un conflicto armado como en tiempos de paz.¹⁰⁴ Huelga

¹⁰³ Margaret MCAULIFFE DE GUZMÁN, *supra*, p. 381.

¹⁰⁴ A. CASSESE, *supra*, p. 459. E. g. A. CLAPHAM: «Issues of complexity, complicity and complementarity: from the Nuremberg trials to the dawn of the new International Criminal Court», en Ph. SANDS (ed.): *From Nuremberg to The Hague. The Future of International Criminal Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 43.

decir que, a pesar de que el Estatuto del TPIY requiere específicamente que el ataque sea cometido en el contexto de un conflicto armado,¹⁰⁵ posteriormente este mismo tribunal ha indicado que bajo el derecho consuetudinario internacional no es necesario el vínculo entre el crimen y la existencia de un conflicto armado.¹⁰⁶ No obstante lo anterior, esta nimia controversia carece de relevancia a los efectos de analizar los crímenes de lesa humanidad cometidos en España, toda vez que el propio Tribunal Supremo español ha reconocido en la indicada sentencia recaída en el caso Scilingo (ver *supra* apartado 3.1.1), que los crímenes de lesa humanidad pueden también ser cometidos en tiempos de paz.¹⁰⁷

Un tercer elemento del crimen de lesa humanidad es la necesidad de que el mismo haya sido realizado «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política».¹⁰⁸ Los crímenes de lesa humanidad suelen ser cometidos bajo un determinado y muy definido contexto político, ideológico e institucional. Generalmente, este tipo de crímenes es perpetrado por órganos del Estado (esto es, individuos actuando en el desempeño de sus funciones oficiales y siguiendo órdenes).¹⁰⁹ A este respecto surge la duda de cuál debiera ser el grado de participación del Estado para poder calificar como *crimen de lesa humanidad*: este crimen, ¿debe ser cometido por órganos o agentes estatales, o, por el contrario, puede ser también cometido por terceros con la aquiescencia del Estado? La jurisprudencia que ha surgido en este sentido ha admitido ambos escenarios como posibles.¹¹⁰

¹⁰⁵ Estatuto del TPIY, artículo 5.

¹⁰⁶ *Vid. Prosecutor v Dusko Tadić aka "Dule"*. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995 (IT-94-1-T), párr. 141; *Kaing Guek Eav alias Duch*, Case No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, Trial Judgement, 26 July 2010, párr. 218.

¹⁰⁷ STS 798/2007, Fundamento de Derecho n.º 6.

¹⁰⁸ E. g. artículo 7 (2) (a) Estatuto de Roma; Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 48.ª sesión, *Yearbook of the International Law Commission*, II (1996), 2.ª parte, artículo 18.

¹⁰⁹ Antonio CASSESE, *supra*, p. 462.

¹¹⁰ *Ibid.*

4.4 Conclusiones

A lo largo de este capítulo se intenta dar respuesta a dos preguntas transversales de la presente tesis: ¿se pueden caracterizar los crímenes cometidos durante el franquismo como crímenes de lesa humanidad? Y, en tal caso, en el momento de su comisión, ¿existía el crimen de lesa humanidad bajo las normas de derecho consuetudinario internacional?

Ante la primera pregunta cabe señalar que no existe prácticamente controversia a la hora de señalar que, efectivamente, estos crímenes pueden ser calificados como *crímenes de lesa humanidad*. Tal es así que el propio Tribunal Supremo en su sentencia del año 2012 indicó que estos crímenes podrían llegar a ser calificados como *crímenes de lesa humanidad*.¹¹¹

Con respecto a la segunda pregunta, cabe reiterar que la definición y contenido actual de los crímenes de lesa humanidad es el resultado de una codificación paulatina de las normas previamente existentes bajo el derecho consuetudinario internacional, normas que ya existían en el momento de la comisión de los crímenes de lesa humanidad perpetrados en España durante la dictadura franquista.

Una vez determinado lo anterior, procede a continuación analizar y refutar, bajo las normas del derecho internacional (con especial énfasis en lo establecido en el derecho consuetudinario internacional), los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo español para paralizar y vetar cualquier investigación de estos crímenes.

¹¹¹ Vid. STS 101/2012, *supra*, Fundamento de Derecho n.º 6 (énfasis añadido): «De cuanto llevamos argumentado podemos extraer varias conclusiones: 1.- La situación puesta de manifiesto por las víctimas, que comparecen en el Juzgado Central n.º 5 exponiendo su situación y demandando la tutela del órgano judicial, de acuerdo con nuestra cultura actual sobre Derechos Humanos, **es una denuncia de delitos contra la humanidad. En efecto, en la medida en que se refería la desaparición de personas y cuerpos de los fallecidos, fusilamientos, ejecuciones extrajudiciales, detenciones ilegales etc., realizados siguiendo un plan sistemático de ejecución**, como resulta de algún Bando u Ordenaciones, y de su realización simultánea en tiempo y espacio».

5

La actual posición del Tribunal Supremo y la vulneración de la normativa internacional

La actual posición del Tribunal Supremo y la vulneración de la normativa internacional

Resulta palmario y notorio cómo la comunidad internacional ha exhortado al Estado español en numerosas ocasiones a fin de que inicie las oportunas y necesarias investigaciones así como los eventuales procesamientos de todo aquel responsable por la comisión de los graves crímenes de lesa humanidad cometidos a lo largo de la dictadura franquista.¹¹²

A pesar de ello, tanto el poder ejecutivo como el judicial han hecho oídos sordos a estos requerimientos, todo ello sobre la base de una argumentación jurídica que, a juicio de quien suscribe, contraviene los más elementales principios del derecho internacional.

5.1 Sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

Son numerosos los tratados y normas internacionales que, basados en los principios derivados del derecho consuetudinario internacional, han señalado que los crímenes de lesa humanidad no están sujetos a ningún tipo de prescripción.¹¹³

¹¹² Ver, *inter alia*, CDH: observaciones finales, 5 de enero de 2009 (CCPR/C/ESP/CO/5), párr. 3; CoE: Informe, «Need for International Condemnation of the Franco Regime», *supra*, párr. 97; CAT: observaciones finales, 9 de diciembre de 2009 (CAT/C/ESP/CO/5, párr. 8).

¹¹³ Es menester destacar que en ninguna de las declaraciones, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y que a continuación se señalan, ha sido previsto ningún tipo de limitación en el tiempo: resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el fallo de este Tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una

En el año 1968 fue adoptada la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, la cual en su artículo 1 señala que los crímenes de lesa humanidad «cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz» son imprescriptibles.¹¹⁴ No obstante lo anterior, y a pesar de que España se ha caracterizado por firmar y ratificar la mayoría de instrumentos internacionales relativos a la protección y promoción de los derechos humanos, resulta altamente llamativo cómo, a día de hoy, esta convención no ha sido firmada.¹¹⁵ A mayor abundamiento, el Consejo de Europa adoptó en el año 1974, siguiendo así los pasos de la Convención de la ONU, la Convención Europea sobre la no aplicabilidad de la prescripción de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.¹¹⁶ A día de hoy, llama sin duda la atención y resulta cuando menos revelador que España tampoco haya firmado esta Convención.¹¹⁷

Resultaría aceptable e incluso lógico que España no hubiera firmado ambos convenios en la época de su adopción, una época en la que la forma de gobierno del país seguía siendo la dictadura. No obstante lo anterior, lo que resulta incomprensible a la par que llamativo es que el Estado español no haya suscrito dicho convenios a día de hoy, esto es, transcurridos casi cuarenta años desde la caída del régimen. Esta ausencia manifiesta de voluntad es buena muestra de que a día de hoy el Estado español sigue imponiendo obstáculos con el fin de evitar cualquier intento de investigación de los atroces crímenes cometidos en el pasado.

parte, y la política de *Apartheid*, por otra; las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad.

¹¹⁴ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, ONU, Treaty Series, vol. 754, p. 73, artículo 1.

¹¹⁵ En el año 2008 el Gobierno español adoptó el Plan de Derechos Humanos, cuya segunda medida contenía el compromiso de llevar a cabo «la firma y ratificación de instrumentos internacionales de protección y promoción de los derechos humanos», entre los que destacaba la firma y ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

¹¹⁶ Esta Convención entró en vigor el 27 de junio de 2003, tras la ratificación realizada por tres Estados (Países Bajos, Bélgica y Rumanía).

¹¹⁷ *Vid. estado de ratificación* a 1 de febrero de 2014.

Es por ello que en numerosas ocasiones la comunidad internacional ha solicitado formalmente a España que reconozca un principio básico como es el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. A título de ejemplo citaremos las recomendaciones efectuadas por el CDH al legislador español:

El Comité recuerda que **los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles** y señala a la atención del Estado parte sus observaciones generales N° 20, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto y N° 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. El Comité, aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte en el sentido de que la Ley de la Memoria Histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos, **toma nota también con preocupación de las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas.**¹¹⁸

A la vista lo anterior, España no solo tiene el deber de firmar y ratificar sendas convenciones, sino que además debe cerciorarse de que no exista ningún tipo de disposición legal que ampare la prescripción de los crímenes de lesa humanidad.

A pesar de todo lo anterior, el hecho de que el Estado español no haya ratificado dichos instrumentos internacionales *no* es óbice para la investigación de dichos crímenes, toda vez que la prohibición de prescripción es una prohibición que deriva del derecho consuetudinario internacional y es de obligado cumplimiento. En este mismo sentido se ha pronunciado la Asamblea General de la ONU en su resolución 3074, al determinar, entre otros, que

[l]os crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, **dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido**, serán objeto de una

¹¹⁸ CDH: *observaciones finales*, 5 de enero 2009 (CCPR/C/ESP/CO/5), párr. 9 (énfasis añadido).

investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.¹¹⁹

A mayor abundamiento, el 26 de septiembre de 1984, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió la resolución 828, relativa a los crímenes de desaparición forzada, la cual también determinó de manera clara que estos crímenes, en tanto eran crímenes de lesa humanidad, no podían estar sujetos a ningún tipo de prescripción.¹²⁰

A nivel regional cabe señalar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos también contiene una prolija y sentada jurisprudencia al respecto. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o “la Corte”) ha señalado en el histórico caso *Barrios Altos vs. Perú* que toda disposición de amnistía o que instaure o perpetúe la figura de la prescripción es contraria *per se* a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que contravienen el derecho internacional de los derechos humanos:

Esta Corte considera que **son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos** tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por **contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**.¹²¹

Amén de los casos ya citados en el presente artículo en los que la Corte Interamericana declara la interdicción de la figura de la prescripción para

¹¹⁹ Asamblea General de la ONU, resolución 3074 (xxviii), de 3 de diciembre de 1973 (énfasis añadido).

¹²⁰ CdE, resolución 828 sobre desapariciones forzadas, de 26 de septiembre de 1984, párr. 13(a)(i)(2).

¹²¹ CtIDH, Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C núm. 75, párr. 41.

graves violaciones de derechos humanos, resulta relevante destacar lo señalado por la Corte Interamericana en el caso *Bulacio vs. Argentina*.¹²² A este respecto, la Corte destacó que «el derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos»¹²³ reiterando, asimismo, que eran inadmisibles «las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos».¹²⁴ Asimismo, señaló que lo siguiente:

[D]e acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva.¹²⁵

En vista de lo anterior, bajo el derecho internacional (y, en concreto al amparo del derecho consuetudinario internacional y del derecho internacional de los derechos humanos), la figura de la prescripción no podrá ser utilizada como parapeto para impedir la investigación de crímenes de lesa humanidad.

¹²² CtIDH, Caso *Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100. En dicho caso, el cual versa sobre la muerte de un joven por parte de la policía, la Corte observó que desde el 23 de mayo de 1996, fecha en la que se corrió traslado a la defensa de la solicitud del fiscal de 15 años de prisión contra el comisario Espósito –imputado– por el delito reiterado de privación ilegal de libertad calificada, la defensa del imputado promovió una serie de artimañas con el objeto de alargar el procedimiento hasta tal punto que, finalmente, se opusiera la prescripción de la acción penal.

¹²³ Caso *Bulacio vs. Argentina*, *supra*, párr. 115.

¹²⁴ *Ibid.*, párr. 116.

¹²⁵ *Ibid.*, párr. 117.

5.2 Sobre la ley de amnistía

Tal y como se ha señalado *supra*, el Tribunal Supremo ha defendido la legitimidad y cobertura que otorga la ley de amnistía, lo cual supone el veto automático a cualquier investigación de los graves crímenes cometidos en el pasado. No obstante lo anterior, tal y como se demostrará a continuación, según las normas de derecho internacional, la ley de amnistía vigente actualmente en España no puede amparar la impunidad en cuanto a la comisión de crímenes de lesa humanidad.

5.2.1 LOS LÍMITES DE LA LEY DE AMNISTÍA DEL AÑO 1977

La ley de amnistía española, todavía en vigor a día de hoy, ha sido objeto de numerosas críticas por parte de organismos internacionales y de organizaciones de derechos humanos, y ello porque la amplia cobertura que otorga contraviene los principios más básicos del derecho internacional de los derechos humanos. A día de hoy existe un goteo incesante de declaraciones y resoluciones de organismos internacionales encargados de la protección y promoción de los derechos humanos que recuerdan a España su actual vulneración de la normativa internacional en este sentido.

Así, el Comité contra la Tortura de la ONU ha exhortado a España a fin de que garantice que todos los actos de tortura cometidos en el pasado (incluyendo las presuntas desapariciones forzadas), no pueden ser amparados por ninguna ley de amnistía.¹²⁶ En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el cual emitió en el año 2009 un informe en el que mostraba su preocupación «por el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977», instando al Estado español a fin de que «considerara la derogación» de dicha ley.¹²⁷

A mayor abundamiento, en el mes de febrero de 2012, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos señaló la necesidad de que la ley de amnistía española fuera derogada por cuanto la misma violaba las normas internacionales de derechos humanos.¹²⁸

¹²⁶ CAT: observaciones finales, 9 de diciembre de 2009, *supra*, párr. 8.

¹²⁷ CDH: observaciones finales, 5 de enero de 2009 (CCPR/C/ESP/CO/5), párr. 9.

¹²⁸ REUTERS: «Spain must lift amnesty for Franco era crimes-U. N.», *Thomson Reuters*

A nivel regional, el Consejo de Europa también ha indicado en varias ocasiones que el crimen de desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad que no puede ser amparado por ninguna ley de amnistía. A título de ejemplo destacamos la resolución de 26 de septiembre de 1984 la cual se pronuncia en este sentido.¹²⁹ Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado a este respecto al señalar que las leyes de amnistía son generalmente incompatibles con la obligación de un Estado de investigar actos de tortura o barbarie (*vid. Ould Dah v France*¹³⁰ y *Margus v Croatia*, señalando expresamente que la concesión de amnistía a los autores de crímenes internacionales como son el crimen de lesa humanidad, el crimen de guerra y el genocidio ha sido considerada como contraria al derecho internacional y, en concreto, al derecho consuetudinario internacional).¹³¹

Adicionalmente, tal y como será analizado en el siguiente apartado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado al respecto y ha dejado meridianamente claro que queda absolutamente prohibida la amnistía que ampare la comisión de crímenes de lesa humanidad.¹³²

5.2.2 EVOLUCIÓN DE LAS LEYES DE AMNISTÍA EN AMÉRICA LATINA

En América Latina, desde finales del siglo XX y en un momento álgido caracterizado por Gobiernos autoritarios o dictatoriales, fueron promulgadas varias leyes de amnistía. El objetivo de las mismas no fue otro que el de eximir de toda responsabilidad penal a personas involucradas en la comisión de graves violaciones de los derechos humanos. Si bien

Foundation, 10 de febrero de 2012.

¹²⁹ CdE, resolución 828 sobre desapariciones forzadas, *supra*, 13(a)(i)(3).

¹³⁰ TEDH, *Caso Ould Dah v France*, No. 13113/03. Decisión de admisibilidad de 17 de marzo de 2009.

¹³¹ TEDH, *Caso Margus v Croatia*, No. 4455/10. Sentencia de 13 de noviembre de 2012, párr. 74 (énfasis añadido).

¹³² Ver, a título de mera introducción, CtIDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C núm. 75, párr. 41. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C núm. 154, párr. 114 (énfasis añadido).

el fundamento de estas leyes era, según los Gobiernos de la época, la facilitación de la reconciliación nacional y la consecución de la paz, lo cierto es que este tipo de medidas legislativas lo único que fomentaron fue la creación de una lamentable situación de impunidad manifiesta que amparaba la comisión de graves violaciones de derechos humanos.

Tanto los organismos internacionales pertenecientes al sistema universal de protección de derechos humanos como la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la promulgación de este tipo de leyes de amnistía en varias ocasiones.

a) *Argentina*

El 24 de marzo del año 1976, un golpe de Estado derrocó a la presidenta María Estela Martínez de Perón e instauró una dictadura de tipo permanente regida por una Junta Militar.¹³³ A dicho golpe de Estado le sucedió un periodo de brutal represión contra todo aquel oponente político, caracterizado por las ejecuciones extrajudiciales llevadas a cabo por escuadrones de la muerte o la detención de numerosos ciudadanos.¹³⁴

En el año 1983 la Junta Militar emitió la ley de pacificación nacional,¹³⁵ una ley de autoamnistía que otorgaba el indulto a terroristas y miembros de las fuerzas armadas que hubieran estado involucrados en la comisión de crímenes entre el 25 de mayo de 1973 y 17 de junio de 1982. Dicha ley fue derogada por el posterior presidente elegido en democracia, Raúl Alfonsín, mediante la Ley n.º 23040 de 27 de diciembre de 1983. Posteriormente, y ante la gran presión ejercida por el estamento militar, fueron aprobadas las leyes de amnistía denominadas *ley de punto final*¹³⁶ y *ley de obediencia debida*.¹³⁷

¹³³ La dictadura militar en Argentina duró desde el año 1976 al año 1983.

¹³⁴ Alette SMEULERS y Fred GRÜNFELD, *supra*, p. 104.

¹³⁵ Ley n.º 22924 de 22 de septiembre de 1983, de Pacificación Nacional.

¹³⁶ Ley n.º 23492 de 23 de diciembre de 1986, de Punto Final.

¹³⁷ Ley n.º 23521, de 4 de junio de 1987, de Obediencia Debida.

En el año 1993, la CmIDH declaró que estas leyes de amnistía eran incompatibles con la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.¹³⁸ Finalmente, el 6 de marzo del año 2001 estas leyes fueron derogadas mediante sentencia del juez federal Gabriel Carvallo, sentencia que fue posteriormente confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 14 de junio de 2005.¹³⁹

b) *El Salvador*

Aproximadamente desde el año 1979 hasta 1992 las Fuerzas Armadas de El Salvador (FAES) emprendieron una guerra civil contra el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), una coalición de cinco grupos guerrilleros. Durante este periodo de cruento conflicto armado se cometieron graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, dejando un saldo de más de 70 000 muertos.¹⁴⁰

Tras la finalización de dicho conflicto, en concreto, el 23 de enero de 1992, la Asamblea Legislativa de El Salvador emitió el **Decreto Legislativo n.º 147, Ley de Reconciliación Nacional**, mediante el cual se concedió amnistía

a favor de todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en la comisión de delitos políticos comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, antes del 1º de enero de 1992.

En virtud de dicho decreto, la mayoría de casos presentados ante los tribunales una vez finalizado el conflicto armado fueron archivados por aplicación de la referida ley o de la figura de la prescripción, y muchos procesos

¹³⁸ Vid. CmIDH: Informe n.º 28/92, 12 de marzo de 1993 (OEA/Ser.L/V/II.83), el cual declara que ambas leyes son incompatibles con las disposiciones de la CADH. Ver también CDH: observaciones finales: Argentina, 5 de abril de 1995 (CCPR/C/79/Add.46; A/50/40).

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, caso *Simón (Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad)*, caso n.º 17768, sentencia de 14 de junio de 2005.

¹⁴⁰ Vid. BBC: «Radiografía de El Salvador», *BBC Mundo* (19-3-2004).

iniciados por desapariciones forzadas fueron archivados bajo el argumento de que se habían agotado las investigaciones sin resultados efectivos.

Adicionalmente, el Estado emitió el **Decreto Legislativo n.º 486, Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz**, la cual entró en vigencia el 22 de marzo de 1993 y concedió una

amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos, ya sea que contra dichas personas se hubiere dictado sentencia, se haya iniciado o no procedimiento por los mismos delitos, concediéndose esta gracia a todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en los hechos delictivos antes referidos”.

El 8 de marzo de 2011, la CmIDH remitió el caso a la CtIDH, argumentando para ello que el Estado tenía el deber de derogar toda disposición que otorgara una amnistía a las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado.¹⁴¹

Finalmente, el 25 de octubre de 2012, la CtIDH emitió una sentencia en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, la cual declaró que dicha ley de amnistía contravenía la Convención Americana sobre Derechos Humanos y además señaló lo siguiente:

En el presente caso **se están por cumplir veinte años** desde que la investigación de las masacres de El Mozote y lugares aledaños fue **sobreseída y el expediente archivado a consecuencia de la aplicación de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz**, sin que posteriores solicitudes de reapertura por parte de los representantes de las víctimas fueran atendidas. (...)

¹⁴¹ CmIDH, Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, caso n.º 10720, Informe de fondo n.º 177/10, 8 de marzo de 2011.

Es así que la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz y su posterior aplicación en el presente caso por parte del Juzgado Segundo de Primera Instancia de San Francisco Gotera, por un lado, es contraria a la letra y espíritu de los Acuerdos de Paz, lo cual leído a la luz de la Convención Americana se refleja en una grave afectación de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referidas a las masacres de El Mozote y lugares aledaños, al impedir que los sobrevivientes y los familiares de las víctimas en el presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y recibieran protección judicial, según el derecho establecido en el artículo 25 del mismo instrumento. Por el otro lado, la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz ha tenido como consecuencia la instauración y perpetuación de una situación de impunidad debido a la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, (...). Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz que impiden la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos sucedidas en el presente caso carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación, juzgamiento y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana que puedan haber ocurrido durante el conflicto armado en El Salvador.¹⁴²

Es importante destacar lo señalado por la Corte cuando indica que, una vez se determina que una ley de amnistía contraviene las disposiciones de un instrumento internacional de protección de derechos humanos del que el Estado es parte, esta no tiene ningún tipo de validez y, por tanto, no puede suponer un obstáculo para la investigación de las graves violaciones de derechos humanos.

¹⁴² CtIDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párrs. 294-296 (énfasis añadido).

Como consecuencia de lo anterior, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia decretó en el año 2000 la imposibilidad jurídica de aplicar la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz en casos de violaciones graves a los derechos humanos, abriéndose así la posibilidad para que los jueces penales, en el conocimiento de casos concretos de violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado interno, consideren la inaplicación de la ley de amnistía.¹⁴³

c) *Perú*

El 14 de junio de 1995, el Congreso peruano aprobó la controvertida Ley n.º 26479,¹⁴⁴ de Amnistía, la cual tenía con objeto otorgar una amnistía general a todos aquellos miembros de las fuerzas de seguridad y a todos aquellos civiles que se encontrasen denunciados, investigados, encausados, procesados o condenados por violaciones de derechos humanos cometidas entre mayo de 1980 y el 15 de junio de 1995.¹⁴⁵ Esta ley fue complementada posteriormente mediante una ley interpretativa de la misma: la Ley n.º 26492.¹⁴⁶ La primera ley referida concedió amnistía a los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran sujetos de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión, por violaciones de derechos humanos cometidas entre los años 1980 y 1995. Asimismo, la segunda ley de amnistía impedía, *inter alia*, que los jueces se pronunciaran sobre la legalidad o aplicabilidad de la anteriormente ley de amnistía.¹⁴⁷

¹⁴³ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia 24-97/21-98, de 26 de septiembre de 2000.

¹⁴⁴ Ley n.º 26479, de 14 de junio de 1995, publicada en *El Peruano* el 15 de junio de 1995, mediante la cual se concedió una «amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos».

¹⁴⁵ Ley n.º 26479, de Amnistía, y Ley n.º 26492.

¹⁴⁶ Ley n.º 26492, de 30 de junio de 1995, publicada en *El Peruano* el 2 de julio de 1995, en virtud de la cual «[p]recisan interpretación y alcances de amnistía otorgada por la Ley n.º 26479».

¹⁴⁷ En concreto, dicha ley declaró que la amnistía no era «revisable» en sede judicial y que era de obligatoria aplicación. Además, amplió el alcance de la Ley n.º 26479, ya que concedió una amnistía general para todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser objeto de procesamientos por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995, aunque no hubieran sido denunciadas.

En el año 2001, la Corte emitió una trascendental e histórica sentencia en el caso *Barrios Alto vs. Perú*,¹⁴⁸ en virtud de la cual analizó ambas disposiciones legales y declaró la incompatibilidad las leyes de amnistía n.º 26479 y n.º 26492 dictadas en el Perú con la Convención Americana, anulando las amnistías concedidas y ordenando la apertura de nuevos juicios.

A la vista de lo anterior, la Corte concluyó que todo aquel Estado que adoptara una ley de amnistía general incurría en una violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) en concordancia con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y es que, según la Corte:

Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a **la perpetuación de la impunidad**, por lo que son **manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana**. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.¹⁴⁹

A la vista de lo anterior, la Corte declaró que las indicadas leyes de amnistía carecían de efectos jurídicos y no podían seguir siendo utilizadas como subterfugio para impedir la investigación de los hechos punibles y el castigo de los responsables.¹⁵⁰

Asimismo, resulta particularmente interesante lo señalado por el juez Cançado Trindade en el voto concurrente relativo a la reseñada sentencia, al indicar que «no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional», el cual es el que debe ser utilizado como referente a la hora de analizar y declarar la vulneración de derechos humanos:

¹⁴⁸ CtIDH, Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75.

¹⁴⁹ *Ibid.*, párr. 43 (énfasis añadido).

¹⁵⁰ *Ibid.*, párr. 44.

(...) El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que **no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional**, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, **aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**.¹⁵¹

Una vez emitida la a todas luces histórica sentencia, la Corte Constitucional del Perú declaró que las leyes de amnistía eran nulas¹⁵² y los juicios penales se reiniciaron como si estas leyes efectivamente carecieran de efectos jurídicos. Además, cabe señalar que desde ese momento los tribunales peruanos han vuelto a reabrir más de 180 causas que se encontraban paralizadas en aplicación de la mencionada normativa del régimen de Fujimori.¹⁵³

d) Chile

El general Augusto Pinochet gobernó Chile durante 1973 y 1990 bajo una dictadura militar. En el año 1978 fue emitido el Decreto Ley n.º 2191,¹⁵⁴ el cual concedía en su artículo 1 una amnistía general a todos los responsables de «hechos delictuosos» cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. Dicho decreto fue considerado como una «autoamnistía»,

¹⁵¹ Voto concurrente del juez Cançado Trindade, en CtIDH, Caso *Barrios Altos vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75, párr. 6 (énfasis añadido).

¹⁵² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 2 de marzo de 2007. (Exp. n.º 679-2005-PA/TC).

¹⁵³ Miguel ARENAS MEZA: «La contribución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la eliminación de las “leyes de amnistía” en América Latina: un paso decisivo en la lucha contra la impunidad», en Eduardo REY TRISTÁN y Patricia CALVO GONZÁLEZ (coords.): *Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles, Congreso Internacional, 1810-2010: 200 años de Iberoamérica*, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2010, p. 2187.

¹⁵⁴ Decreto Ley n.º 2191 de 1978, publicado en el Diario Oficial n.º 30042 de 19 de abril de 1978. Cf. Alette SMEULERS y Fred GRÜNFELD, *supra*, p. 461.

toda vez que el mismo fue emitido por el propio régimen militar para, no ya obstaculizar, sino impedir la acción de la justicia principalmente contra sus propios crímenes.

En el caso *Amonacid Arellano y otros vs. Chile*,¹⁵⁵ la Corte Interamericana declaró la incompatibilidad del señalado Decreto Ley n.º 2191¹⁵⁶ con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, la Corte señaló expresamente que los delitos de lesa humanidad no podían ser amnistiados:

(...) la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, **los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía**.¹⁵⁷

A este respecto, la Corte indicó que este tipo de amnistías conducía a «la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad», y, por lo tanto, eran «manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana», lo cual constituía una violación de la Convención y, por tanto, generaba responsabilidad internacional del Estado.¹⁵⁸ A la vista de lo anterior, la Corte declaró que el mencionado Decreto Ley n.º 2191 carecía de efectos jurídicos y, en consecuencia, no podía servir de parapeto a los responsables de los graves crímenes cometidos en el periodo amparado por la amnistía.

e) Uruguay

Uruguay fue gobernado por una Junta Militar desde el año 1976 hasta 1984. Esta dictadura se caracterizó por llevar a cabo atroces campañas de terrorismo de Estado y represión contra todo opositor al régimen. En el

¹⁵⁵ CtIDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.

¹⁵⁶ Decreto Ley n.º 2191. de 1978, publicado en el Diario Oficial n.º 30042 de 19 de abril de 1978.

¹⁵⁷ CtIDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra*, párr. 114 (énfasis añadido).

¹⁵⁸ *Ibid.*, párr. 119.

año 1986 se aprobó una ley de amnistía denominada *ley de caducidad*,¹⁵⁹ la cual estableció la caducidad del

ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1.º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período *de facto*.

Es importante señalar que esta ley no solo había sido aprobada a través de medios democráticos, sino que además había sido respaldada por la Suprema Corte de Justicia, y, en dos ocasiones, por la ciudadanía a través de un plebiscito. Realizada esta puntualización, es menester primeramente señalar que, ya en el año 1990, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas declaró que esta ley era incompatible con los derechos protegidos por el PIDCP:

El Comité expresa una vez más su honda preocupación con respecto a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado y su profunda inquietud por las consecuencias que tiene esa ley para el cumplimiento del Pacto. A ese respecto, el Comité destaca **la obligación que tienen los Estados partes en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso efectivo ante la autoridad competente judicial, administrativa, legislativa o de otro carácter**. El Comité observa con honda preocupación que en algunos casos el hecho de mantener la Ley de Caducidad **excluye de manera efectiva la posibilidad de investigar casos pasados de violaciones de derechos humanos** y, por consiguiente, impide que el Estado parte asuma la responsabilidad de permitir que las víctimas de esas violaciones interpongan un recurso efectivo. Asimismo, el Comité considera que **la Ley de Caducidad viola el artículo 16 del Pacto por lo que se refiere a las personas desaparecidas y el artículo 7 en relación con los familiares de esas personas**¹⁶⁰

¹⁵⁹ Ley n.º 15848, de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.

¹⁶⁰ CDH, observaciones finales, 8 abril de 1998 (CCPR/C/79/Add.90), Sección C (énfasis añadido).

Asimismo, la Corte Interamericana reiteró en su histórico caso *Gelman vs. Uruguay*¹⁶¹ que las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, eran «manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José», pues infringían lo dispuesto en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, toda vez que las mismas impedían la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y favorecía una inaceptable situación de impunidad.¹⁶²

Por otra parte, el hecho de que la Ley de Caducidad hubiera sido creada y respaldada a través de mecanismos democráticos no fue óbice para declarar la misma contraria a la Convención Americana. A este respecto, la Corte señaló lo siguiente:

El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. (...) La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, (...) **La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos** reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un «control de convencionalidad» (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.¹⁶³

¹⁶¹ CíDH, Caso *Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C n.º 221.

¹⁶² *Ibid.*, párr. 226.

¹⁶³ *Ibid.*, párrs. 238 y 239 (énfasis añadido).

En consecuencia, la Corte declaró que la ley de caducidad impedía la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los posibles responsables de violaciones de derechos humanos, lo cual había violado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8 y 25 de la Convención Americana).

5.2.3 CONCLUSIONES

Realizada la anterior recopilación de jurisprudencia, declaraciones y resoluciones de organismos internacionales, resulta necesario realizar una puntualización en la presente conclusión. La ley de amnistía española puede ser contemplada desde dos diferentes perspectivas. Por un lado, los defensores de la misma han señalado que la promulgación de esta ley era absolutamente necesaria para que la transición de la dictadura a la democracia fuera exitosa, esto es, la ley de amnistía vista como un mal menor necesario para la consecución de un fin legítimo: la reconciliación de todos los españoles y la instauración de un sistema democrático (el cual, valga decir, ha sido el principal valedor de la gran estabilidad sociopolítica existente hasta la fecha). Por otro lado, sus detractores arguyen que dicha ley constituye un desprecio hacia las víctimas y los familiares de estas, por cuanto les impide satisfacer su legítimo derecho de que dichos crímenes sean investigados.

A la vista de lo anterior, pareciera que los españoles estamos atrapados en esta falsa dicotomía entre la concesión de un perdón absoluto y «olvidar el pasado» o, en su caso, «reabrir antiguas heridas» que llevarían a la inestabilidad del país. No obstante, esta aproximación resulta desde todo punto de vista errónea, toda vez que la solución radica no en derogar la ley en su totalidad, sino en que la misma no sea de aplicación a aquellos crímenes que pudieran ser catalogados como crímenes de lesa humanidad.

No obstante lo anterior, asumiendo *in arguendo* que la ley de amnistía continuara en vigor, la misma no debe ser un obstáculo para la investigación, procesamiento y eventual condena de los autores de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura. A este respecto se debe recordar nuevamente que, bajo el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen el deber de investigar y perseguir a los presuntos autores

de crímenes de lesa humanidad y que amnistiar este tipo de delitos es una contravención automática, directa y carente de validez del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁶⁴

5.3 *Sobre el principio de legalidad*

Otro de los argumentos utilizado por el Tribunal Supremo para defender su postura es la preeminencia del principio de legalidad (resumido en las máximas *nullum crimen sine lege* y *lex scripta, lex certa, lex praevia* y *lex stricta*). En primer lugar, cabe preguntarse si el hecho de que una norma exista bajo derecho consuetudinario internacional en el momento de la comisión de los hechos es suficiente para iniciar la investigación y eventual procesamiento de los autores de graves violaciones de derechos humanos.

A este respecto cabe señalar que, tal y como así es defendido por un amplio grupo de juristas internacionales (y así ha sido destacado a lo largo de la presente tesis), existen una serie de obligaciones *erga omnes* que han alcanzado el estatus de *ius cogens* y que, por tanto, no precisan de una previa codificación a nivel nacional para que sean de obligado cumplimiento. Una obligación de este calado es, por ejemplo, la prohibición de tortura, de esclavitud o, en este caso, la prohibición de la comisión de crímenes de lesa humanidad, una prohibición que encuentra sus raíces en el derecho consuetudinario internacional y que actualmente figura codificada en numerosos instrumentos internacionales y nacionales.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Michael SCHARF: «The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes», en M. Cherif BASSIOUNI y Madeline H. MORRIS (eds.): «Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Rights», *Law and Contemporary Problems*, 59, núm. 4 (otoño 1996), p. 52.

E. g. M. Cherif BASSIOUNI: «Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability», en M. Cherif BASSIOUNI y Madeline H. MORRIS (eds.): «Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Rights», *Law and Contemporary Problems*, 59, núm. 4 (otoño 1996), p. 21.

¹⁶⁵ E. g. Giulia PINZAUTI, *supra*, p. 1096. Ver también ТРИХ, caso *Tadic*: «[t]here is no question but that crimes against humanity form part of customary international law» (*Prosecutor v Dusko Tadic aka "Dule"*), Chamber Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 de agosto de 1995, párr. 76:

Es en este punto cuando es importante traer a colación lo establecido por el artículo 15 del PIDCP y el artículo 7 del CEDH, los cuales presentan un contenido prácticamente idéntico. El indicado artículo 15 señala lo siguiente:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. **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.**¹⁶⁶

A nivel regional europeo, el artículo 7.2 del **Convenio Europeo de Derechos Humanos** señala en este mismo sentido que:

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo **no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.**¹⁶⁷

Por tanto, en aplicación de las anteriores disposiciones legales (disposiciones que, recordemos, son vinculantes para el Estado español, por cuanto este ha firmado y ratificado tanto el PIDCP como el CEDH), es

¹⁶⁶ Énfasis añadido.

¹⁶⁷ Énfasis añadido.

perfectamente viable la condena de una persona por delitos que, si bien no resultaban codificados a través de la legislación interna en el momento de los hechos, sí lo estaban según los «principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas».

El principal objetivo de este tipo de disposiciones no es otro que el de evitar que un estado configure sus propias normas de manera tal que los autores de graves crímenes internacionales se vean beneficiados y parapetados ante tal escudo protector. De lo contrario, los Estados podrían fácilmente confeccionar las leyes a su medida y despenalizar determinadas conductas en aras de evitar futuros procesamientos y eventuales condenas. En consecuencia, resulta suficiente para dar debido cumplimiento al principio de legalidad que el delito exista bajo el derecho internacional en el momento de la comisión del mismo.

Sentado lo anterior, resulta procedente determinar a continuación si, en el momento de la comisión de las graves violaciones de derechos humanos ocurridos durante la dictadura, existía alguna norma de carácter internacional que proscribiera este tipo de graves crímenes.¹⁶⁸ Para ello es necesario recordar primeramente lo señalado en la cláusula Martens, introducida en el preámbulo de la II Conferencia de La Haya de 1899, modificada ligeramente por la **IV Conferencia de La Haya** de 1907:

Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, **en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas**, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes **preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.**¹⁶⁹

¹⁶⁸ E. g. Antonio CASSESE: *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 28-30; Ian BROWNLIE: *Principles of Public International Law*, 6.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 2; Manuel Díez DE VELASCO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12.^a ed., Madrid: Tecnos, 1999, p. 117.

¹⁶⁹ Convención (IV) de La Haya, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 18 de octubre de 1907, Preámbulo (énfasis añadido).

De esta manera se intenta dar solución a aquellas situaciones en las que el hecho de que un grave crimen internacional no estuviera codificado no fuera óbice para su investigación y eventual procesamiento y condena. Asimismo, también resulta pertinente acudir al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en virtud del cual se determina que la costumbre internacional es fuente de obligaciones:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. **la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;**
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.¹⁷⁰

La ausencia de la debida codificación y la eventual vulneración del principio de legalidad también fue analizada en los juicios de Núremberg, donde los crímenes por los que se juzgaba a altos oficiales nazis no figuraban codificados en el momento de la comisión de los mismos. No obstante, este debate finalizó rápidamente a través de un firme consenso alcanzado en virtud del cual se determinó que no se había infringido el principio de *nullum crimen sine lege* y la prohibición de leyes *ex-post facto*, por cuanto el crimen de lesa humanidad se encontraba fuertemente arraigado y establecido bajo el derecho consuetudinario internacional en el momento de la comisión de dichos crímenes.¹⁷¹

Durante los juicios de Núremberg, numerosos acusados fueron condenados por la comisión de crímenes de lesa humanidad. Para ello,

¹⁷⁰ Estatuto de la CIJ, artículo 38.1 (énfasis añadido).

¹⁷¹ E. g. Margaret McAULIFFE DE GUZMÁN, *supra*, p. 345; M. Cherif BASSIOUNI: *Crimes against Humanity in International Law*, La Haya/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1992, p. 182.

la fiscalía sostuvo que, aunque estos crímenes no figuraban codificados a nivel nacional o internacional, las leyes que dimanaban de la «dignidad humana» son conocidas por todo ser humano,¹⁷² teoría que fue aceptada por el tribunal.¹⁷³ Numerosos juristas respaldan esta teoría jurídica, afirmando incluso que existen normas de derecho consuetudinario internacional que prevalecen sobre la legislación nacional.¹⁷⁴

El propio tribunal señaló además que las condenas realizadas bajo las leyes que derivan del derecho consuetudinario internacional no constituían un «ejercicio arbitrario de poder» por parte de las naciones que habían salido victoriosas del conflicto, sino que eran la «expresión de una ley internacional existente» al tiempo de la comisión de los hechos.¹⁷⁵

En otro orden de cosas, ciñéndonos al caso español, cabe reiterar que el Tribunal Supremo ha argüido que el principio de legalidad implica que las obligaciones asumidas por España en virtud de los tratados internacionales comienzan desde el momento en que éstos entran en vigor para el Estado español. No obstante, este argumento tampoco puede prosperar. A este respecto es importante recalcar lo señalado por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, el cual también ha abordado esta cuestión señalando que, a pesar de que la Convención contra la Tortura firmada y ratificada

¹⁷² Margaret McAULIFFE DE GUZMÁN, *supra*, p. 346.

¹⁷³ TMI, *Goering et al.*, Trial of German Major War Criminals, Judgment and Sentence, 30 September and 1 October 1946 (Cmd 6964, HMSO, London), p. 40, que señala (énfasis añadido): «The law of war is to be found not only in treaties, **but in the customs and practices of states** which gradually obtained universal recognition, and from general principles of justice applied by jurists, and practised by military courts. This law is not static, but by continual adaptation follows the need of a changing world. Indeed, in many cases treaties do no more than express and define for more accurate reference the principles of law **already existing**».

¹⁷⁴ Giulia PINZAUTI, *supra*, p. 1102, citando a J. A. PASTOR RIDRUEJO: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 2.^a ed., Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1983, p. 208, y A. J. RODRÍGUEZ CARRIÓN: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 3.^a ed., Madrid: Tecnos, 1994, p. 261. Cf. Voto concurrente del juez Cançado Trindade, en CtIDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75, párr. 6.

¹⁷⁵ TMI, 22 Trial of the Major War Criminal, 461(1949), citada en Michael SCHARE, *supra*, p. 52 (énfasis añadido).

por España entró en vigor el 26 de junio de 1987, «en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción».¹⁷⁶ Por tanto, el hecho de que España haya entrado a formar parte de un convenio con posterioridad a la comisión de los hechos (o, en el peor caso, no haya tan siquiera firmado el Convenio), no debiera ser óbice para perseguir e investigar todos aquellos crímenes prohibidos por el *ius cogens*.

A nivel regional cabe destacar la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este sentido, que ha señalado que no existe violación del principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* si el crimen figuraba regulado bajo derecho internacional (*vid. C. R. v The United Kingdom*,¹⁷⁷ *S. W. v The United Kingdom*,¹⁷⁸ *Streletz, Kessler and Krenz v Germany*).¹⁷⁹

No obstante lo anterior, se podría argüir que la inexistencia de una regulación específica en el momento de los hechos podría generar cierta indefensión al acusado, quien eventualmente desconocería la pena a la que se puede enfrentar. *Prima facie*, esto podría ser problemático. No obstante, este aparente conflicto de principios se podría solucionar al otorgar al crimen internacional no codificado la pena que se contemplara a nivel nacional en relación con el delito común del que deriva el crimen internacional (esto es, aplicar la pena correspondiente al asesinato, tortura, violación, etcétera —delitos comunes ya preexistentes— cuando el crimen de lesa humanidad del que esté acusado el imputado presente elementos del tipo penal similares).¹⁸⁰ Asimismo, el hecho de que la pena no esté previamente determinada no parece ser un gran obstáculo para la comunidad

¹⁷⁶ CAT: observaciones finales, 9 de diciembre de 2009 (CAT/C/ESP/CO/5), párr. 8.21.

¹⁷⁷ TEDH, Caso *C. R. v The United Kingdom*, No. 20190/92. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrs. 33-44.

¹⁷⁸ TEDH, Caso *S. W. v The United Kingdom*, No. 20166/92. Sentencia de 22 de noviembre de 1995, párrs. 34-47.

¹⁷⁹ TEDH, Caso *Streletz, Kessler and Krenz v Germany*, Nos. 34044/96, 35532/97 y 44801/98. Sentencia de 22 de marzo de 2001, párr 90.

¹⁸⁰ Cf. Giulia PINZAUTI, *supra*, p. 1102.

internacional. A título meramente ilustrativo centraremos nuestra atención en las prescripciones del Estatuto de Roma, el cual señala que la CPI podrá imponer a la persona declarada culpable una pena privativa de libertad por un «número determinado de años que no exceda de 30 años» e incluso la cadena perpetua «cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado».¹⁸¹ Es decir, en los casos sometidos ante la CPI las penas solo están determinadas en sus máximos. El hecho de que la pena no está expresamente determinada según cada delito específico no ha supuesto conflicto alguno, ni para la comunidad internacional en general ni para el Estado español en particular, quien, recordemos, es firmante del citado Estatuto de Roma.

En vista de lo anteriormente expuesto, al amparo de las normas que dimanen del derecho internacional, la postura actual del Estado español no solo no encuentra sustento jurídico, sino que además se encuentra en flagrante vulneración de principios y normas fundamentales que dimanen del derecho internacional.

¹⁸¹ CPI, Estatuto de Roma, artículo 77.

6

Una mirada hacia el futuro: los derechos de las víctimas bajo el derecho internacional de los derechos humanos

Una mirada hacia el futuro: los derechos de las víctimas bajo el derecho internacional de los derechos humanos

6.1 *El derecho a la reparación*

El derecho a la reparación figura recogido en numerosos instrumentos de derecho internacional, tales como los tratados internacionales y regionales,¹⁸² la costumbre internacional, así como en instrumentos de *soft law*.¹⁸³

La ONU ha establecido una serie de importantes Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.¹⁸⁴ Estos principios consisten en el derecho de toda víctima a (i) la reparación, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv)

¹⁸² *Vid.* Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 8); PIDCP (artículo 2 (3), 2(5) y artículo 14(6)); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 6); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 39); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 14); Estatuto de Roma (artículo 75). *E. g.* CEDH (artículos (5), 13 y 41); y CADH (artículos 25, 68 y 63(1)); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 21(2)).

¹⁸³ *Vid.* Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985; Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 19), resolución UNGA 47/133 de 18 de diciembre de 1992; Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (principio 20), recomendada por el Consejo Económico y Social en su resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989; y Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

¹⁸⁴ Adoptada por la resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

satisfacción y (v) garantías de no repetición.¹⁸⁵ La presente tesis seguirá la clasificación efectuada a través de estos principios para analizar el derecho de las víctimas del franquismo.

En principio, el objetivo primordial de las reparaciones es la denominada *restitutio in integrum*, esto es, la reposición de la víctima al *statu quo* previo a la comisión del crimen.¹⁸⁶ No obstante lo anterior, muchas veces este objetivo es de imposible cumplimiento. Es ahí cuando entran en juego otras medidas como lo son la compensación, rehabilitación, satisfacción o las garantías de no repetición. Debido a la naturaleza de los crímenes cometidos durante la dictadura franquista, la presente tesis únicamente analizará el derecho a las víctimas a la compensación y satisfacción. Y es que, el transcurso del largo tiempo transcurrido, unido a la naturaleza de los crímenes, hace innecesario en estos momentos analizar el derecho de las víctimas a la restitución o a la rehabilitación. Asimismo, las garantías de repetición tampoco serán analizadas en el presente texto, por cuanto España a día de hoy es una democracia sólida y consolidada que, a juicio de la que suscribe, no necesita de la implementación de garantías de no repetición.

¹⁸⁵ *Ibid.* Principio 18 (énfasis añadido):

«Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: **restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición**».

¹⁸⁶ Ver, e. g., CtIDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C n.º 10, párr. 27: «[I]a indemnización que se debe a las víctimas o a sus familiares en los términos del artículo 63.1 de la Convención, debe estar orientada a procurar la *restitutio in integrum* de los daños causados por el hecho violatorio de los derechos humanos. El desiderátum es la restitución total de la situación lesionada, lo cual, lamentablemente, es a menudo imposible, dada la naturaleza irreversible de los perjuicios ocasionados, tal como ocurre en el caso presente. En esos supuestos, es procedente acordar el pago de una “justa indemnización” en términos lo suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida”. Ver también CtIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n.º 7, párr. 26. CPJI, *Chorzow Factory Case (Germany v Poland)*, 13 de septiembre de 1928, Sr. A, n.º 17, p. 47. E. g. Principios 8 a 11 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, *supra*.

6.1.1 INDEMNIZACIÓN

El derecho a la compensación por la grave violación de derechos humanos figura respaldada por numerosos instrumentos internacionales, de los que podemos destacar las siguientes resoluciones de la Asamblea de la ONU: la resolución sobre la **Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder del año 1985**,¹⁸⁷ y la ya mencionada **resolución sobre los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones del año 2005**. Mientras que la primera se centra en las víctimas de crímenes cometidos a nivel nacional, la segunda se centra en las graves violaciones de derecho internacional. Según ambas declaraciones, el daño causado debe ser compensado sobre la base del «principio de equidad».¹⁸⁸

Tal y como se ha señalado previamente, el Gobierno español ha mostrado un relativo avance en cuanto al otorgamiento de la correspondiente indemnización a las víctimas de los crímenes cometidos durante el franquismo. No obstante, este avance ha sido hasta la fecha insuficiente. La mencionada ley de memoria histórica¹⁸⁹ otorga unas compensaciones nimias que bajo ningún concepto pueden ser entendidas como proporcionales y de conformidad con el principio de equidad indicado *supra*.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ya se ha pronunciado al respecto en sus observaciones finales del año 2009 al indicar «El Estado parte debe: (...) d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, **indemnizarlas**».¹⁹⁰

En conclusión, una vez sean investigados los crímenes de lesa humanidad cometidos a lo largo de la dictadura franquista y se determinen las

¹⁸⁷ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

¹⁸⁸ CtIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, *supra*, párr. 27.

¹⁸⁹ *Vid. supra*, 2.2.1 Ley de amnistía y ley de memoria histórica.

¹⁹⁰ CDH: observaciones finales, 5 de enero de 2009 (CCPR/C/ESP/CO/5), párr. 9 (énfasis añadido).

víctimas de los mismos, el Estado español tiene el deber de indemnizarlas debidamente y en proporción al daño sufrido.

6.1.2 SATISFACCIÓN

El principio 22 de los Principios y directrices básicos del año 2005, señala que la satisfacción incluye, *inter alia*:

- 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;
(...)
- f) La **aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones**,¹⁹¹

La ley de memoria histórica fue el primer intento en democracia en dar cumplimiento al derecho de las víctimas a la identificación y recuperación de las personas desaparecidas. No obstante lo anterior, a día de hoy, todos los procedimientos encaminados a este objetivo se encuentran prácticamente paralizados.

A esto hay que añadir lo señalado por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012,¹⁹² la cual señala que las víctimas no tienen el derecho a acceder a la «verdad judicial» sino, en todo caso, a la «verdad histórica».¹⁹³ No obstante y en oposición a lo aludido por el Tribunal Supremo, en aras de garantizar el derecho a la reparación de las víctimas, estas deben tener acceso a la verdad «fáctica y forense». A este respecto

¹⁹¹ Énfasis añadido.

¹⁹² *Vid. supra*, cap. 5, La actual posición del Tribunal Supremo y la vulneración de la normativa internacional.

¹⁹³ STS 101/2012, *supra*, Fundamento de Derecho n.º 1.

resulta conveniente destacar las palabras de la Comisión Sudafricana de la Verdad y Reconciliación (CSVR), la cual señaló que la verdad «fáctica y forense» es la noción legal o científica que saca a la luz datos respaldados por documentos probatorios con el objeto de obtener información precisa a través de procedimientos fiables (imparciales y objetivos).¹⁹⁴ La «verdad histórica» a la que hace referencia el Tribunal Supremo se reconstruye sobre la base de la experiencia de las víctimas, partícipes y datos históricos, y, por tanto, adolece de la exactitud y veracidad que se obtiene a través de la verdad «fáctica y forense» propia de un procedimiento judicial.

El Comité de Derechos Humanos ya ha señalado a este respecto que los Estados tienen la obligación de implementar procedimientos eficaces para investigar, a través de un organismo imparcial, las desapariciones forzadas de personas así como las circunstancias en las que sucedieron las mismas.¹⁹⁵

Asimismo, a nivel regional, el TEDH ha declarado que, dada la importancia de la prohibición de la tortura, los Estados tienen la obligación de realizar una investigación exhaustiva y eficaz sobre los hechos.¹⁹⁶

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha indicado en numerosas ocasiones, desde su histórico caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, que los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Informe TRC, vol. 1, p. 110, citado en Alette SMEULERS y Fred GRÜNFELD, *supra*, p. 451 (traducción libre).

¹⁹⁵ CDH, *Basilio Laureano Atachahua vs. Perú*, Comunicación n.º 540/1993, 16 de abril de 1996 (CCPR/C/56/D/540/1993), párr. 8.3.

¹⁹⁶ TEDH, *Caso Aksoy v Turkey*, No. 21987/93. Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párr. 98. Ver también TEDH, *Caso Selçuk and Asker v Turkey*, No. 12/1997/796/998-999. Sentencia de 24 de abril de 1998, párr. 96.

¹⁹⁷ CIIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4, párr. 166 (énfasis añadido).

A mayor abundamiento, se debe poner de manifiesto que esta constante negación al derecho a la verdad de las víctimas podría suponer también una vulneración del derecho a la integridad física de los familiares de las víctimas (*vid.* TEDH, caso *Kurt v Turkey*¹⁹⁸ y *Karimov and others v Russia*¹⁹⁹ en relación con la violación del artículo 3 del CEDH y CtIDH Caso *Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*,²⁰⁰ caso *Blake vs. Guatemala*,²⁰¹ caso *García y Familiares vs. Guatemala*²⁰² y caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*,²⁰³ en relación con la violación del artículo 5 de la CADH).

A la vista de lo anteriormente expuesto, la investigación de los crímenes cometidos durante el franquismo continúa siendo a día de hoy necesaria para satisfacer el legítimo derecho de las víctimas a la verdad y, por tanto, a su derecho a la satisfacción.

6.2 Una solución subsidiaria y no judicial: la implementación de una comisión de la verdad

Si tenemos en cuenta el periodo en el que fueron cometidos los crímenes (desde el año 1939 hasta 1975), puede resultar muy probable que, a día de hoy, ninguno de los responsables por la comisión de estos delitos de lesa humanidad permanezca con vida. En tal caso, todo procedimiento judicial penal sería automáticamente archivado una vez se constatará la muerte de los sospechosos. No obstante lo anterior, eso no impide que las víctimas puedan ver resarcido su derecho a la reparación a través de una vía alternativa, esto es, mediante la creación e implementación de una comisión de la verdad.

¹⁹⁸ TEDH, Caso *Kurt v Turkey*, No. 15/1997/799/1002. Sentencia de 25 de mayo de 1998.

¹⁹⁹ TEDH, Caso *Karimov and others v Russia*, No. 29851/05. Sentencia de 10 de diciembre de 2009.

²⁰⁰ CtIDH, Caso *Osorio Rivera y Familiares vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274, párrs. 227 a 234.

²⁰¹ CtIDH, Caso *Blake vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36, párr. 114.

²⁰² CtIDH, Caso *García y Familiares vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C n.º 258, párr. 161.

²⁰³ CtIDH, Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º. 192, párr. 119.

La figura de la comisión de la verdad ha sido utilizada a lo largo del pasado siglo XX en numerosas ocasiones,²⁰⁴ sobre todo en aquellos países con democracias emergentes.²⁰⁵ Si bien este tipo de comisiones es a día de hoy relativamente joven, su eficacia ha quedado fuera de toda duda tras los resultados obtenidos en numerosas partes del mundo como Alemania, Argentina, El Salvador, Haití, Panamá, Paraguay, Perú, Sierra Leona, Sri Lanka, Sudáfrica, etcétera).²⁰⁶

En Argentina, por ejemplo, el presidente Raúl Alfonsín estableció la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), la cual tuvo como objetivo emitir un informe final denominado *Nunca Más*, que llegó a documentar 8961 desapariciones forzadas, llevadas a cabo durante el periodo gobernado por la Junta Militar.²⁰⁷ Asimismo, en el año 1990, tras el restablecimiento de la democracia en Chile, tuvo lugar un periodo de transición en virtud del cual se establecieron dos comisiones de la verdad y un sistema nacional de reparaciones.²⁰⁸ En Perú también funcionó con éxito la comisión de la verdad (Comisión de la Verdad y Reconciliación) creada en el marco de su proyecto de justicia transicional que comenzó en

²⁰⁴ Steven RATNER, Jason S. ABRAMS y James L BISCHOFF, *supra*, p. 259.

²⁰⁵ Stephan LANDSMAN: «Alternative responses to serious human rights abuses: of prosecution and truth commissions», en M. Cherif BASSIOUNI y Madeline H. MORRIS (eds.): «Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights», *Law and Contemporary Problems*, 59, núm. 4 (otoño 1996), p. 87.

²⁰⁶ *Ibid.*, 260.

²⁰⁷ J. MALAMUD GOTI: «Punishing Human Rights Abuses in Fledgling Democracies: The Case of Argentina», en N. ROTH-ARRÍAZA (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Nueva York: Oxford University Press, 1995, p. 161.

²⁰⁸ En primer lugar fueron creadas, en el año 1990, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig) y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación para investigar las denuncias sobre víctimas de desaparición forzada y de ejecución política. Posteriormente, en el año 2003, se creó la Comisión sobre Prisión Política y Tortura, (Comisión Valech) la cual tuvo como objeto recibir los testimonios de quienes han sufrido privación de libertad y tortura por razones políticas. Cf. Mark ENSALACO: «Truth Commissions for Chile and El Salvador: a Report and Assessment», *Human Rights Quarterly*, 16, núm. 4 (noviembre 1994), 656-675.

el año 2001, y que tuvo como objeto investigar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado (1980-2000) entre los grupos guerrilleros, las rondas campesinas y el Ejército peruano.²⁰⁹

El establecimiento de un procedimiento de estas características ha sido considerado por numerosos organismos internacionales de derechos humanos como una alternativa viable y adecuada para dar solución a la actual situación española. A título de ejemplo citaremos un informe del año 2005 del Consejo de Europa en el que solicitaba al Gobierno de España y Parlamento que creara una «comisión de la verdad formada por historiadores».²¹⁰ El Comité de Derechos Humanos también sugirió la implementación de este mecanismo a través de sus observaciones finales del año 2009 al señalar lo siguiente:

El Estado parte debe: (...) c) prever la creación de una **comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos** cometidas durante la **guerra civil y la dictadura**²¹¹

Por otro lado, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias²¹² ha defendido ya en varias ocasiones el derecho de los familiares de las víctimas a ver satisfecho su derecho a la verdad.²¹³ A la vista de lo anterior, la creación y establecimiento de una comisión de la verdad se erige como una atractiva alternativa mediante la cual España podría dar respuesta a las legítimas reclamaciones efectuadas por las víctimas y sus familiares. A la vista de lo anteriormente expuesto, el Estado

²⁰⁹ Lisa J. LAPLANTE y Kimberly THEIDON: «Truth with Consequences: Justice and Reparations in Post-Truth Commission Peru», *Human Rights Quarterly*, 29, núm 1 (febrero 2007), 232.

²¹⁰ CdE, Informe «Need for International Condemnation of the Franco Regime», *supra*.

²¹¹ CDH: observaciones finales, 5 de enero de 2009 (CCPR/C/ESP/CO/5), párr. 9.

²¹² El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias fue creado mediante resolución 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980 por la Comisión de Derechos Humanos y su objetivo es «ayudar a los familiares de las personas desaparecidas a averiguar la suerte y el paradero de dichas personas».

²¹³ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: «España: expertos de la ONU expresan preocupación por las implicaciones del caso del Juez Garzón», 8-2-2012.

español podría crear e implementar una comisión de la verdad orientada hacia la víctima, que tenga como objeto emitir un informe oficial final que dé debido cumplimiento al derecho a la verdad (y eventual reparación) de las víctimas.

Esta comisión debería poseer unas determinadas características en aras de una mejor adaptación al caso español. Así, en primer lugar, resulta crucial que dicha comisión sea autorizada e impulsada desde el propio Gobierno, toda vez que resulta vital que la comisión posea los recursos suficientes (financieros, de personal, apoyo institucional, etcétera), así como que pueda tener acceso ilimitado a toda la documentación oficial. Como segunda característica es menester analizar cuál podría ser una adecuada composición de dicha comisión. Esta comisión debería estar compuesta por un grupo multidisciplinar conformado por jueces, abogados, miembros de la sociedad civil, oficiales militares, expertos forenses y académicos. Normalmente, las comisiones de la verdad suelen estar conformadas únicamente por nacionales, ya que son estos los que están en una mejor posición para comprender el contexto sociopolítico del país.²¹⁴ No obstante, debido a la especial sensibilidad de la temática y las características propias del contexto español (y, sobre todo por la división maniquea de la época entre los pro régimen y los que estaban en contra), pareciera necesario que esta comisión estuviera compuesta a partes iguales por nacionales y extranjeros. El éxito de esta comisión dependerá del grado de independencia que pueda tener, por lo que una composición mixta podría coadyuvar a este objetivo.

Por último, cabría señalar cuáles son las metas de esta comisión, a saber:

- (i) la investigación, a través de un procedimiento transparente, de todos aquellos crímenes que pudieran ser calificados como *crímenes de lesa humanidad* y
- (ii) la creación de una base de datos fiable que reconozca y dé publicidad a los crímenes cometidos en el pasado y a sus víctimas, con el objetivo, *inter alia*, de que estas sean debida y adecuadamente indemnizadas.

²¹⁴ Steven RATNER, JASON S. ABRAMS, James L. BISCHOFF, *supra*, p. 262.

Huelga decir que la investigación llevada a cabo por esta comisión de la verdad debería ser rápida, eficaz, imparcial, exhaustiva, y que tanto los métodos de investigación como la documentación analizada deberían ser públicos. La actividad de la comisión llegaría a su fin con la publicación de un informe final al que pudiera tener acceso cualquier ciudadano.

No obstante lo anterior, en el hipotético caso de que a lo largo de estas investigaciones se descubriera que alguno de los autores materiales o intelectuales de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el pasado sigue con vida, la comisión debería elevar todo el expediente a la fiscalía a fin de que se iniciase el correspondiente procedimiento judicial. A este respecto es de suma importancia recordar que, toda vez que no estamos ante un procedimiento judicial en el que se da cumplimiento a todas las garantías constitucionales que tiene todo acusado en un procedimiento penal, es altamente recomendable que el nombre de los eventuales perpetradores no sea de dominio público.

7

Conclusiones

Conclusiones

Tras la guerra civil española se llevó a cabo una brutal represión contra todo aquel oponente al régimen. Esta represión se caracterizó por la comisión de graves crímenes dirigidos contra la población civil, graves crímenes como lo son las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, actos de tortura, persecución y demás prácticas prohibidas bajo el derecho internacional.

En la época de la Transición española, debido a la frágil situación de una España altamente polarizada, todas las fuerzas políticas alcanzaron un consenso cuya máxima fue *olvidar y mirar hacia delante*. Es por ello que, para facilitar esta transición y el legítimo objetivo que fue la restauración de un valioso sistema democrático que se mantiene estable hasta día de hoy, se optó por vetar cualquier tipo de investigación de los crímenes cometidos durante la dictadura militar. No obstante lo anterior, si bien es cierto que estas medidas pudieran haber sido consideradas como necesarias en dicha época, lo cierto es que, a día de hoy, transcurridos casi cuarenta años desde la caída de la dictadura, ya no resulta necesario mantener este tipo de prerrogativas. Actualmente la estabilidad política y social española está fuera de toda duda y, en consecuencia, no existe razón alguna que justifique el veto constante de la Administración Pública a todos los intentos de investigar y procesar a los autores de los crímenes cometidos durante el franquismo, máxime si se tiene en cuenta que este veto supone una grave violación no solo del derecho internacional en sí, sino de las obligaciones internacionales que el Estado español ha contraído voluntariamente.

En aras de que exista una verdadera reconciliación (una reconciliación del siglo XXI en contraposición con la reconciliación entendida como tal en el momento de la Transición), no se puede contemplar otro escenario que no sea aquel en el que las víctimas de los graves crímenes internacionales cometidos durante la dictadura vean satisfecho su legítimo derecho a ser reparadas.

Para ello, ha sido el propósito de la presente tesis rebatir desde un punto de vista legal la postura adoptada por el Tribunal Supremo, todo ello con base en fundamentos dimanantes del derecho internacional. A lo largo de la tesis ha quedado acreditado que muchos de los crímenes cometidos durante el franquismo pueden ser calificados como *crímenes de lesa humanidad*. Como tales, no les puede afectar ninguna disposición que declare su prescripción o que los amnistíe.

Asimismo, una eventual investigación judicial y condena de los mismos no vulneraría el principio de legalidad, toda vez que dichos crímenes ya existían bajo el derecho consuetudinario internacional y, por tanto, la comisión de los mismos genera la automática obligación del Estado español de investigar dichos crímenes.

Para dar debida respuesta al legítimo derecho de las víctimas a la reparación, resulta primordial que estos crímenes sean investigados por vía judicial. En caso de que la vía judicial no fuera posible debido a motivos obvios que derivan del transcurso del tiempo (esto es, fallecimiento de los sospechosos/imputados), la implementación de una comisión de la verdad se erige como una válida alternativa que puede contribuir a la anhelada reconciliación nacional por la que se lleva luchando desde hace décadas.

Bibliografía

Bibliografía

Libros y artículos

ARENAS MEZA, Miguel: «La contribución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la eliminación de las “leyes de amnistía” en América Latina: un paso decisivo en la lucha contra la impunidad», *Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles, Congreso Internacional, 1810-2010: 200 años de Iberoamérica*, Santiago de Compostela, 2010.

BASSIOUNI, M. Cherif: *Crimes against Humanity in International Law*, La Haya/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1992.

— «Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability», en M. Cherif BASSIOUNI y Madeline H. MORRIS (eds.): «Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights», *Law and Contemporary Problems*, 59, núm. 4 (1996).

BROWNLIE, Ian: *Principles of Public International Law*, 6.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio: *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

— *The Human Dimension of International Law. Selected papers of Antonio Cassese*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier: «El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 45 (enero-junio 2007).

CLAPHAM, Andrew: Issues of complexity, complicity and complementarity: from the Nuremberg trials to the dawn of the new International Criminal Court», en Philippe SANDS (ed.): *From Nuremberg to The Hague. The Future of International Criminal Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

- DESFOR EDLES, Laura: *Symbol and ritual in the new Spain*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 12.^a ed., Madrid: Tecnos, 1999.
- ENSALACO, Mark: «Truth Commissions for Chile and El Salvador: a Report and Assesment», *Human Rights Quarterly*, 16, núm. 4 (noviembre 1994).
- GRAHAM, Helen: «The Spanish Civil War, 1936-2003: The Return of Republican Memory», *Science & Society*, 68, núm. 3 (otoño 2004).
- GRAVEN, Jean: «Les crimes contre l'humanité», *Recueil des Cours*, 76 (1950-I).
- MCAULIFFE DE GUZMÁN, Margaret, *The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity*», *Human Rights Quarterly*, 22, núm. 1 (febrero 2000).
- JIMÉNEZ CORTÉS, Claudia: «La lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales en España: de la persecución a Pinochet a la inculpación del juez Garzón», *ICIP Working Papers*, 2011/1 (mayo 2011).
- JONAS, Stacie: «The Ripple Effect of the Pinochet Case», *Human Rights Brief*, 11, art. 3 (24 de mayo de 2004).
- LANDSMAN, Stephan: «Alternative responses to serious human rights abuses: of prosecution and truth commissions», en M. Cherif BASSIOUNI y Madeline H. MORRIS (eds.): «Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights», *Law and Contemporary Problems*, 59, núm. 4 (otoño 1996).
- LAPLANTE, Lisa J. y Kimberly THEIDON: «Truth with Consequences: Justice and Reparations in Post-Truth Commission Peru», *Human Rights Quarterly*, 29, núm 1 (febrero 2007).
- MALAMUD GOTI, Jaime: «Punishing Human Rights Abuses in Fledgling Democracies: The Case of Argentina», en N. ROHT-ARRIAZA (ed.): *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Nueva York: Oxford University Press, 1995.

- MCGREGOR, Lorna: «Addressing the Relationship between State Immunity and Jus Cogens Norms: A Comparative Assessment», en Wolfgang KALECK *et al.* (eds.): *International Prosecution of Human Rights crimes*, Berlín: Springer, 2007.
- PAYNE Stanley G., *The collapse of the Spanish Republic, 1933-1936: origins of the Civil War*, (New Haven: Yale U.P., 2006).
- *The Franco Regime, 1936-1975*, Madison: University of Wisconsin Press, 1987.
- PINZAUTI, Giulia: «An Instance of Reasonable Universality: The Scilingo Case», *Journal of International Criminal Justice*, 3, núm. 5 (1 de noviembre de 2005).
- POLLACK, Benny y Graham HUNTER: *The Paradox of Spanish Foreign Policy. Spain's International Relations from Franco to Democracy*, London: Pinter, 1987.
- RATNER, Steven, Jason S. ABRAMS y James L. BISCHOFF: *Accountability for human rights atrocities in international law. Beyond the Nuremberg legacy*, 3.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2009.
- RICHARDS, Michael: *A Time of Silence: Civil War and the Culture of Repression in Franco's Spain, 1936-1945*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- ROBERTSON, Geoffrey: *Crimes against humanity: The struggle for global justice*, 2.^a ed., Londres: Penguin, 2002.
- ROBINSON, Darryl: «Defining “Crimes against Humanity” at the Rome Conference», *AJIL*, 93 (1999), p. 43.
- SCHARF, Michael: «The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes», en M. Cherif BASSIOUNI y Madeline H. MORRIS (eds.): «Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights», *Law and Contemporary Problems*, 59, núm. 4 (1996).
- SMEULERS, Alette y Fred GRÜNFELD: *International crimes and other gross human rights violations: a multi- and interdisciplinary textbook*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2011.

Jurisprudencia internacional

CECC

Kaing Guek Eav alias Duch, Case No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, Trial Judgement, 26 July 2010.

CPJI

Chorzow Factory Case (Germany v Poland), 13 de septiembre de 1928, Merits, Judgment No. 13, Sr. A, No. 17.

Chorzow Factory Case (Germany v Poland), 26 de julio de 1927, Jurisdiction, Judgment No. 8, Series A, No. 9.

CtIDH

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.

Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75.

Caso Blake vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C n.º 36.

Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C n.º 34.

Caso García y Familiares vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012. Serie C n.º 258.

Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221.

Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C n.º 10.

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252.

Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C n.º 274.

Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º 192.

Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n.º 7.

CmIDH

Caso *Estiles Ruiz Dávila vs. Perú*. Informe de fondo n.º 41/97, 19 de febrero de 1998.

Caso *Garay Hermosilla et al. vs. Chile*. Informe de fondo n.º 36/96, 15 de octubre de 1996.

Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*. Informe de fondo no. 177/10, 8 de marzo de 2011.

Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú. Informe n.º 28/92, de 12 de marzo de 1993 (OEA/Ser. L/V/II. 83).

TMI

Case of *Goering et al.* Sentencias de 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946.

Case of *von Schirach and Sauckel*, Trial of the Major War Criminals, 14 de noviembre de 1945 – 1 de octubre de 1946.

TPIR

Sylvestre Gacumbitsi v The Prosecutor, Appeal Judgment of 7 July 2006 (ICTR-2001-64-A).

TPIY

Prosecutor v Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Appeal Judgment of 12 June 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A).

Prosecutor v Dusko Tadic aka “Dule”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995 (IT-94-1-T).

Prosecutor v Dusko Tadic aka “Dule”, Chamber Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995 (IT-94-1-T).

Prosecutor v Furundzija, 10 December 1998 (IT-95-17/1-T).

TEDH

Caso *Aksoy v Turkey*, No. 21987/93. Sentencia de 18 de diciembre de 1996.

Caso *C. R. v The United Kingdom*, No. 20190/92. Sentencia de 22 de noviembre de 1995.

Caso *Karimov and others v Russia*, No. 29851/05. Sentencia de 10 de diciembre de 2009.

Caso *Kurt v Turkey*, No. 15/1997/799/1002. Sentencia de 25 de mayo de 1998.

Caso *Ould Dah v France*, No. 13113/03. Decisión sobre admisibilidad de 17 de marzo de 2009.

Caso *S. W. v The United Kingdom*, No. 20166/92. Sentencia de 22 de noviembre de 1995.

Caso *Selçuk and Asker v Turkey*, No. 12/1997/796/998-999. Sentencia de 24 de abril de 1998.

Caso *Streletz, Kessler and Krenz v Germany*, Nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98. Sentencia de 22 de marzo de 2011.

Jurisprudencia doméstica**ARGENTINA**

Caso *Simón (Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad)*, caso n.º 17768, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, 14 de junio de 2005.

ESPAÑA

AN, Auto de 16 de octubre de 2008, Procedimiento Abreviado n.º 399/2006.

AN, Auto de 25 de marzo de 1997, caso *Leopoldo Fortunato Galtieri*.

SAN 16/2005, sentencia de 19 de abril de (caso *Scilingo*).

STS 101/2012, sentencia de 27 de febrero de 2012, causa especial n.º 20048/2009.

STS 798/2007, Sala Segunda, de lo Penal, 1 de octubre de 2007.

ISRAEL

Attorney-General of the Government of Israel v Eichmann, Corte Suprema de Israel, sentencia de 29 de mayo de 1962.

PAÍSES BAJOS

Caso de *Willy Zuehlke*, caso n.º 89, Corte Especial de los Países Bajos en Ámsterdam, de 3 de agosto de 1948 y Corte Especial de Casación de los Países Bajos, sentencia de 6 de diciembre de 1948.

PERÚ

Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia de 2 de marzo de 2007 (Exp. n.º 679-2005-PA/TC).

Resoluciones de organismos internacionales

CAT, observaciones finales, 9 de diciembre de 2009 (CAT/C/ESP/CO/5).

CdE, resolución 828 sobre desapariciones forzadas, 26 de septiembre de 1984.

CDH, *Basilio Laureano Atachahua vs. Perú*, Comunicación n.º 540/1993, de 16 de abril 1996 (CCPR/C/56/D/540/1993).

CDH, observaciones finales: Argentina, 5 de abril de 1995 (CCPR/C/79/Add. 46; A/50/40).

CDH, observaciones finales: España, 5 de enero de 2009 (CCPR/C/ESP/CO/5).

UNGA, resolución 177 (II), UN CAOR, 2.ª Sesión (UN Doc. A/519).

UNGA, resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005 (A/60/509/Add. 1).

UNGA, resolución 2202 a (XXI) de 16 de diciembre de 1966 (A/RES/2202(XXI)).

UNGA, resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (A/RES/47/133).

UNGA, resolución 60/147, de 21 de marzo de 2006, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A / RES /60/147).

UNGA, resolución 3074 XXVIII, Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, 3 de diciembre de 1973.

UNGA, resolución A/RES/48/104, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 20 de diciembre de 1993.

Legislación

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Carta del TMI.

Convención (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

Convenio C029 - Convenio sobre el trabajo forzoso.

Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Elementos del Crimen de la CPI.

Estatuto del TESL.

Estatuto de la CIJ.

Estatuto de la CPI.

Estatuto del TPIR.

Estatuto del TPIY.

I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Argentina

Ley n.º 22924, de 22 de septiembre de 1983, de Pacificación Nacional.

Ley n.º 23492, de 23 de diciembre de 1986, de Punto Final.

Ley n.º 23521, de 4 de junio de 1987, de Obediencia Debida.

Chile

Decreto Ley n.º 2191.

El Salvador

Ley n.º 486, de 20 de marzo de 1993, de Amnistía General para la consolidación de la Paz.

Perú

Ley n.º 26479, de Amnistía.

España

Constitución española.

Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

Uruguay

Ley n.º 15848, de 22 de diciembre de 1986, de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.

Noticias

BBC: «Radiografía de El Salvador », *BBC Mundo* (19-3-2004).

EFE: «IU pide cambiar la Ley de Amnistía para poder juzgar los crímenes del franquismo », *El Mundo* (Madrid) (6-5-2012).

EL PAÍS: «Declaro que M. C. D. es una homosexual rebelde a su familia », *El País* (Madrid) (19-10-2012).

JUNQUERA, Natalia: «Indemnizado por primera vez un homosexual represaliado por Franco », *El País* (Madrid) (5-5-2009).

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: «España: expertos de la ONU expresan preocupación por las implicaciones del caso del Juez Garzón», Ginebra, 8 de febrero de 2012

REUTERS: «Spain must lift amnesty for Franco era crimes-U. N.», *Thomson Reuters Foundation*, 10 de febrero de 2012.

Misceláneo

Amnistía Internacional, Informe, «14-Point Program for the prevention of extrajudicial executions» (1992).

Amnistía Internacional, Informe, «España: La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo», noviembre de 2008.

CdE: moción para una resolución, «Need for International Condemnation of the Franco Regime», doc. 10078, de 11 de febrero de 2004.

CdE: Informe, «Need for International Condemnation of the Franco Regime», doc. 10737, 4 de noviembre de 2005.

Borrador «Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind» adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 48.^a sesión, *Yearbook of the International Law Commission*, II (1996).

ECOSOC: Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, recomendados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, resolución 1989/65, de 24 mayo de 1989.

Whitney R. Harris World Law Institute and Crimes Against Humanity Initiative: «Forging a Convention on Crimes Against Humanity», Washington University Law, agosto de 2010.

Se terminó de editar este libro el 24 de marzo de 2014,
Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con
Violaciones Graves de los Derechos Humanos y
de la Dignidad de las Víctimas

La presente obra tiene como objeto analizar, desde el punto de vista del derecho internacional, las actuales obligaciones del Estado español con respecto a las víctimas y familiares de las víctimas de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el franquismo, sustentar jurídicamente su derecho a que dichos crímenes sean investigados, y, eventualmente, se procese y condene a los autores de los mismos.

Para ello, la publicación se centra en desgranar los actuales argumentos jurídicos que se han venido utilizando hasta la fecha con el fin de obstaculizar todo intento de investigación judicial de los referidos crímenes, para posteriormente ser refutados al amparo de las normas que emanan del derecho internacional, y, en especial, de aquellas que derivan del derecho internacional consuetudinario y del derecho internacional de los derechos humanos.

Este libro propone además, como solución subsidiaria, la implementación de una comisión de la verdad, todo ello con el objeto de dar debido cumplimiento a las obligaciones del Estado español en materia de derechos humanos y que las víctimas vean satisfechos sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Marta Cabrera Martín, abogada especializada en derecho internacional de los derechos humanos y derecho penal internacional, estudió la licenciatura en Derecho en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España) y en la Universität Regensburg (Alemania). Cuenta, asimismo, con un máster (LLM) en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional por la Universidad de Utrecht (Países Bajos), en el que obtuvo la calificación *cum laude*. Ha ejercido como abogada litigante en el departamento de Derecho Procesal de J&A Garrigues, SLP y actualmente trabaja como abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José (Costa Rica).