

ESPAÑA* **

Alicia Gil Gil

SUMARIO

El modelo español de justicia de transición ha sido un modelo de impunidad u olvido absoluto de los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura franquista, con rehabilitación parcial de las víctimas. Un modelo fruto de la necesidad y la coyuntura política y social en el que se desarrolló. El resultado de una transición “pacífica” no rupturista, plagada de incoherencias e imperfecciones, pero que es uno de los hechos históricos que más orgullo merecen a los españoles, por haber conseguido evitar una nueva guerra civil. La reconciliación sin justicia penal fue posible por un cúmulo de circunstancias, entre ellas la lejanía en el tiempo de los crímenes más atroces, y sin duda por el sacrificio de la justicia en favor de la paz que muchas víctimas generosamente aceptaron. Junto con la amnistía de todos los crímenes cometidos durante la guerra y la dictadura se han promulgado a partir de la democracia diversas leyes tendentes a compensar a las víctimas, igualar regímenes, reconocer pensiones y derechos, etcétera. Este tipo de medidas culminan con la aprobación de la ley conocida popularmente como Ley de Memoria Histórica, que añade nuevas pensiones, flexibiliza algunos

* La exigencias del Proyecto han hecho que en esta publicación tengan que resumirse los datos, análisis y conclusiones. Una versión ampliada de este informe podrá verse publicada por la editorial Atelier en el 2009 bajo el título *Justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*.

** Quiero agradecer a Paloma Aguilar Fernández y a Javier Chinchón Álvarez el intercambio de opiniones y de información que tan útil me ha resultado para la elaboración de este informe. También debo agradecer su colaboración al trasmitirme determinada información a José Manuel Gómez Benítez, Manuel Ollé Sesé, Margalida Capellá i Roig y Alfonso Galán.

requisitos para recibir indemnizaciones, compromete la ayuda del Estado para buscar e identificar a los miles de desaparecidos que siguen enterrados en fosas comunes por toda la geografía española, etcétera. Sin embargo, esta ley no ha dado satisfacción a todas las reivindicaciones de las asociaciones de víctimas, sobre todo, la más importante: la anulación por ley de las sentencias por delitos políticos o las dictadas sin garantías procesales. Pero, además de ello, y lo que es más importante, las indemnizaciones se conceden en España de forma graciosa y no con base en un reconocimiento de la condición de víctima. Sobre la víctima recae el peso de probar su condición, de exigir un reconocimiento o de pedir una subvención para emprender la búsqueda o identificación de sus familiares desaparecidos. Se puede decir que las víctimas de la guerra civil y el franquismo siguen sin ser bien tratadas por el ordenamiento español.

1. Introducción.

El conflicto: la guerra civil española y la dictadura franquista

La guerra civil española estalló el 17 de julio de 1936 tras el golpe de Estado de un sector del ejército contra el Gobierno legal de la Segunda República Española y concluyó el 1 de abril de 1939, con la victoria de los rebeldes y la instauración del régimen dictatorial del general Francisco Franco. El régimen franquista comienza con la proclamación de Franco como *Caudillo de España por la Gracia de Dios* tras vencer la guerra, y acaba con su muerte en 1975 y el referéndum para la reforma política de 1976.¹ Muerto el dictador, la transición a la democracia se realiza sobre un pacto de silencio y olvido sustentado por el miedo a una nueva guerra civil.

El conflicto bélico se prolongó durante tres años y fue sumamente cruento, caracterizado por el incumplimiento sistemático de las normas internacionales que en la actualidad rigen el derecho de la guerra.² El *Informe general de la Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo*³ recoge la opinión mayoritaria de los historiadores acerca de que en ambos bandos del conflicto bélico se cometieron atrocidades: ejecuciones extrajudiciales, operaciones de purga sobre

¹ Muñoz Conde, 2008, pp. 6 ss.

² Juliá (coord.), 1999, pp. 175 s.

³ *Informe general...*, p. 22 ss.

ALICIA GIL GIL

grupos minoritarios inicialmente alineados con el bando contrario, represión del adversario político por métodos violentos...⁴

Las detenciones ilegales que acababan en ejecuciones extrajudiciales y ocultación del cadáver en una fosa excavada en la tierra se cometieron de forma masiva, según los investigadores, entre 1936 y 1950.⁵ También fueron frecuentes en ambos bandos los juicios sumarísimos ante tribunales de excepción en los que se vulneraban gravemente los derechos del acusado y que con frecuencia terminaban en sentencias a muerte.⁶ A todo lo anterior hay que añadir que cientos de miles de españoles se vieron obligados a exiliarse y en ocasiones sufrieron penosas condiciones de vida en los campos de refugiados y campos de internamiento en los que fueron reclusos en algunos de los países de destino.⁷ También hubo durante la guerra y la posguerra campos de prisioneros y de refugiados, campos de penados, campos de trabajos para presos políticos... Miles de personas murieron en estos campos, la mayoría por hambre o tuberculosis, pero también por ejecuciones, malos tratos y palizas.⁸ Se calcula que más de cinco mil españoles murieron en los campos nazis, la mayoría entregados por los franceses y con el conocimiento y la pasividad del gobierno español

Terminada la guerra, el régimen franquista se caracterizó por la eliminación de los derechos y libertades públicas y por una dura represión de la disidencia política e ideológica.⁹ El nuevo régimen articuló un complejo normativo dirigido a dismantlar el régimen republicano, a proscribir los partidos políticos y los sindicatos, y a perseguir cualquier manifestación de disidencia política, religiosa y moral, para instaurar un sistema totalitario con todas sus consecuencias represoras.¹⁰ El franquismo procedió además rápidamente a una “depuración” de todas las instituciones del Estado, e incluso de empresas públicas de gestión privada.¹¹ Muchos funcionarios fueron suspendidos, sobre todo maestros y profesores,¹² y muchos bienes incautados, en particular los de los sindicatos. Estas medidas fueron sistematizadas en la Ley de Responsabilidades Políticas, del

⁴ Sobre la violencia extrema en ambos bandos Juliá (coord.), 1999, pp. 25 ss., pp. 183 -185, 248-250; González Calleja, 2000, pp. 387 a 391, De la Cueva Merino, 2000, pp. 221 ss.

⁵ Capellà i Roig, 2006, p. 16 del PDF. Juliá (coord.), 1999, p. 29 y pp. 132 ss.

⁶ Jiménez Villarejo, 2006, pp. 15 ss. Juliá (coord.), 1999, pp. 171 y ss, pp. 130, 141, 161 ss. Jiménez Villarejo, 2006, pp. 15 ss. Juliá (coord.), 1999, pp. 171 y ss, pp. 130, 141, 161 ss.

⁷ *Informe general...*, p. 71 ss.; Moreno, en Juliá (ed.), 1999, pp. 282 ss. y pp. 283 ss.

⁸ *Informe general...*, p. 74 ss. El estudio más completo a día de hoy sobre los campos franquistas es probablemente el de J. Rodrigo, 2005

⁹ Ortiz Heras, 2004, pp. 203-220.

¹⁰ *Informe general...*, p. 23; Jiménez Villarejo, 2006.

¹¹ Cabrera y Del Rey Reguillo, 2000, pp. 284 ss.

¹² Moreno, en Juliá (ed.), 1999, p. 330; Reig Tapia, 1995, pp. 175-198.

9 de febrero de 1939,¹³ y la Ley de Depuración de Empleados Públicos, de 10 de febrero de 1939.¹⁴ También se reorganizó la Administración de Justicia conforme a los intereses del nuevo régimen; ya en 1938 se aprueba la ley que reorganiza el Tribunal Supremo y se establece un sistema de nombramiento “por el Gobierno” de los nuevos magistrados y fiscales.¹⁵

Por otra parte, el régimen asumió la persecución de los “crímenes” de los republicanos mediante la llamada Causa General, en la que se debían “reunir las pruebas de los hechos delictivos cometidos en todo el territorio nacional durante la “dominación roja” (BOE del 4 de mayo de 1940).¹⁶ Por supuesto, jamás hubo un intento de investigar o enjuiciar los crímenes cometidos por el bando sublevado.

La represión política se articuló asimismo a través de otras leyes, entre las que destacan: la Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo, del 1 de marzo de 1940 (BOE del 2 de marzo); la Ley de Seguridad del Estado, del 29 de marzo de 1941 (BOE del 11 de abril), que contenía un amplísimo catálogo de figuras delictivas destinadas a proteger el “bien jurídico del prestigio, seguridad y unidad de la nación”, previendo incluso la pena de muerte para las infracciones más graves;¹⁷ la ley del 2 de marzo de 1943, que equiparaba una serie de conductas al delito de rebelión militar;¹⁸ el decreto ley del 18 de abril de 1947, sobre rebelión militar y bandidaje y terrorismo, cuya vigencia marcó la época más dura de la represión de la posguerra: el trienio del terror, durante el que se acosó de forma implacable a los huidos a la sierra y se persiguió cualquier actividad política clandestina.¹⁹ A estas leyes siguió la Ley de Orden Público del 30 de julio de 1959, que consideraba actos contrarios al orden público los paros colectivos, los cierres de empresas o suspensiones ilegales, las manifestaciones y las reuniones políticas, y la creación de los juzgados y el Tribunal de Orden Público (el TOP), por ley del 2 de diciembre de

¹³ BOE de 13 de febrero de 1939; Jiménez Villarejo, 2006, p. 5; Alcaraz Abellán, 1990, pp. 147 ss.; Aguilar, 2002, p. 154, nota 41; González Calleja, 2000, p. 394. Las disposiciones anteriores fueron complementadas por la ley de 23 de septiembre de 1939 sobre “bienes de los antiguos sindicatos marxistas y anarquistas” (Jiménez Villarejo, 2006, p. 8).

¹⁴ *Informe general...*, p. 23; Jiménez Villarejo, 2006, p. 13.

¹⁵ Jiménez Villarejo, 2006, p. 12 ss.

¹⁶ *Informe general...*, p. 23. En ella se documentaban, aunque exagerándolas (Juliá, 1999, p. 133), las torturas cometidas en las *checas* —cárceles improvisadas en las zonas republicanas—, las ejecuciones realizadas en las sacas, etcétera, junto con tipos delictivos directamente inventados por el régimen.

¹⁷ *Informe general...*, p. 24.

¹⁸ Cerezo Mir, Curso, PG, I, p. 143.

¹⁹ González Calleja, 2000, p. 396-297.

ALICIA GIL GIL

1963,²⁰ que sustituyó al Tribunal para la Represión de la Masonería y el Comunismo²¹ y que pasaría a conocer de los delitos políticos y sindicales.

Además se tipificaron como delito las conductas que supusieran ataque o puesta en peligro de los principios en que descansaba el régimen (texto refundido de 1944 y CP de 1963).²² Junto con el Código Penal franquista se conservó durante muchos años la Ley de Vagos y Maleantes, del 4 de agosto de 1933, pero el nuevo régimen la modificó para introducir nuevos estados peligrosos, como los homosexuales, para los que se preveían medidas privativas de libertad.²³ En 1970 se sustituyó la Ley de Vagos y Maleantes por la ley del 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que seguía considerando peligrosos, entre otros, a “quienes realicen actos de homosexualidad”, a los que se castigaba con el internamiento en establecimientos de reeducación. La ley fue utilizada también para la persecución de otras minorías, como por ejemplo la de los gitanos, cuya lengua fue prohibida por el régimen y calificada de argot de la delincuencia.²⁴

En los años cuarenta las cárceles estaban atestadas de presos políticos,²⁵ lo que originó graves problemas de mortalidad como consecuencia de la pésima situación higiénica, alimentaria y psíquica de los presos.²⁶ En la posguerra además se instauró una estrategia de tortura masiva y generalizada, basada en palizas que a menudo concluían con la muerte del preso, que oficialmente se justificaban como un “intento de fuga”.²⁷

Asimismo, el régimen franquista promulgó una serie de normas destinadas a proteger, compensar y ensalzar a los muertos, heridos y familiares de las víctimas de la guerra civil, e incluso se previó la búsqueda y exhumación de cadáveres,²⁸ pero limitando todas estas medidas a las víctimas de su propio bando y excluyendo a las que habían combatido por la República,²⁹ lo que suponía su revictimización. El nuevo régimen además inventó un discurso oficial sobre la guerra y sobre la República para legitimarse, que planteaba su victoria como una *cruzada contra el mal* y fue impuesto en monumentos, desfiles, rotulación de calles, festividades, libros de texto, noticiarios, documentales...

²⁰ *Ibidem*, p. 397.

²¹ *Informe general...*, p. 24.

²² *Ibidem*.

²³ Cerezo Mir, *Curso*, I, p. 147.

²⁴ Véase la declaración de reconocimiento de la persecución y el genocidio del pueblo gitano del Parlament de Catalunya, leída en el pleno del Parlament el día 29 de marzo de 2007.

²⁵ Gómez Bravo, 2006, p. 9; González Calleja, 2000, p. 396; Moreno, en Juliá (ed.), 1999, pp. 288 ss.

²⁶ Ortiz Heras, *op. cit.*, p. 22 del original.

²⁷ Moreno, en Juliá (ed.), 1999, pp. 301 ss.

²⁸ Orden de 1 de mayo de 1940 sobre exhumaciones e inhumaciones de “cadáveres de asesinados por los rojos” (*BOE* de 9 de mayo).

²⁹ *Informe general...*, p. 24.

de manera que durante años la población vivió bajo el adoctrinamiento y la memoria impuesta. Durante años los derrotados no hablaron ni de la guerra ni de la represión.³⁰

Las violaciones de derechos humanos que se dieron en la segunda etapa del franquismo no fueron equiparables a las que habían tenido lugar en los años cuarenta, pero llegaron a ser muy frecuentes al final del período, especialmente en el País Vasco.³¹ En los últimos años de la dictadura se decretaron numerosos estados de excepción en los que se practicó con frecuencia la tortura.³²

El 20 de noviembre de 1975 murió el dictador y España se dirigió hacia la democracia.³³ A pesar de que la transición española se pone como ejemplo siempre del tránsito pacífico por excelencia, lo cierto es que entre 1975 y 1982 hubo 644 muertes violentas relacionadas con la política, la mayoría causadas por grupos terroristas, y 140 muertes achacables al Estado,³⁴ al producirse en el transcurso o en la represión policial³⁵ de manifestaciones callejeras, etcétera,³⁶ a lo que habrá que añadir posteriormente la guerra sucia contra el terrorismo.³⁷

2. Mecanismos de superación del pasado conflictivo

Muerto Franco España transita hacia la democracia. Acontecimientos clave en esa transición son el referéndum sobre la Ley de Reforma Política, por la que se abre la puerta a la convocatoria de elecciones generales democráticas, la reforma del Código Penal de 19 de julio de 1976 para eliminar la calificación como asociación ilícita de

³⁰ S. Juliá: *Víctimas de la guerra civil*, p. 37. Sobre este tema véase también ampliamente Aróstegui y Godicheau (eds.), 2006.

³¹ Aguilar, 2002, p. 162.

³² Aguilar, 2002, p. 162 y nota 61.

³³ Sobre los contactos muy anteriores —desde mediados de los años cuarenta— entre pequeños grupos de la oposición procedentes de los dos bandos de la guerra civil para acordar una transición a la democracia véase S. Juliá: *Víctimas de la guerra civil*, p. 38 ss.

³⁴ Las cifras proceden de una “Base de datos de violencia política” elaborada por Ignacio Sánchez-Cuenca y Paloma Aguilar Fernández. Aún no está publicada, pero forma parte de un proyecto titulado “Explaining Terrorist Target Selection”, subvencionado por el Ministerio de Educación (SEJ2006-12462): <http://www.march.es/ceacs/proyectos/dtv/index.asp>.

³⁵ Aguilar, 2002, p. 168.

³⁶ Sobre los atentados cometidos durante este periodo véase también Juliá: “La estrategia de la tensión”, 1996.

³⁷ Ruiz De Azúa, pp. 393 ss.; Gil Calvo, pp. 401 ss., ambos en *Memoria de la transición*, 1996.

ALICIA GIL GIL

todos los partidos políticos, la legalización del Partido Comunista en abril de 1977, la celebración de las elecciones generales el 15 de junio de ese mismo año y la aprobación por referéndum de la nueva Constitución en 1978.³⁸

En 1969 Franco había publicado el decreto ley 10/1969, por el que prescribían *todos* los delitos cometidos antes de 1 de abril de 1939,³⁹ 40 fecha en que concluyó la guerra. En la transición las medidas tomadas en materia penal van destinadas precisamente a evitar la persecución de los crímenes franquistas, junto con los delitos con motivación política cometidos por la oposición democrática o incluso por grupos terroristas que luchaban contra el régimen.

La Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre,⁴¹ que fue aprobada por el primer Parlamento democrático tras 40 años de dictadura, con el voto del 93,3% de los diputados,⁴² y ha sido celebrada como “el más significativo hito de todo el proceso de reparación y restitución de la libertad personal a quienes fueron privados de ella por razones políticas vinculadas a la guerra y a la dictadura”,⁴³ escondía en realidad dos artículos que suponían la impunidad de los crímenes cometidos por el régimen: la ley amnistiaba (artículos primero y segundo) todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas, realizados con anterioridad al 15 de diciembre de 1976; los actos de la misma naturaleza, realizados entre el 15 de diciembre de 1976 y 15 de junio de 1977, siempre que se apreciara un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de la autonomía de los pueblos de España; los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad realizados hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hubieran supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas. Entre esos actos de intencionalidad política tipificados como delitos y faltas se declaraban incluidos en todo caso los delitos de rebelión y sedición, la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, la denegación de auxilio a la Justicia por negativa a delatar delitos políticos y los actos de expresión de opiniones. Pero también

³⁸ Muñoz Conde, 2008, pp. 5 ss.

³⁹ Sobre los indultos generales concedidos entre 1936 y 1975 con detalle Linde Paniagua, 1976, pp. 117 ss.

⁴⁰ BOE n.º 78 de 1.4.1969.

⁴¹ Completada después por el real decreto 19/1977 de 14 de marzo. A esta ley había precedido el decreto 2940/1975, de 25 de noviembre de 1975, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de su majestad don Juan Carlos de Borbón como rey de España, BOE n.º 284, de 26 de noviembre de 1975, que sin embargo no contemplaba de forma expresa medidas de gracia para los delitos de carácter político.

⁴² Finalmente la ley se aprobó con 296 votos a favor, 2 en contra, 18 abstenciones y un voto nulo. Véase *Informe general...*, pp. 29 ss., Chinchón Álvarez, 2007, p. 126, nota 23, Aguilar, 2002, p. 159, nota 55, Aguilar, 1996, pp. 266-271.

⁴³ *Informe general...*, p. 27.

se amnistiaban los delitos y faltas cometidos por autoridades, funcionarios y agentes del orden público con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos comprendidos en su ámbito y los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.

En la transición ninguna fuerza política, sindical o social reclamó la adopción de medidas de justicia política (purgas, juicios o comisiones), en parte por el tiempo que había transcurrido desde el momento represivo más álgido del franquismo y en parte por el temor que sentía la sociedad ante las posibles reacciones del ejército y de la extrema derecha.⁴⁴

Tras la muerte de Franco no se purgaron las principales instituciones civiles y militares heredadas de la dictadura,⁴⁵ ni el ejército, ni la policía, ni la judicatura fueron *desfranquizados*.⁴⁶ Y tampoco se produjo una eliminación de la simbología franquista, por lo que en muchos lugares subsistieron durante muchos años los nombres de las calles que hacen referencia a personajes del régimen, monumentos dedicados a Franco, etcétera, que perpetuaban la discriminación entre vencedores y vencidos.⁴⁷

No se crearon en España *comisiones de la verdad* que investigaran las violaciones de derechos humanos cometidas bajo el franquismo.⁴⁸

2.1. Fuera del ámbito penal

Fuera del ámbito penal, con la llegada de la democracia se fueron promulgando una serie de normas destinadas a compensar a las víctimas de la guerra en el bando republicano y a las víctimas de la represión franquista, pasando así a un “modelo de olvido del pasado ‘absoluto’ con rehabilitación” de las víctimas.⁴⁹ Así, por ejemplo, una serie de disposiciones legales tuvieron como objetivo la rehabilitación de los funcionarios a los que la guerra civil primero y la depuración administrativa después supuso la quiebra de su carrera y la pérdida de sus puestos de trabajo.⁵⁰ El real decreto ley 10/1976, el 30 de

⁴⁴ Aguilar, 2002, p. 166.

⁴⁵ Sobre el lastre que esta decisión haya podido suponer para el funcionamiento de nuestra democracia véase Aguilar: *Las políticas...*, p. 149.

⁴⁶ El término está tomado de Agüero, citado por Aguilar, 2002, p. 171, nota 81.

⁴⁷ Aguilar, 2002, p. 179 y 184 s.

⁴⁸ Aguilar, 2002, p. 136 ss.

⁴⁹ Chinchón, 2007, p. 137.

⁵⁰ Entre ellas el decreto del 5.12.1975 por el que se declaran revisadas de oficio y anuladas las sanciones administrativas derivadas de la ley del 10 de febrero de 1939 de Responsabilidad Política, la orden del 5.12.1975 por la que se extienden los beneficios del decreto de indulto al ámbito académico, la orden del 17.12.1975 por la que se hace extensivo a las entidades locales la aplicación del decreto de indulto, el decreto de 18.3.1976 por el que se extienden los efectos del decreto de indulto a los funcionarios de corporaciones y empresas concesionarias de servicios públicos, el real decreto de 27.5.1977 de indulto a personal de las

ALICIA GIL GIL

julio, sobre Amnistía, y la propia ley 46/1977 de 15 de octubre, preveían la plena restitución de los derechos activos y pasivos de los funcionarios civiles.

Esta legislación se completó con disposiciones posteriores destinadas a rehabilitar a los funcionarios locales, el personal auxiliar de juzgados y tribunales, los funcionarios docentes, los militares profesionales separados del servicio durante el franquismo.⁵¹ En cambio, a los militares republicanos, que tampoco habían podido reintegrarse en las fuerzas armadas en 1977,⁵² se les había reconocido su condición de retirados y determinadas prestaciones correspondientes a tal situación por el real decreto ley 6/1978, del 6 de marzo, y las leyes 10/1980, de 14 de marzo, y 37/1984, del 22 de octubre.⁵³

Por otro lado, durante la transición se realizó una ingente labor en materia de reconocimiento de prestaciones a los damnificados por la guerra civil y el franquismo,⁵⁴ reconocimiento de pensiones,⁵⁵ y además las previsiones contenidas en diversas normas que declaraban sin efecto las sanciones administrativas, los delitos y las faltas de intencionalidad política supusieron asimismo el reconocimiento de un importante número de pensiones a favor de los afectados o sus familiares supervivientes. En materia de reconocimiento y equiparación de pensiones, prestaciones y ayudas económicas se legisló profusamente desde 1975.⁵⁶

A esta normativa hay que añadir una serie de disposiciones adoptadas por las comunidades autónomas para completar, según distintos criterios de territorialidad, el régimen de pensiones estatales otorgadas por privación de libertad por motivos políticos de personas excluidas de la previsión estatal.⁵⁷

- Se dictaron varias normas para la restitución de los bienes incautados a partidos políticos y sindicatos.⁵⁸ No se ha procedido en cambio a la devolución

Fuerzas Armadas, el real decreto de 2.6.1977 de integración profesional de maestros del 31 y cursillistas del 36, etcétera. Agradezco a Paloma Aguilar toda la información suministrada sobre este aspecto. Un listado ordenado cronológicamente de todas las medidas adoptadas, tanto de rehabilitación como compensatorias de reconocimiento personal, puede verse Aguilar, 2008.

⁵¹ Sobre toda esta legislación con mayor detalle Gil Gil, 2009 (en prensa).

⁵² Aguilar, 2002, p. 163.

⁵³ Para más detalles sobre todas estas normas véase Chinchón, 2007, p. 138 ss.

⁵⁴ Sobre cómo se gestaron las principales leyes dictadas a tal efecto véase *Informe general...*, p. 38. Una lista exhaustiva y cronológicamente ordenada de las ayudas y los reconocimientos económicos puede verse en Aguilar, 2008.

⁵⁵ Sobre lo mucho que costó llegar a la equiparación de las pensiones de los mutilados, funcionarios o viudas de republicanos, y las discriminaciones que sufrieron durante años, véase Aguilar, 2002, pp. 180-183.

⁵⁶ Véase Gil Gil, 2009 (en prensa).

⁵⁷ Sobre ellas véase Chinchón, 2007, p. 143.

⁵⁸ Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado (desarrollada por el real decreto 1671/1986, de 1 de agosto; ley 43/1998 de 15 de diciembre, de restitución o compensación a los partidos políticos de bienes y derechos incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939 (desarrollada por el real decreto 610/1999, de 16 de abril, modificada re-

con carácter general —salvo en el País Vasco— de los bienes incautados a particulares o asociaciones distintas a los sindicatos, o al menos a una indemnización en caso de no ser posible la devolución.

- En relación con la búsqueda y recuperación de los cadáveres de personas ejecutadas extrajudicialmente, las comunidades autónomas han iniciado ya actuaciones en este campo por tener transferidas las competencias en materia de policía sanitaria y mortuoria.⁵⁹ Pero lo cierto es que, al depender esta cuestión hasta el momento de cada comunidad autónoma, su tratamiento ha sido desigual a lo largo de la geografía española, y mientras algunas comunidades han mostrado gran sensibilidad e interés por el tema, otras, en cambio, no lo han hecho. En España ya hay localizadas 284 fosas comunes de la guerra civil y la posterior represión franquista, con un número indeterminado de personas en su interior. La Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica en los últimos seis años ha exhumado 900 cuerpos en cerca de 80 de estos enterramientos.

El 20 de noviembre del año 2002 el Congreso de los Diputados aprueba la declaración institucional sobre el reconocimiento de los derechos de las víctimas de la guerra civil y del régimen franquista,⁶⁰ que incluye medidas respecto a los documentos y archivos relativos a la guerra civil (singularmente la creación del Archivo General de la Guerra Civil —en un Centro Documental de la Memoria Histórica—,⁶¹ así como la obligación de las administraciones públicas de facilitar el acceso a las fosas comunes y de ayudar a la identificación de los restos.⁶²

Por real decreto 1891/2004, de 10 de septiembre del 2004 se crea la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo.⁶³ Dos años más tarde la ley 24/2006, del 7 de julio, declaró el 2006 como Año de la Memoria Histórica.⁶⁴

cientemente por la ley de 26.12.2007). Sobre el resultado del proceso de devolución véase *Informe general...*, pp. 62 ss.

⁵⁹ *Informe general...*, pp. 80 ss.

⁶⁰ La declaración se aprobó por unanimidad mientras gobernaba el PP. Sobre otras medidas de reconocimiento o reparación de carácter simbólico adoptadas desde 1978 véase la tabla 11 de Aguilar Fernández, 2008, en prensa.

⁶¹ Véase Chinchón, 2007, p. 144.

⁶² Aguilar, 2006, p. 272.

⁶³ Sobre sus cometidos véase Chinchón, 2007, p. 144 y ss.

⁶⁴ La Ley se aprobó con 176 votos a favor y 131 en contra, lo que es indicativo de la polémica que el tema generó en la última legislatura entre el gobierno del PSOE y sus socios, de una parte, y el principal partido de la oposición, el PP, de otra.

ALICIA GIL GIL

La Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, una vez estudiada toda la normativa existente, advierte de la necesidad de afrontar algunos temas pendientes. Así, formuló una serie de propuestas que han sido recogidas en la ley 52/2007, del 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,⁶⁵ popularmente conocida como *Ley de la Memoria Histórica*.

La tramitación de la ley ha originado una agria e inmerecida polémica entre el gobierno y el principal partido de la oposición. La ley mantiene la regla de la impunidad y de la no investigación, y solo contempla medidas de indemnización, reparación y reconocimiento de las víctimas, de eliminación de los símbolos franquistas o de exaltación de uno solo de los bandos de la guerra y de promoción del conocimiento y la investigación de estos periodos históricos. La ley fue aprobada con el voto de todos los grupos parlamentarios excepto el del Partido Popular y el de Esquerra Republicana de Catalunya, por motivos opuestos. Los primeros consideran la ley innecesaria y perjudicial por “reabrir heridas”, los segundos en cambio la consideran insuficiente por no anular las sentencias franquistas. Los principales puntos de la ley son los siguientes:

2.1.1. *Medidas de reconocimiento general*

- Declaración del *carácter radicalmente injusto* de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, o por el ejercicio de conductas vinculadas con opciones culturales, lingüísticas o de orientación sexual, durante la guerra civil o durante la dictadura, y declaración de la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles durante la guerra civil y la dictadura (artículo 2). Lo anterior da derecho a la víctima o sus familiares a obtener del Ministerio de Justicia una *declaración de reparación y reconocimiento personal*, que es compatible con cualquier otra fórmula de reparación prevista en el ordenamiento jurídico pero no constituirá título para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado ni de cualquier administración pública, ni dará lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional (artículo 4).

⁶⁵ BOE de 27.12.2007.

- Declaración de la *ilegitimidad* de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la guerra civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como de sus resoluciones, en especial las del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los tribunales de responsabilidades políticas y consejos de guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, y declaración de ilegitimidad, por vicios de forma y fondo, de las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución (artículo 3). Lo anterior da derecho a la víctima o sus familiares a obtener del Ministerio de Justicia una *declaración de reparación y reconocimiento personal* con los efectos vistos en el párrafo anterior (artículo 4).

2.1.2. *Mejora y extensión de prestaciones e indemnizaciones y otros reconocimientos*

- Mejora de las prestaciones reconocidas por la ley 5/1979, de 18 de septiembre, de reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada guerra civil (artículo 5).
- Aumento de las pensiones de orfandad (artículo 6).
- Ampliación de pensiones por prisión a quienes acrediten haber sufrido privación de libertad en establecimientos penitenciarios o en batallones disciplinarios⁶⁶ y a familiares de condenados a muerte ejecutados antes de cumplir tres años de prisión (artículo 7) que tuvieran cumplida la edad de sesenta

⁶⁶ Esta ampliación trae su causa de la STC de 180/2005, de 4 de julio de 2005.

ALICIA GIL GIL

años el 31 de diciembre de 1990. Estas indemnizaciones están exentas de tributación (artículo 8), por lo que además se prevé la devolución en forma de ayuda a quienes en años anteriores hubiesen tributado por ellas (artículo 9).

- Concesión de indemnización por muerte en defensa y reivindicación de las libertades y los derechos democráticos durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1968 y el 6 de octubre de 1977 (artículo 10).
- Concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales (artículo 18).
- Posibilidad de acceder a la nacionalidad española para los hijos y nietos de españoles que perdieron su nacionalidad por el exilio (DA 7ª).
- Reconocimiento a las asociaciones de víctimas (artículo 19).
- Aplicación de la ley 37/1984, del 22 de octubre, a efectos de reconocimiento de pensión al personal de la Marina Mercante que fue incorporado al Ejército Republicano desde el 18 de julio de 1936 (DA 5ª).

2.1.3. *Desaparecidos y fosas comunes*

- Establecimiento del deber de colaboración de las administraciones públicas con los descendientes de desaparecidos en la búsqueda e identificación de sus familiares y compromiso de la Administración General del Estado de elaborar planes de trabajo y establecer subvenciones para tales fines. Mandato al gobierno de elaborar un protocolo de actuación conjunta y obligación de preservar los terrenos en los que puedan localizarse enterramientos. Obligación de las administraciones públicas de autorizar las prospecciones. Declaración de las tareas de búsqueda como actividades de interés público a efectos de permitir la ocupación temporal de terrenos (artículos 11 a 14).

2.1.4. *Símbolos y monumentos públicos*

- Retirada de 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. Entre estas medidas podrá incluirse la retirada de subvenciones o ayudas públicas. Se exceptúan las

menciones que sean de estricto recuerdo privado, sin exaltación de los enfrentados, o aquellas en las que concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley (artículo 15).

- El Valle de los Caídos se regirá estrictamente por las normas aplicables con carácter general a los lugares de culto y a los cementerios públicos. En ningún lugar del recinto podrán llevarse a cabo actos de naturaleza política ni exaltadores de la guerra civil, de sus protagonistas, o del franquismo (artículo 16). Además la fundación gestora del Valle de los Caídos incluirá entre sus objetivos honrar y rehabilitar la memoria de todas las personas fallecidas a consecuencia de la guerra civil y de la represión política que la siguió, con objeto de profundizar en el conocimiento de este período histórico y de los valores constitucionales. Asimismo, fomentará las aspiraciones de reconciliación y convivencia que hay en nuestra sociedad (DA 6ª).

2.1.5. *Documentos y archivos*

- Creación del Centro Documental de la Memoria Histórica y Archivo General de la Guerra Civil en Salamanca, a disposición de los interesados, con el fin de fomentar la investigación sobre la guerra civil y el franquismo (artículo 20) y compromiso de la administración de adquirir documentos y fondos para el archivo (artículo 21).
- Se garantiza el derecho de acceso de los particulares a los fondos documentales relativos a la materia de esta ley depositados en los archivos públicos o privados sostenidos con fondos públicos y la obtención de las copias que se soliciten (artículo 22).

2.1.6. *Leyes franquistas*

- En congruencia con lo establecido en el punto 3 de la disposición derogatoria de la Constitución, se declaran expresamente derogados el bando de guerra del 28 de julio de 1936, de la Junta de Defensa Nacional, aprobado por decreto número 79, el bando del 31 de agosto de 1936 y, especialmente, el decreto del general Franco número 55, de 1 de noviembre de 1936: las leyes de seguridad del Estado, de 12 de julio de 1940 y 29 de marzo de 1941,

ALICIA GIL GIL

de reforma del Código Penal de los delitos contra la seguridad del Estado; la ley del 2 de marzo de 1943 de modificación del delito de rebelión militar; el decreto ley de 18 de abril de 1947, sobre rebelión militar y bandidaje y terrorismo, y las leyes 42/1971 y 44/1971, de reforma del Código de Justicia Militar; las leyes del 9 de febrero de 1939 y la de 19 de febrero de 1942, sobre responsabilidades políticas, y la ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y el comunismo, la ley del 30 de julio de 1959, de orden público y la ley 15/1963, creadora del Tribunal de Orden Público (DD).

En realidad esta disposición es superflua, pues toda esa legislación se encuentra ya derogada, bien expresamente durante la propia dictadura, o bien, las que no lo hubieran sido antes, por la Constitución del 78.

2.2. La persecución penal

En el ámbito judicial son pocos los particulares que han denunciado ante los tribunales alguno de estos crímenes, pues la persecución se ve imposibilitada por las leyes de amnistía. Una excepción fue el caso *Ruano*, en el que el abogado de la acusación particular exigió para la aplicación de la amnistía que los dos policías acusados de haber matado a un joven estudiante reconocieran haber cometido el delito y haber actuado por motivos políticos, tal y como exigían, en su opinión, los presupuestos de aplicación de la ley del 77. Sin embargo, los policías negaron haber matado a Ruano y actuar por motivos políticos, con lo que se rechazó que la amnistía fuera aplicable al caso.⁶⁷ Esta interpretación acercaría más nuestra Ley de Amnistía a un mecanismo de averiguación de la verdad y no de olvido absoluto. Pero esta táctica no se siguió en ningún otro caso.

Recientemente ha habido un intento de acudir a los tribunales apelando a las figuras del derecho penal internacional. La asociación para la recuperación de la memoria histórica de Mallorca ha interpuesto una denuncia ante la AN por la desaparición de 194 personas, muchas de las cuales se recoge en la propia denuncia que fueron ejecutadas.⁶⁸

⁶⁷ La Audiencia asumió que la aplicación de la ley exigía probar un móvil político y rechazó por falta de prueba del móvil en aquel momento procesal admitir la aplicación de la ley de amnistía como cuestión de previo pronunciamiento y sugirió examinar la cuestión en el juicio oral (auto de la Sección Segunda de la AP de Madrid, de 19 diciembre 1995), pero ello debería llevar a la defensa a alegar tal móvil político en el juicio, a lo que los acusados no accedieron, pues suponía asumir su culpabilidad. Finalmente fueron absueltos por falta de pruebas. Sobre este caso con mayor detalle véase Gil Gil, 2009 (en prensa).

⁶⁸ La denuncia puede consultarse en <http://www.memoriadelesilles.org/public/armhm/armhm.asp>.

La denuncia no identifica a los presuntos autores más que con el término genérico de “un grupo de falangistas”, y menciona a algunos responsables políticos y militares ya fallecidos.⁶⁹ Para la calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad en el momento en que fueron cometidos se apela en la denuncia a la “cláusula Martens”.⁷⁰

El fiscal ha pedido el archivo de las actuaciones⁷¹ argumentando, en mi opinión con razón, que la figura de los crímenes contra la humanidad no existía al tiempo de la guerra civil española, y recordando que el TS en la sentencia sobre el caso *Scilingo* ha vetado la posibilidad de aplicar retroactivamente la figura del crimen contra la humanidad introducida en nuestro CP en el año 2003.⁷² Como crímenes comunes el fiscal recuerda que los hechos están amnistiados, lo que supuso la extinción de la responsabilidad penal, consecuencia que además se habría alcanzado hoy de todas maneras y sin duda alguna a través de la prescripción.⁷³ Además recuerda el fiscal que al haberse cometido los hechos en territorio español su conocimiento no compete a la AN sino a las audiencias provinciales y los juzgados de instrucción.⁷⁴

El juez Garzón no ha afirmado todavía su competencia, pero ha solicitado información a diversas administraciones y otras entidades, con lo que parece que comienza así un “juicio por la verdad”. Es decir, la utilización de la justicia penal como mecanismo solo para conocer lo que ocurrió y para obligar al Estado a implicarse de manera activa en la búsqueda de los desaparecidos y no para obtener realmente una sanción penal, que es un mecanismo importado de Argentina.⁷⁵

El juez Garzón, ante una denuncia interpuesta por una *supuesta asociación de víctimas* por la matanza de Paracuellos del Jarama,⁷⁶ en auto del 8 de marzo del 2000, confirmó el archivo de la querrela al desestimar el recurso presentado por la asociación, haciendo suyos los argumentos del fiscal, que había argumentado en contra de los querrelantes que los hechos estaban prescritos, amnistiados y que la tipificación como genocidio no era aplicable al ser posterior a los hechos.⁷⁷

⁶⁹ Ello hace pensar que la denuncia no busca realmente el castigo de nadie, sino implicar al Estado, a través de sus tribunales, en la búsqueda e identificación de los desaparecidos.

⁷⁰ Sobre la fundamentación jurídica véase Capellá i Roig, 2006.

⁷¹ Agradezco a Manuel Ollé y a Margalida Capellá que me hayan hecho llegar el informe del fiscal sobre este caso.

⁷² Informe del fiscal, punto tercero, pp. 2 ss.

⁷³ Informe del fiscal, punto cuarto, p. 5.

⁷⁴ Informe del fiscal, punto quinto, pp. 5-6.

⁷⁵ Contra este tipo de procesos véase Pastor, 2007, pp. 95 ss. y 101 ss.

⁷⁶ Agradezco a Manuel Ollé que me haya hecho llegar toda esta información.

⁷⁷ Sobre este caso con mayor detalle Gil Gil, 2009 (en prensa)

3 • Análisis de los mecanismos utilizados

3.1. Medidas de restitución, reparación/compensación, rehabilitación, no repetición.

Aunque las medidas compensatorias establecidas por la legislación han sido por lo general bien acogidas por las ONG, también se critica su carácter parcial, casuístico y la elusión de una responsabilidad patrimonial del Estado por la *declaración de reparación y reconocimiento personal*.⁷⁸ En realidad, todas estas medidas económicas no son según nuestro TC indemnizaciones, sino prestaciones establecidas gracialmente por el legislador.⁷⁹ Y eso es precisamente lo más criticable.⁸⁰

La ausencia de un reconocimiento personal viene en parte a subsanarse con la *declaración de reparación y reconocimiento personal*. Sin embargo, esta presenta también defectos: recae de nuevo sobre la víctima la tarea de probar su condición y de tomar la iniciativa para ser reconocida. En segundo lugar, los efectos limitados por la propia ley que se otorgan a esa declaración. La no declaración de nulidad de las sentencias franquistas por delitos políticos y aquellas dictadas con falta de garantías ha sido uno de los puntos más criticados de la nueva Ley de Memoria Histórica. El Tribunal Supremo, en aplicación del recurso de revisión,⁸¹ ha anulado una sentencia y en cambio ha declarado improcedente anular otras muchas, cuando a su juicio los recurrentes no han conseguido aportar nuevas pruebas, o no ha considerado suficientes las presentadas, de la inocencia del condenado.⁸² No se admite el recurso extraordinario de revisión para declarar injusta una condena por el contenido injusto de la ley aplicada o su infracción del principio de legalidad o tipicidad, ya que no son estos los fines que la ley asigna a este recurso.⁸³

Algunos autores se han manifestado a favor de la anulación de este tipo de condenas.⁸⁴ En mi opinión, solo el legislador tiene la llave para modificar por ley el ámbito

⁷⁸ Amnistía Internacional: "Víctimas de la guerra civil y el franquismo", pp. 31 ss.

⁷⁹ Chinchón, 2007, p. 143.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 181.

⁸¹ El recurso de revisión se regula en el artículo 328 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril.

⁸² Así por ejemplo, los autos del TS, Sala de lo Militar, del 5.7.2007 y de 18.12.2006.

⁸³ Véase el auto de la Sala de lo Militar de 21.9.2006 que resume la jurisprudencia del TS.

⁸⁴ Véase por ej. la crítica de Marc Carrillo, 2004, a la resolución de la sala de lo Militar del TS anulada en amparo por la STC 123/2004, de 13 de julio de 2004. Véase también a favor de la anulación de condenas la opinión del magistrado del Tribunal Supremo Martín Pallín, "Nacido en el 36", en *El País*, "Opinión", 12.11.2004. A favor de considerar nulos los juicios por aplicar un derecho injusto y por no respetar las garantías procesales básicas se manifiesta Muñoz Conde, 2008, p. 2, remitiéndose a la doctrina de Radbruch del derecho injusto y el derecho supralegal. Sobre la citada doctrina véase Radbruch, 1971.

del recurso de revisión o para introducir nuevos recursos que hagan posible la anulación de estas sentencias injustas, en particular las que condenan por hechos que según la Constitución no podrían calificarse de delictivos, sino, por el contrario, de ejercicio de un derecho fundamental, o aquellas sentencias recaídas en procesos absolutamente carentes de las más básicas garantías procesales. De la misma forma que se hizo en Alemania⁸⁵ al promulgarse la Ley de Rehabilitación e Indemnización de las víctimas de resoluciones penales contrarias al Estado de derecho, del 29 de octubre de 1992,⁸⁶ y la Ley para la Eliminación de las Sentencias Nacionalsocialistas Injustas en la Administración de Justicia Penal, del 25 de agosto de 1998.⁸⁷ Pero el legislador español ha decidido no emprender esta reforma legislativa.

También resulta criticable la actitud pasiva que el Estado adopta en la ley 52/2007, del 26 de diciembre, respecto al tema de las fosas comunes. De nuevo se privatiza una tarea que en realidad debería ser entendida como una obligación del Estado.

3.2. La Ley de Amnistía.

Su validez a los ojos del ordenamiento internacional

Recientemente se ha cuestionado la validez de la Ley de Amnistía española a los ojos del derecho internacional.⁸⁸ La obligación internacional de perseguir determinados delitos es clara en la actualidad, viene impuesta en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y ya antes, en determinados convenios internacionales como el Convenio contra el Genocidio, el Convenio contra la Tortura o los Convenios de Ginebra, en relación con las graves violaciones de los derechos humanos, pero solo obliga a los Estados parte, y respecto de los delitos tipificados en cada uno de ellos.⁸⁹ Por tanto estas obligaciones son posteriores a la Ley de Amnistía, además de que en la mayoría de los casos simplemente no resultan aplicables al conflicto español por no encajar los hechos en los tipos descritos, como veremos infra. No puede decirse, en mi opinión, por tanto, que en 1977, al promulgar el Parlamento democrático la Ley de Amnistía violara

⁸⁵ También a favor de seguir este modelo alemán Joan Queralt: "Los Juicios", ponencia en el seminario *Justicia transicional*, 14 de marzo de 2007.

⁸⁶ <http://www.gesetze-im-internet.de/strehag/index.html>.

⁸⁷ El texto de la ley, traducido al español por Joan Queralt, puede consultarse en http://www.juristasporlame-moriademocratica.org/documentos/Alem_LcStInjusta_20_27b3.pdf.

⁸⁸ Chinchón, 2007, p. 123 ss., y p. 201; de la misma opinión Amnistía Internacional: "Víctimas de la guerra civil y el franquismo: no hay derecho", pp. 19 ss., que defiende incluso la ilegalidad en derecho internacional de las leyes de amnistía aun cuando estas sean aprobadas por un Parlamento democrático.

⁸⁹ Ambos, 2008, p. 30-31.

ALICIA GIL GIL

ninguna obligación internacional de perseguir penalmente los crímenes recogidos en ninguno de estos tratados de los que España fue parte con posterioridad.

Algunos autores,⁹⁰ la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (en adelante ComIDH y CIDH) han deducido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o en el caso de las segundas de los textos regionales de derechos humanos, la obligación de perseguir penalmente las violaciones a los derechos fundamentales, apoyándose en la exigencia de recurso del artículo 2 (1) y (3) del pacto o el paralelo en los textos americanos.⁹¹ Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH)⁹² negó que hubiese violación del artículo 2.3 del PIDCP cuando las violaciones de derechos humanos se hubiesen producido antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado en cuestión, y aunque la ley de amnistía se haya promulgado después de esa entrada en vigor, apoyándose en la literalidad del artículo, ya que el derecho al recurso solo nace desde que una violación del pacto ha sido establecida, y para establecer una violación del pacto tiene que estar vigente el pacto en el momento de la violación.⁹³ Así pues, para el CDH no hay violación del artículo 2.3 PIDCP en el caso español, pues, aunque la amnistía es posterior a la adhesión de España al pacto, las violaciones de derechos humanos que darían origen al nacimiento de la obligación del artículo 2.3 son anteriores a él, por lo que, al no poder afirmarse que constituyen una violación del pacto, tampoco el no poner a disposición de la víctima un recurso judicial efectivo por ellas lo es.⁹⁴ En 1977 no podemos constatar que otro instrumento internacional obligara a España a la persecución penal y prohibiera, por tanto, una amnistía. La única opción es afirmar la existencia de una obligación de perseguir penalmente determinados delitos (torturas, ejecuciones extrajudiciales, etcétera) que prohibiría las amnistías, como norma consuetudinaria de *ius cogens* anterior a 1977,⁹⁵ para lo que nos

⁹⁰ Para Chinchón, en prensa, p. 23, la ley 46/1977 de Amnistía, con las previsiones del artículo 2.e y f, ignoraba, y por tanto violaba, el contenido del artículo 2.3 del PIDCP en su letra y en su espíritu.

⁹¹ Sobre esta argumentación y mi contestación con mayor detalle: Gil Gil, 2009 (en prensa).

⁹² Se trataba de casos en los que se cuestionaba la validez de la ley argentina de Punto Final ante lo dispuesto en el artículo 2.3 del Pacto en relación con asesinatos y desapariciones. El Comité declaró la irretroactividad del Pacto incluso para los casos de desapariciones en los que la víctima seguía desaparecida. Véase *Y. S. E. v. Argentina* (comunicación n.º 275/1988: Argentina. 4.4.90. CCPR/C/38/D/275/1988, 4 de abril de 1990) y *R. A. V. N. et al. v. Argentina* (comunicaciones n.º 343, 344 y 345/1988: Argentina. 5.4.90. CCPR/C/38/D/343/1988, CCPR/C/38/D/343/1988 5 April 1990. En sentido similar, comunicación n.º 717/1996: Chile. 16.9.99, CCPR/C/66/D/717/1996.

⁹³ Ambos, 1999, p. 136.

⁹⁴ Con mayor detalle Gil Gil, 2009 (en prensa).

⁹⁵ El auto de la AN (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 4 noviembre 1998, Recurso de Apelación n.º 84/1998 (ARP 1998/5943). Fundamento jurídico octavo, en relación con las leyes argentinas 23492 y 23521, de Punto Final y de Obediencia Debida, admitió la posibilidad de que fueran contrarias al *ius cogens* internacional y a los tratados ratificados por Argentina; sin embargo, no fue el argumento concluyente este para no aplicarlas,

faltaría una práctica de los Estados que es inexistente, e incluso una *opinio iuris* que tampoco creo que pueda constatarse en la época que nos ocupa.⁹⁶ En realidad es a partir del decenio de los años noventa cuando puede verse un giro radical en el tema y observarse decisiones claras de los órganos internacionales en contra de la admisibilidad jurídica de las amnistías de determinados delitos.⁹⁷

La ley española de amnistía no sería por supuesto un obstáculo para la persecución por tribunales de otro país, en ejercicio de la jurisdicción universal, de los crímenes *que en el momento de su comisión fueran tipificables como delitos internacionales* y que no hubieran prescrito conforme a la legislación del país que persigue, como no lo fueron tampoco las leyes de punto final y de obediencia debida para la persecución seguida por la AN española.⁹⁸ El tercer Estado que lleva adelante la persecución está ejerciendo su propia jurisdicción y, en consecuencia, no está vinculado por los obstáculos de procedimiento existentes en otra jurisdicción, y si los crímenes perseguidos son tipificables como delitos internacionales según el derecho internacional vigente en el momento de comisión, la persecución por otro Estado desconociendo la ley interna de amnistía no puede entenderse que vulnere la soberanía del Estado que amnistió.⁹⁹

sino el de que no vinculaban a los tribunales españoles ni eran un indulto (posterior a la necesaria condena) que evitara la persecución universal según el artículo 23 LOPJ: “Con independencia de que dichas Leyes *puedan tenerse por contrarias al ‘ius cogens’ internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos*, las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras [...] no sería encuadrable en el supuesto de imputado absuelto o indultado en el extranjero [letra c del apartado 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], sino en el caso de conducta no punible —a virtud de norma despenalizadora posterior— en el país de ejecución del delito [letra a del mismo apartado 2 del artículo 23 de la Ley citada], lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado 5 del tan aludido artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. La AN reconoce así la *posible* existencia de una norma general que prohibiría las amnistías absolutas, pero referida a finales de los ochenta, mientras que la amnistía española es diez años anterior.

⁹⁶ Desde luego, a la doctrina española de la época ni se le pasaba por la cabeza la idea de que la amnistía pudiera ser inválida jurídicamente por exigencias del derecho internacional. Linde Paniagua, en la que fue su tesis doctoral defendida en la Universidad de Bolonia en 1975, habla de la amnistía como un instrumento para facilitar los cambios jurídicos que exigen los cambios políticos y sociales, y propone como condiciones de su aceptabilidad su aprobación por el Parlamento, que su ámbito guarde relación con su fundamento y que respete el principio de igualdad. Pero ni una alusión a límites relacionados con los derechos humanos; al contrario, no se veían límites al posible objeto de la amnistía; véase Linde Paniagua, *Amnistía e indulto en España*, 1976.

⁹⁷ Chinchón: *Derecho internacional...*, 2007, p. 445.

⁹⁸ Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), 4 de noviembre de 1998 (ARP 1998/5943). Fundamento jurídico octavo. Véase también Gil Gil, “España”, 2003, p. 357.

⁹⁹ Ambos, 2008, p. 103 s.

ALICIA GIL GIL

3.3. ¿Existe todavía alguna posibilidad de persecución penal?

3.3.1. Como crímenes internacionales

En relación con los crímenes cometidos por uno y otro bando durante la guerra civil no es posible afirmar su carácter delictivo conforme al derecho penal internacional, que se desarrolló con posterioridad.¹⁰⁰

Cosa distinta debe decirse de los crímenes posteriores a 1954.¹⁰¹ Si podemos demostrar el carácter general o sistemático de los atentados contra bienes jurídicos fundamentales, estos podrían calificarse de crímenes contra la humanidad.¹⁰² A pesar de ello nos encontramos con dos problemas para su enjuiciamiento como tales por los tribunales españoles (dejando aparte el tema de la amnistía). El primero es que nuestro CP introduce el tipo de los crímenes de lesa humanidad en el artículo 607 *bis* por la LO 15/2003, del 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre del 2004, y nuestro TS ya se ha manifestado en contra de la posibilidad de aplicarlo retroactivamente a hechos anteriores a su entrada en vigor con el argumento de que la prohibición de tales conductas ya existía en derecho internacional consuetudinario, por vulnerar tal argumentación la regulación del principio de legalidad de los delitos y de las penas recogida en nuestra Constitución.¹⁰³

En segundo lugar, nos encontramos con el problema de la prescripción de los hechos. No creo que antes de 1998 se pueda afirmar una costumbre internacional que declare la imprescriptibilidad, y, aunque ello se defendiera, no podría remontarse, en mi opinión, a antes de su codificación en la Convención de las Naciones Unidas de 1968.

¹⁰⁰ Con mayor detalle Gil Gil, 2009 (en prensa).

¹⁰¹ Fecha en que por primera vez se independiza el crimen contra la humanidad de la situación de guerra. Y ello si damos por buena la idea de que la versión final del primer proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad codificaba lo que ya era costumbre internacional (tema sobre el que siempre caben dudas, dado que el proyecto no llegó a buen puerto hasta 1998, y que la redacción de los crímenes contra la humanidad ha cambiado notablemente desde 1954 hasta hoy. Por ejemplo, en la versión de 1954 se exigía para todas las conductas actuar por determinados móviles, lo que después desaparecería, y no se exigía la comisión generalizada o sistemática, requisito que aparece en 1996 —véase Gil Gil, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 139 y 143—). Sobre la evolución detallada del contenido del delito en cada uno de los proyectos de las Naciones Unidas véase Liñán Lafuente, tesis doctoral inédita, pp. 161 y ss.

¹⁰² Aunque hacemos la trampa de trasladar el concepto actual a 1954, ya que en esa época no se exigía comisión sistemática sino determinados móviles, concepto que no llegó a prosperar, lo que vendría a demostrar únicamente que hasta 1998 no ha estado claro el contenido del crimen contra la humanidad, y podría desmontar toda la idea de una norma consuetudinaria existente en aquella época, a no ser que nos conformemos para seguir defendiendo la existencia de la norma con constatar su núcleo mínimo: la prohibición de determinados ataques a civiles en determinado contexto de victimización global, y claramente independiente de una guerra internacional a partir de 1954.

¹⁰³ STS n.º 798/2007 de 1.10.2007.

Aunque admitiéramos esta, luego tendríamos que afirmar además su carácter retroactivo, pero aun así nada de esto nos serviría, pues el TS ha rechazado ya en su sentencia n.º 798/2007 del 1 de octubre del 2007 la costumbre como fuente de derecho penal aplicable por los tribunales españoles en contra del reo. Y como norma interna la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad se introdujo en el CP por LO15/2003, del 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre del 2004, y el TS en numerosas ocasiones se ha manifestado en contra de la retroactividad de los cambios legislativos en materia de prescripción que puedan perjudicar al reo. En el sistema jurídico español, por tanto, no es posible castigar estos hechos como crímenes contra la humanidad.

Nos quedaría abordar el tema de las desapariciones forzadas, por su carácter de delito permanente. Pero en realidad este delito ya no se comete apenas desde 1950. Si se admitiera, lo que veo complicado, que por su carácter de delito permanente las desapariciones forzadas no prescriben hasta que aparece el cadáver, en todo caso estarían amnistiadas. El carácter permanente del delito no tiene nada que ver en mi opinión con la posibilidad o no de amnistiario, ya que tanto qué delitos se amnistían como de qué manera se cuentan los plazos de prescripción es algo que se determina en la ley.¹⁰⁴ Y al respecto la Ley de Amnistía señala que se amnistían los realizados antes de determinadas fechas y añade en su artículo 1, II: “A los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquel en que se inició la actividad criminal”.¹⁰⁵ Y además, al tiempo de la aprobación de la ley de amnistía todas las situaciones antijurídicas —privación de libertad fuera del amparo de la ley— habían cesado. Lo único que permanecía y permanece es el desconocimiento de la ubicación de los restos mortales de las víctimas, lo que en mi opinión no constituye el contenido de injusto del crimen de desaparición forzada.

Por supuesto, no es posible afirmar que las desapariciones forzadas por su carácter permanente que duraría hasta hoy son calificables conforme al nuevo tipo penal del artículo 607 *bis* sin que ello suponga una aplicación retroactiva de la ley, pues para

¹⁰⁴ Mantiene que no están amnistiados Capellá, 2006, p. 20. También defiende que la desaparición forzada de personas no es amniable Rodríguez Arias, 2007, p. 73, apoyándose en el artículo 18 de la *Declaración de la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992*. Pero es evidente que tal declaración no tiene fuerza jurídica vinculante y que, si la tuviera, en todo caso no sería de aplicación retroactiva.

¹⁰⁵ El TS aparentemente se saltó este precepto en un caso que calificó de “delito permanente”, aunque en realidad se refería a una continuidad de la actividad delictiva después de los plazos establecidos en la ley y no a un mero delito permanente. El caso se refería a dos acusados de colaborar con ETA que habían mantenido una cuenta abierta con dinero de la organización, realizando movimientos por orden de ETA después de las fechas fijadas en la ley de amnistía. STS de 20 de enero de 1986. La estructura del supuesto no es de delito permanente sino continuado.

ALICIA GIL GIL

la calificación de los hechos debe elegirse la ley vigente en el momento de *la realización de la conducta*, y no la ley posterior desfavorable, aun cuando se argumente una consumación permanente y que la ley posterior está vigente en el momento de esa consumación permanente, pues así lo dispone claramente el artículo 7 del CP español.

Por último, es preciso señalar que la Corte Penal Internacional no es competente para conocer los crímenes cometidos durante la guerra civil española y el franquismo, pues los hechos son anteriores a la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Aun cuando se pudieran calificar los *paseos y sacas* de desapariciones forzadas constitutivas de crímenes contra la humanidad —lo que no veo posible por ser los hechos anteriores a la codificación internacional— y se calificasen de delitos permanentes que perduran en la actualidad —lo que tampoco veo posible por haber terminado las detenciones hace años—, la Corte no sería competente porque el componente de ataque masivo o sistemático cesó muchos años antes de la entrada en vigor del ER, y los Elementos de los Crímenes¹⁰⁶ señalan que el crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque contra la población civil en el que se incardina se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto.¹⁰⁷

3.3.2. Como crímenes internos

Las ejecuciones, las torturas, las detenciones ilegales, etcétera, eran claramente delictivas incluso desde el derecho interno. Pero desde esta perspectiva todos estos crímenes se hallan prescritos, pues han pasado 70 años desde la guerra y 33 desde que murió el dictador.¹⁰⁸ La mayoría de ellos habían prescrito incluso antes de la aprobación de la Ley de Amnistía del 77.¹⁰⁹ Las desapariciones forzadas no existían como tales en el CP español al tiempo de comisión del delito, sino solo como detenciones ilegales, con la agravación por no dar razón del paradero del detenido aplicable solo a los particulares y solo a partir de 1944.¹¹⁰ Las detenciones ilegales cometidas por funcionario público o autoridad eran tipos privilegiados castigados con penas ridículas¹¹¹ en el anterior CP¹¹² que prescribieron antes de la entrada en vigor de la Ley de Amnistía.

¹⁰⁶ Artículo 7.1.i. Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, nota 23.

¹⁰⁷ Por ello se equivoca Rodríguez Arias, 2007, p. 74.

¹⁰⁸ De acuerdo con esto Capellá, 2006, p. 17.

¹⁰⁹ Sobre ello con detalle Gil Gil, 2009 (en prensa).

¹¹⁰ Véase el artículo 483, que fue reintroducido en 1944, pues no existía en el CP de 1932.

¹¹¹ Criticadas ya por los comentaristas del anterior CP. Véase Rodríguez Devesa: *Derecho penal español*, PE, 1966, p. 617.

¹¹² Véanse los artículos 184 ss. del antiguo CP, que ya figuraban así en 1944, y que imponían solo penas de *suspensión* por detenciones ilegales menores de tres días o *suspensión* y *multa* si la detención duraba hasta 15

4. Impacto de los mecanismos utilizados

El caso español es un ejemplo de que es posible una reconciliación nacional sin justicia penal si se dan una serie de circunstancias muy específicas, como el relevo generacional en la negociación de la transición, la distancia de los crímenes más cruentos de la guerra y la posguerra, el miedo a una nueva guerra civil,¹¹³ el sentimiento de culpabilidad de quienes vivieron la guerra por las atrocidades cometidas por los dos bandos y por quienes no la vivieron por la connivencia o al menos la no oposición de una gran parte de la población al franquismo, etcétera.¹¹⁴ El deseo de transición pacífica que predomina sobre los deseos de justicia o de venganza permitió un acuerdo casi absoluto de los españoles acerca de no exigir responsabilidades por el pasado.

Una parte considerable de los analistas sigue insistiendo en que la no revisión del pasado fue una decisión atinada y síntoma de la madurez política de los españoles,¹¹⁵ y, lo que es más importante y sintomático, la transición española es motivo de orgullo para la gran mayoría de los ciudadanos. En el año 2000, un 86,1% de la población se sentía sumamente satisfecho con el proceso de transición.¹¹⁶ Como señala Aguilar Fernández: “El elevado orgullo que suscita la transición a la democracia nos permite pensar que se ha producido un proceso de reconciliación de la ciudadanía española consigo misma”.¹¹⁷

La ausencia de demandas de justicia en la población se debe, según Aguilar,¹¹⁸ en parte al miedo a una nueva guerra civil, en parte a que sorprendentemente un sector importante de la sociedad veía todavía en el año 2000 el franquismo como una etapa que tuvo cosas buenas y cosas malas, y a este sentimiento de ambivalencia hay que añadir un alto grado de apatía y desafección política, junto con el sentimiento de culpa por la brutalidad de la guerra y por la connivencia de una gran parte de la población con la dictadura, que haría a los españoles preferir soslayar todo lo referente a estos crímenes.

días, previendo prisión solo si la detención pasaba de un mes. Hoy, por el contrario, la cualidad de funcionario o autoridad del sujeto activo es motivo de agravación y no de privilegio (véase el artículo 167 del actual CP).

¹¹³ Hay que tener en cuenta el hecho de que al morir Franco el poder y la fuerza seguían en manos de los franquistas y la oposición democrática se encontraba en una situación de debilidad en la negociación.

¹¹⁴ Aguilar Fernández, 2002 y 2006, *pássim*.

¹¹⁵ Citados por Aguilar, 2002, p. 190.

¹¹⁶ Aguilar, 2006, p. 264.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 265.

¹¹⁸ Véanse los análisis de diferentes encuestas y sus correspondientes gráficos en Aguilar, 2006, pp. 264 ss., sobre esta cuestión en particular pp. 268-269.

ALICIA GIL GIL

Una encuesta llevada a cabo por el CIS en el 2005 (estudio n.º 2622), realizada con motivo de los trabajos de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, pone de manifiesto que la mayoría de la población está de acuerdo con la idea de reparar a las víctimas de la guerra civil.¹¹⁹ En las respuestas a las preguntas de esta encuesta son significativas las diferencias existentes en quienes habitan en pueblos pequeños y por edades en la generación que protagonizó la transición.¹²⁰ En opinión de Aguilar, “resulta sorprendente lo poco partidaria que es de estas medidas la generación que protagonizó la transición (aquellos que en 2005 tenían entre 55 y 64 años). Esta cohorte parece estar más convencida que las demás de que lo mejor que puede seguir haciendo la sociedad española es dejar de lado el pasado”. Según la explicación de Aguilar Fernández, es muy probable que ello sea así porque atribuyen buena parte del éxito de la transición a la decisión de relegar las viejas rencillas. De hecho este grupo coincide con el que más orgulloso se siente de la transición española. Frente a ello quisiera destacar que algunas de las asociaciones para la recuperación de la memoria histórica están lideradas por personas de entre 30 y 40 años, es decir, la generación de los nietos.

Pero si hemos concluido que en España ha habido reconciliación sin justicia, otra cosa diferente son las consecuencias que este tipo de transición haya dejado en nuestro sistema político y si nuestra democracia presenta hoy determinados déficit que pueden achacarse a nuestra historia.

Mientras para algunos historiadores la transición española fue modélica, para otros la falta de medidas de justicia política, resultado de las claudicaciones de la oposición democrática, ha traído consecuencias negativas para la democracia española y es la causa del comportamiento oligárquico de nuestros partidos políticos, la corrupción, episodios como los de los GAL,¹²¹ o un déficit de cultura democrática en nuestra sociedad.¹²² Muy significativa resulta la frase de Colomer: “las virtudes de la transición se han convertido en los vicios de la democracia”.¹²³ Esta frase resumiría la idea de que, si bien en la transición se hizo lo único que se podía hacer para pasar pacíficamente a la

¹¹⁹ La información se ha extraído de Aguilar Fernández, 2008, pp. 402 ss., quien critica que las preguntas están en su mayoría mal formuladas y pueden distorsionar las respuestas. Resumidamente puede verse también el contenido de esta encuesta y los comentarios de Aguilar Fernández en Gil Gil, 2009, en prensa.

¹²⁰ Señala Aguilar, 2008, pp. 404 ss., que en los pueblos y ciudades pequeñas, donde más claramente pueden atribuirse las responsabilidades, es donde más aversión existe a hurgar en el pasado.

¹²¹ Véanse las distintas opiniones recogidas por Aguilar, 2002, p. 186.

¹²² Vinçens Navarro: “Consecuencias de la transición inmodélica”, en *El País*, Madrid, 8.1.2003. De transición incompleta la califica Muñoz Conde, 2008, p. 3.

¹²³ Colomer, 1998, citado por Aguilar, 2002, p. 191.

democracia, sin duda lo que se pudo hacer era imperfecto y ha tenido sus consecuencias, y las sigue teniendo en nuestro sistema político.

La idea de revisar el pasado sigue levantando polémica hoy, no solo en el terreno político, también en el doctrinal. Si la mayoría de la doctrina, de los políticos y de la propia sociedad opina que no es hora de buscar responsabilidades penales, pero sí de honrar e indemnizar convenientemente a las víctimas, en ninguno de estos puntos nos ponemos todavía de acuerdo sobre la mejor manera de hacerlo. Lo cierto es que hoy en día ni siquiera los hijos y los nietos de las víctimas que reclaman un reconocimiento de sus seres queridos han pedido el castigo de los autores, sino solo una reparación moral,¹²⁴ o la implicación activa del Estado en la averiguación de la verdad y en la localización de los restos de sus familiares.¹²⁵

5. Evaluación final

El modelo español de justicia de transición ha sido un modelo de olvido absoluto con rehabilitación parcial; un modelo fruto de la necesidad y la coyuntura política y social en el que se desarrolló. El resultado de una transición “pacífica” no rupturista, plagada de incoherencias e imperfecciones, pero que es uno de los hechos históricos que más orgullo despiertan en los españoles, por haber conseguido evitar una nueva guerra civil. La reconciliación sin justicia penal fue posible por un cúmulo de circunstancias y sin duda por el sacrificio de la justicia en favor de la paz que muchas víctimas generosamente aceptaron. La lejanía de los crímenes más atroces de la guerra y la posguerra fue un factor a favor de la amnistía.

Personalmente estimo que la Ley de Amnistía de 1977 no fue contraria al derecho internacional vigente en la época. Se ha criticado a los tribunales españoles la incoherencia política de perseguir crímenes cometidos en otros países desconociendo leyes de amnistía, mientras no persigue los cometidos en España amparados por una ley de amnistía.¹²⁶ Sin embargo, en un país con división de poderes y con independencia judicial, las decisiones de los tribunales no tienen por qué ser políticamente correctas, ni políticamente coherentes, sino solo jurídicamente correctas, y al respecto entiendo que la decisión de la AN respecto

¹²⁴ Muñoz Conde, 2008, p. 15.

¹²⁵ Este es, como ya dije, el sentido que tenía la querrela por desapariciones forzadas interpuesta por la Asociación de Memoria Histórica de Mallorca ante la AN.

¹²⁶ Sancinetti y Ferrante, 1999, p. 15.

ALICIA GIL GIL

de las leyes argentinas de Punto Final y Obediencia Debida es jurídicamente correcta, como también lo es someterse a la propia ley de amnistía, que sí vincula a los jueces españoles —no a los extranjeros cuando persigan crímenes claramente tipificables como internacionales en el momento de su comisión.

Pero, si bien en España se consigue una reconciliación nacional sin acudir a la vía penal, lo cierto es que todavía existen muchas deudas pendientes con las víctimas de la guerra civil y del franquismo, y que el *cómo* se debe afrontar el pasado no es un asunto sobre el que exista consenso todavía. Finalmente, la ley conocida popularmente como Ley de Memoria Histórica no ha dado satisfacción a todas las reivindicaciones de las asociaciones de víctimas, sobre todo, la más importante: la anulación por ley de las sentencias por delitos políticos o las dictadas sin garantías procesales. Pero, además de ello, y lo que es más importante, las indemnizaciones se conceden en España de forma graciosa y no con base en un reconocimiento de la condición de víctima. Sobre la víctima recae el peso de probar su condición, de exigir un reconocimiento o de pedir una subvención para emprender la búsqueda o identificación de sus familiares desaparecidos. Se puede decir que las víctimas de la guerra civil y el franquismo siguen sin ser bien tratadas por el ordenamiento español.

Sin embargo, a la vista del revuelo político que una ley tan imperfecta e incompleta como la que se aprobó en diciembre del 2007 ha generado,¹²⁷ parece claro que la sociedad española —o quizás solo la interesada clase política— no está todavía preparada, tras treinta años de democracia, para cumplir la obligación moral de investigar los hechos —aunque estén prescritos y amnistiados— como violaciones de derechos humanos, para reconocer a las víctimas en su condición de tales e indemnizarlas convenientemente.

¹²⁷ No hay más que leer los discursos de los parlamentarios del PP en el Parlamento en la defensa de sus enmiendas a la totalidad presentadas contra la ley. En la enmienda n.º 91, el Grupo Popular califica la ley como un paso más en “una estrategia de ruptura con el pacto de convivencia que los españoles formularon a través de la Constitución de 1978”. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A: Proyectos de ley, 14 de marzo de 2007, n.º 99-20.

Bibliografía

- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO: Dictamen del 16 de septiembre del 2003, “Incautación de solar al amparo de la ley de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939”, en *Anales de la Abogacía General del Estado*, n.º 2003, enero 2005.
- AGUILAR FERNÁNDEZ, P.: “Justicia, política y memoria: los legados del franquismo la transición española”, en VV. AA.: *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Istmo, 2002.
- “Presencia y ausencia de la guerra civil en la democracia española. Reflexiones en torno a la articulación y ruptura del ‘pacto de silencio’”, en J. ARÓSTEGUI y F. GODICHEAU (eds.): *Guerra civil, mito y memoria*, Madrid, 2006.
- *Memoria y olvido de la guerra civil española*, Madrid: Alianza, 1996.
- *Políticas de la memoria y memorias de la política en la dictadura y en la democracia*, Madrid: Alianza, en prensa.
- AGUILAR y HITE: “Historical Memory and Authoritarian Legacies in Processes of Political Change: Spain and Chile in Comparative Perspective”, en P. CESARINI y K. HITE (eds.): *Authoritarian Legacies and Good Democracies*, Indiana: University of Notre Dame Press, 2004.
- ALCARAZ ABELLÁN: “La Ley de Responsabilidades Políticas y su aplicación en Fuerteventura (1939-1942)”, en *Anuario del Archivo Histórico Insular de Fuerteventura*, n.º 3, 1990.
- AMBOS, K.: *Impunidad y derecho penal internacional*, 2.ª ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- *El marco jurídico de la justicia de transición*, trad. de Ezequiel Malarino, Bogotá: Temis, 2008.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Víctimas de la guerra civil y el franquismo: no hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de ‘derechos de las víctimas de la guerra civil y del franquismo’”, <http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/No_hay_derecho.pdf>.
- “Víctimas del franquismo”, <http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/victimas_franquismo_05.pdf>.
- ARÓSTEGUI, J., y F. GODICHEAU (eds.): *Guerra civil, mito y memoria*, Madrid, 2006.
- CABRERA, M. y DEL REY REGUILLO, F.: “La patronal y la brutalización de la política”, en S. JULIÁ (dir.): *Violencia política en la España del siglo XX*, Madrid, 2000.

ALICIA GIL GIL

- CAPELLÀ I ROIG, “Las ‘desapariciones forzadas’ en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo”, en J. SOROETA LICERAS (ed.): *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. VI, 2006, pp. 265-301.
- CARRILLO, M.: “El Tribunal Constitucional y la memoria histórica”, en *El País*, Madrid, viernes 27 de agosto del 2004 (también en http://www.juristasporlamemoriademocratica.org/documentos/Carrillo_TC_11b1.pdf).
- CEREZO MIR, J.: *Curso de derecho penal español*, t. I: “Introducción”, Madrid, 6.ª ed., 2004.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “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”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 45, 2007.
- “Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política de España”, en *La memoria como conflicto. Memoria e historia de la guerra civil y el franquismo*, dossier monográfico de *Entelequia*, *Revista Interdisciplinar*, n.º 7, 2008 (en prensa).
- *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid, 2007.
- DE LA CUEVA MERINO: “Si los curas y frailes supieran... La violencia anticlerical”, en S. JULIÁ (dir.): *Violencia política en la España del siglo XX*, Madrid, 2000.
- DEL ÁGUILA, Juan José: *El TOP*, Barcelona, 2001.
- GIL CALVO, E.: “Aprendices de brujo y avestruces”, en *Memoria de la transición*, Madrid: El País, 1996.
- GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional, Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999.
- “Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, en *Revista española de Derecho Militar* n.º 58, enero-junio 2006.
- “España”, en K. Ambos y E. Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003).
- *Justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier (en prensa).

- GÓMEZ BRAVO: “El desarrollo penitenciario en el primer franquismo (1939-1945)”, en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, n.º 6, 2006.
- GONZÁLEZ CALLEJA: “El Estado ante la violencia”, en S. JULIÁ (dir.): *Violencia política en la España del siglo XX*, Madrid, 2000.
- GOR, F.: “De la justicia franquista a la Constitución”, en *Memoria de la transición*, Madrid, 1996.
- Informe Brincat*, para la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa,
〈<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc05/EDOC10737.htm>〉.
- Informe General de la Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo*, 〈<http://www.ub.edu/dpenal/>〉.
- JIMÉNEZ VILLAREJO: “En defensa de los derechos de las víctimas del franquismo”, intervención en la Jornada sobre la Memoria Histórica y Contra la Impunidad convocada por la Fundación Entrepobles i URV Solidària, Barcelona, 2005, en 〈<http://www.fundanin.org/jimenezvillarejo.htm>〉.
- “La destrucción del orden republicano (apuntes jurídicos)”, en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, n.º 6, 2006, 〈<http://hispanianova.rediris.es>〉.
- JULIÁ, S.: “Bajo el imperio de la memoria”, en *Revista de Occidente*, n.º 202-203, julio-agosto del 2006, también en 〈[http://www.ortegaygasset.edu/revistadeoccidente/articulos/\(302\)Santos_Julia.pdf](http://www.ortegaygasset.edu/revistadeoccidente/articulos/(302)Santos_Julia.pdf)〉.
- “De nuestras memorias y de nuestras miserias”, en *Historia Nova*, n.º 7, 2007.
- “La estrategia de la tensión”, en *Memoria de la transición*, Madrid: El País, 1996.
- “Víctimas de la guerra civil”, Madrid, 1999 (las páginas se citan de la reimpresión del 2006).
- LINDE PANIAGUA: *Amnistía e indulto en España*, 1976.
- LIÑÁN LAFUENTE: *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el artículo 607. bis, del CP español: Una propuesta alternativa*, tesis doctoral inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2007.
- MARTÍN PALLÍN: “Nacido en el 36”, en *El País*, Madrid, 12.11.2004.
- MUÑOZ CONDE: “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de derecho”, en *Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, 2008, 〈http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/munoz%20conde-franquismo.pdf〉.
- NAVARRO, V.: “Consecuencias de la transición inmodélica”, en *El País*, Madrid, 8.1.2003.
- NÚÑEZ, M. G.: “Políticas de igualdad entre varones y mujeres en la segunda república española”, en *Espacio, tiempo y forma*, serie V, H Contemporánea, t. 11, 1998.

ALICIA GIL GIL

- ORTIZ HERAS: “Instrumentos *legales* del terror franquista”, en *Historia del Presente*, n.º 3, 2004.
- PASTOR, D. R.: “¿Procesos penales solo para conocer la verdad?”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 59, julio 2007.
- QUERALT: “Los Juicios”, ponencia en el seminario *Justicia transicional*, celebrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 14 de marzo del 2007.
- RADBRUCH: “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid: Aguilar, 1971.
- REIG TAPIA: “La depuración ‘intelectual’ del nuevo estado franquista”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 88, 1995.
- REMIRO BROTONS: “Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial”, en *El derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, p. 120.
- RODRÍGUEZ ARIAS: “Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 60, noviembre del 2007.
- RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, PE, 1966.
- RODRIGO, J.: *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*, Barcelona: Crítica, 2005.
- RUBIALES TORREJÓN, A.: “Evolución de la situación jurídica de la mujer en España”, conferencia pronunciada el 31 de octubre del 2003, en <http://www.ciudadanas.org/documentos/textoCONFERENCIA.pdf>.
- RUIZ DE AZÚA: “Las manos sucias”, en *Memoria de la transición*, Madrid: El País, 1996.
- SANCINETTI, M., y M. FERRANTE: *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.