

## Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo

Ramón Sáez

Soutworth comentaba en el prólogo a la segunda edición de *El mito de la cruzada de Franco* y acerca del relato histórico dominante que “*Durante cuarenta años, los españoles fueron obligados a tragarse una falsa historia de su país y los efectos secundarios de una dieta tan asquerosa difícilmente pueden pasar en unos meses*”. Treinta y dos años después de la promulgación de la Constitución las consecuencias de la infame dieta moral del fascismo son detectables en la escena pública, como no podía ser de otra manera.

La apertura del juicio oral contra el juez Garzón por el intento de iniciar una investigación penal, a solicitud de las víctimas, sobre los crímenes más graves de la represión franquista -desapariciones de personas, ejecuciones extrajudiciales o sumarias, asesinados sin sepultura o en enterramientos colectivos indignos, niños apropiados con alteración de los apellidos y del estado civil- ha planteado a esta sociedad y al estado español un hecho insólito, el único perseguido en relación a los abusos masivos y sistemáticos cometidos por los agentes de la dictadura es ese juez. Dicha constatación demanda una reflexión sobre el funcionamiento del aparato judicial y una explicación que pasa necesariamente por indagar en la cultura del juez, su posición política y la concepción de la independencia de la que es depositario<sup>1</sup>.

Parece razonable partir de un dato histórico, a diferencia de Europa el fascismo no fue derrotado militarmente en España, de tal suerte que la política, lo social instituido, la cultura, el sistema jurídico y el imaginario colectivo siguen alimentándose de las secuelas de la larga dictadura. Es así que el Tribunal Supremo afirma hoy sin rubor –en una resolución dictada en la causa sobre los crímenes de la represión, resumida a la prevaricación del juez que intentó iniciarla- que la transición a la democracia se hizo *de ley a ley*, como si el estado de derecho fuera equiparable al estado ilegal de la barbarie, como si la ley fuera una mera forma compatible con la injusticia y la cultura de la legalidad democrática pudiera convivir con la negación de los derechos humanos. Al tiempo se afirma que la única razón de la independencia es *la recta aplicación de la ley vigente*. He ahí dos de las disposiciones que estructuran el espacio de la jurisdicción. La sumisión acrítica a la ley desde un concepto meramente formal de ley, que genera la irresponsabilización del juez respecto al resultado de su decisión, y la capacidad de la jurisdicción para cohabitar con la excepción y con la impunidad de los poderosos.

La tesis que se va a defender atiende al contexto político y social, el de una memoria hegemónica heredera de quienes se alzaron contra la legalidad democrática y vencieron en una guerra de exterminio contra el enemigo político, de un relato dominante negacionista, ampliamente aceptado, incluso por gentes instaladas en los

---

<sup>1</sup> Reflexión que parece una cita obligada para quienes operan en espacios críticos dentro de la magistratura; en este caso el autor responde a la invitación de Juan Ramón Capella.

centros de poder del Partido socialista y de medios de comunicación de su entorno, que encubre la realidad del golpe de estado, minimiza la violencia del franquismo y absuelve a los verdugos. Memoria activa que sigue defendiendo la legitimidad de la dictadura con modos y maneras inusitadamente agresivas para la incorrección política de su postura –excepcional en Europa donde el eje del nazi-fascismo perdió la guerra, siendo perseguidos y condenados algunos de sus máximos responsables. El sistema democrático se ha construido simbólicamente al margen de la lucha de quienes resistieron al fascismo haciendo olvido consciente de su sufrimiento, provocado precisamente por la represión, consolidando así un espacio público en el que se exaltaba con normalidad al crimen y a los criminales, que solo se ha visto alterado por la emergencia de la memoria de quienes fueron ejecutados y desechados en fosas comunes y por la memoria de los desaparecidos.

Para entender el fenómeno de la gran impunidad es preciso detenerse en la subcultura del juez, en el *habitus* profesional que produce nuestra jurisdicción, que se desenvuelve y se constituye alrededor de diversos valores y de ciertas prácticas que se reproducen: la independencia (burocrática) entendida como mecanismo de protección de los intereses de casta, la separación de la sociedad e incluso del estado, la apoliticidad y la neutralidad como elementos claves de tal separación, la sumisión (aparente) a la ley construida en clave formal –desustanciada de los derechos-, la inconveniencia de juzgar o cuestionar la ley y la dependencia interna a la jerarquía. Junto a ello, se puede detectar una especie de doble moral característica de las prácticas del poder en la dictadura, que era expresión de la lógica del amigo y del enemigo, que permite convivir con bajas dosis de justicia –algo ciertamente difícil de reducir en cualquier sistema judicial. Dichos valores conforman el imaginario del aparato burocrático de la jurisdicción y fueron, en buena medida, recopilados y preconstituidos en el franquismo.

Hay indicios que permiten afirmar la continuidad del *habitus* de los profesionales de la jurisdicción que sirvieron a la dictadura<sup>2</sup>. Un espacio de juego y de socialización que no se ha visto alterado esencialmente por la recepción del discurso de los derechos y del sistema de garantías de las libertades, que fuera inducido externamente por la doctrina del Tribunal Constitucional ya que jueces y tribunales, siguiendo las pautas que establecía la jurisprudencia, se resistieron a reconocer fuerza normativa a la Constitución. Tampoco la importación de un Consejo del poder judicial indujo elementos de franca transformación en ese conjunto de disposiciones que disciplinaban las prácticas profesionales, aunque posiblemente vino a alimentar las fuentes de la (aparente) apoliticidad de los miembros de la carrera judicial. Los nuevos órganos constitucionales, el Consejo y el Tribunal Constitucional, provocaron un sentimiento de privación en los magistrados del Tribunal Supremo –hasta entonces vértice de la jurisdicción y del poder disciplinario sobre las instancias inferiores-, que se resolvió mediante el reconocimiento de un estatuto diferenciado para sus miembros, que ellos negociaron directamente con los grupos parlamentarios, al margen del Consejo.

---

<sup>2</sup> *Habitus* de los jueces, en el sentido que utilizan los sociólogos el concepto elaborado por Pierre Bourdieu, como sistema de disposiciones duraderas que disciplinan las prácticas y las representaciones de los actores del campo jurídico que se convierten en principio generador de otras prácticas; ver una síntesis en *La razón del derecho: entre habitus y campo*, A. García Inda, introducción al libro de Bourdieu *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer 2000.

No se detectan momentos de ruptura o de inversión de valores que hubieran hecho posible la evolución hacia prácticas asociadas a una cultura de la jurisdicción y de la legalidad, a una concepción de la independencia externa e interna entendida y vivida en clave democrática, con espacios de autonomía respecto a la cúpula jurisdiccional y de libertad de criterio frente al superior, una jurisdicción consciente de su relación crítica con la ley y el derecho y de la complejidad de esa vinculación, que propiciase una cultura abierta, plural y deliberativa, presta al servicio del control jurídico del poder público y de los poderes privados.

Si se acepta que los crímenes de la represión franquista pueden ser objeto de persecución penal, para satisfacer el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación –algo que trataremos de justificar-, es imprescindible analizar las causas de la incapacidad del sistema judicial, un sistema heredado de la dictadura, para asumir el deber del estado de no mantener la impunidad de las mas graves violaciones de los derechos humanos cometidas en la historia moderna de España.

### **El prudente retorno de las víctimas de la dictadura**

Desde hace tiempo y de manera silenciosa -la desidia y el desinterés oficial provocan que la información disponible sea fragmentaria y dispersa-, colectivos de familiares han venido excavando fosas comunes para recuperar los restos de los asesinados y reivindicar su nombre. En un pequeño Ayuntamiento del Bierzo se llevó a cabo por primera vez en marzo de 2002 la recogida de muestras biológicas para la identificación de los cadáveres recogidos en una fosa, que había sido localizada dos años antes. En el verano del año 2009, también por primera vez, la juez de instrucción de Benavente ordenaba la apertura de un enterramiento ilegal en Santa María del Tera. Sólo por excepción las autoridades judiciales han intervenido en las tareas de localización e identificación. Los jueces han asumido de forma mayoritaria que no se trata de hechos criminales que requieran de algún tipo de actividad jurisdiccional.

Antes de la promulgación de la ley de reparación de diciembre de 2007, algunos colectivos de la memoria denunciaron ante la Audiencia Nacional las desapariciones, ejecuciones extrajudiciales y apropiación de niños que tuvieron lugar durante la primera y larga fase del ilegal estado que surgió de la insurrección militar, bajo la hipótesis de que constituían crímenes internacionales de lesa humanidad y genocidio, para posibilitar la aplicación del derecho penal internacional y de la legalidad interna. En octubre de 2008 el juez se declaró competente, calificó los hechos como detenciones ilegales en el contexto de crímenes contra la humanidad y puso en marcha una serie de iniciativas, entre ellas la constitución de una comisión de expertos que debería elaborar un mapa de fosas y una base de datos que registrara la identidad de las personas desaparecidas y de los asesinados sin sepultura. La iniciativa motivó que el diario Público titulara en portada “*Franco y sus generales acusados de crímenes contra la humanidad*” sobre la imagen de la primera Junta de defensa de los militares rebeldes. Demasiado. Pocas horas después la decisión era atacada por la Fiscalía, iniciativa que posiblemente debió ser consultada con espacios del gobierno. En diciembre de 2008, la Sala Penal de aquel tribunal acogía las tesis de la acusación pública y archivaba el proceso incipiente -del que ya se había desprendido el juez instructor- bajo la fórmula de la incompetencia, sin señalar sede jurisdiccional en que se pudiera desenvolver la causa. El tiempo ha transcurrido y el Tribunal Supremo ha inadmitido todas y cada una de las pretensiones de las víctimas y de sus colectivos. Incluso, los conflictos planteados por varios jueces

de instrucción que estimaron que la competencia debía fijarse a favor de la Audiencia Nacional –que se tramitan sin posibilidad de intervención de las víctimas personadas en la causa original- han sido suspendidos y pospuestos a la “gran” decisión de si el juez Garzón había prevaricado, bajo la excusa de que la jurisdicción debe analizarse primero; la hipótesis que sustenta la suspensión es devastadora para las expectativas de las víctimas porque anticipa la impunidad definitiva: la jurisdicción española no puede conocer de los crímenes del franquismo porque ya habrían prescrito o se habrían extinguido a consecuencia de la amnistía; cualquier proceso que se abriera sería constitutivo de delito de prevaricación. Es decir, no sólo se impide la investigación, se criminaliza todo acto procesal que atienda a las demandas de las víctimas.

La ley 52/2007, que llevaba un largo título -por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura-, conocida por su denominación abreviada de memoria histórica, ha marcado un hito al proponer elementos de ruptura en el tratamiento institucional del problema. Sin embargo, ha sido desbordada por la realidad al no dar cumplimiento a los requerimientos de la legalidad internacional, que conciernen a todo estado, para investigar los crímenes de guerra, de genocidio y los crímenes contra la humanidad que se hubieren cometido en su territorio, de manera relevante respecto a los desaparecidos y las fosas comunes, ni facilitar a las víctimas el acceso a la justicia y la reparación del daño. Cabe resaltar un dato que evidencia la resistencia de los estados a respetar la legalidad internacional, relevante como factor de explicación del conflicto español, y la hipocresía que significa suscribir tratados sin voluntad de observarlos. El estado asumió en pleno proceso de elaboración de la ley la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 27.10.2008, ya ratificada, que establece el deber de acometer una investigación oficial y eficaz sobre tales hechos; pero, la ley se contentó con privatizar la búsqueda y localización de los desaparecidos. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas advirtió, en las observaciones finales del quinto informe periódico sobre España, que el estado debería derogar la ley de amnistía de 1977, reconocer la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y proceder a la exhumación e identificación de los restos de los desaparecidos.

Entre tanto la suerte del proceso se empieza a jugar también en otras jurisdicciones. El asunto del Arroyo de la Coja en Córdoba, al que luego nos referiremos, ha sido trasladado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tedh). Carmen Negrín, nieta del que fuera Presidente de la República que murió en el exilio, y las asociaciones de la memoria han acudido al mismo Tribunal, bajo la dirección de Joan Garcés, ante lo que consideran indicios claros de la clausura definitiva del proceso y de denegación de justicia<sup>3</sup>. La justicia argentina ha abierto una causa en respuesta a una querrela presentada por familiares de represaliados y conocidos juristas, que la Corte Federal ha justificado en el derecho de las víctimas a una investigación imparcial (el objeto del proceso consiste en “la existencia de un plan sistemático generalizado y deliberado de aterrorizar a los españoles partidarios de la forma representativa de gobierno, a través de su eliminación física, llevado a cabo en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977”; la resolución es de 3.9.2010). No en balde el desenvolvimiento de las causas por crímenes internacionales graves, como

---

<sup>3</sup> La crónica documental del proceso español a los crímenes de la dictadura puede seguirse en la página elaborada por Joan Garcés <http://www.elclarin.cl/fpa/espana.html>.

son los de guerra, genocidio y de lesa humanidad, prototipo de crímenes de estado, suele depender de que los activistas de derechos humanos encuentren una jurisdicción dispuesta a actuar. De esa manera llegaron a nuestros tribunales asuntos relacionados con los crímenes de las dictaduras militares de Argentina y Chile, que impulsaron el fin de la impunidad en dichos países.

### **El estado español y las obligaciones internacionales**

La cuestión de fondo que subyace al debate procesal frustrado y a la causa por prevaricación contra Garzón es la posibilidad de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a los crímenes del franquismo, derecho internacional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. Porque no solo se ha negado la vigencia de esa legalidad, se ha venido a criminalizar una de las posiciones en discordia y por lo tanto a afirmar que no se pueden investigar los crímenes de la dictadura so pena de incurrir en una conducta delictiva. Tales crímenes, si existieron, dicen, prescribieron, es decir durante la dictadura –un razonamiento coherente con la *sucesión de ley a ley*-, cuando no podían ser perseguidos, o fueron objeto de amnistía.

Las obligaciones que el derecho internacional impone al estado responsable de las desapariciones son precisas. Frente a lo que el relato dominante dice -nuestra transición se realizó exitosamente hace ya treinta años- y como consecuencia del principio de continuidad o identidad del estado, al margen de las diferencias radicales entre un estado ilegal e ilegítimo y un estado de derecho, los procesos de transición son irrelevantes para justificar el incumplimiento de los deberes que impone el orden jurídico internacional. Para la protección de las víctimas se establece el deber de hacer cesar la situación antijurídica creada por las desapariciones forzadas y para ello adoptar medidas eficaces, según el principio 22-a de 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”, de fecha 21.3.2006.

La desaparición forzada lleva consigo el ocultamiento de la suerte de la persona, por lo que afecta de modo directo e intenso a su entorno familiar y personal. Como una de las funciones de ese método de represión es dispersar el terror en dicho círculo, el derecho internacional reconoce a familiares y próximos la condición de víctimas (principio 8 del instrumento citado). La sentencia *Velásquez contra Honduras* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29.7.1988, decisión que construyó un nuevo paradigma y relacionó las obligaciones de los estados, expuso con precisión los perfiles de la figura, su carácter sistemático y reiterado, su utilización como técnica destinada a producir la desaparición momentánea o permanente de determinadas personas y una situación generalizada de angustia, inseguridad y temor en su entorno. La inactividad del estado ante la situación de los desaparecidos pudiera significar un trato inhumano y degradante hacia las víctimas, tal y como declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Kurt contra Turquía*, de 25.5.1998, a causa de la incertidumbre, duda y aprensión que había sufrido la demandante durante un prolongado y continuo periodo de tiempo, causa de un severo sufrimiento, por la desaparición de su hijo que era imputable a las autoridades.

Además, se reconoce el derecho a la verdad, que tiene una dimensión colectiva, el derecho inalienable de cada pueblo a conocer su pasado en relación a los crímenes

aberrantes, que se convierte en salvaguarda para evitar su repetición, y que proclama el principio 2 del “Conjunto de principios actualizados para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” (8.2.2005). Y una dimensión personal, en tanto derecho imprescriptible de las víctimas a saber la suerte que corrió la persona desaparecida o que fue asesinada en ejecución extrajudicial (principio 4 de la lucha contra la impunidad).

Como desarrollo y garantía de ese derecho a la verdad surge la obligación estatal de investigar, cuyo fundamento se encuentra en el llamado deber de garantía de los derechos que establece el art 2.3-a del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y que proclama el derecho de las víctimas de violaciones sistemáticas a un recurso judicial efectivo, masivas o genéricas (“toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”). El Pacto, de 1966, entró en vigor en España en julio de 1977, meses antes de la ley de amnistía 46/1977, 15 de octubre, que, por lo tanto, no es compatible con la legalidad internacional que ya formaba parte de nuestro orden jurídico. Tal derecho básico a promover una investigación oficial y eficaz se reitera en la “Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, art. 13, y en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 22.6.2006, art. 3 y 12, suscrita y ratificada por España.

El deber de investigar para satisfacer el derecho a la verdad es más intenso cuando afecta al derecho a la vida. Ha de ser una investigación oficial, por lo tanto sin necesidad de denuncia previa, como señala el art. 12.2 de la Convención internacional sobre desapariciones forzadas. Además, deberá ser efectiva y acometerse sin demora, según declara el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Cedh) y la doctrina del Tedh (casos *McCann contra Reino Unido* y *Seker contra Turquía*). La omisión del estado viola el Convenio, como señala la sentencia *Tanis y otros contra Turquía*. También es un incumplimiento la obstaculización por las autoridades de la investigación, tanto por acción como por omisión (*Kurt contra Turquía*). En supuestos de fosas comunes, por la especial gravedad de los crímenes, se trata de una obligación reforzada, como dijo el Tribunal en el caso *Luluyev y otros contra Rusia*, de 9.11.2006, en relación a las masacres de Chechenia<sup>4</sup>.

La obligación de proveer justicia implicaría, además de la investigación de los crímenes, el enjuiciamiento de los responsables y, en su caso, su condena (principio 19 de la lucha contra la impunidad). Que es consecuencia de la imprescriptibilidad de los delitos, del establecimiento de límites a la amnistía u otras formas de perdón y de la concurrencia de las jurisdicciones nacionales e internacionales en la persecución de los

---

<sup>4</sup> Para una aproximación a la jurisprudencia del Tribunal europeo pueden consultarse los estudios del profesor Rodríguez Arias *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad*, Tirant lo Blanch, 2008, “*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*” y “*La nueva ley de la memoria y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo*”, *Jueces para la Democracia*, n. 60 y 63.

crímenes de derecho internacional (principios 20, 23 y 24 de la lucha contra la impunidad). A ese respecto conviene recordar que la citada “Declaración contra las desapariciones forzadas” proclama que los autores de los crímenes no se beneficiarán de medidas de amnistía antes de ser juzgados (art. 18).

La Convención sobre desapariciones forzadas afirma en su art. 25.4 el interés superior de los niños y su derecho a preservar y recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. ¿De qué otra manera diferente puede el estado colmar dicha obligación de investigar que actuando la justicia penal?

La reparación de las víctimas, que han de ser objeto de un trato humano y respetuoso con su dignidad, exige la indemnización del daño (que no cumplimenta el simple establecimiento de prestaciones, ya que son consecuencia de la comisión de los más graves delitos) y la satisfacción, que conlleva la búsqueda de los desaparecidos y, respecto a las ejecuciones extrajudiciales, de los cadáveres de los asesinados, para identificarlos y devolver sus restos a los familiares, así como la búsqueda de los niños secuestrados, para reintegrarles el nombre y sus relaciones familiares.

### **Crímenes de lesa humanidad imprescriptibles y no amnistiables**

Según la legislación interna e internacional esos hechos de carácter masivo podrían ser considerados como ilícitos en permanente estado de consumación. Ya como detención ilegal con ocultamiento del paradero de la víctima, del art. 166 del código penal, en el contexto de crímenes contra la humanidad según la discutible construcción del Tribunal Supremo en la sentencia del caso Scilingo, ya como crimen contra la humanidad por desaparición forzada del art. 607 bis.2.6º y 9º Cp. Para el derecho internacional se trata de hechos ilícitos permanentes o de carácter continuado. Así lo dicen el art. 3 y el 17 de la “Declaración contra las desapariciones forzadas” (“la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad y entraña las consecuencias previstas en el derecho internacional aplicable”; “todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos”), el art. 8 del Convenio sobre desapariciones forzadas de 2006 (la prescripción, en su caso, deberá contarse “a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito”). Su definición como crimen internacional de desaparición forzada fue recogida en el art. 7.1-i del Estatuto de Roma que instauró la Corte Penal Internacional.

Por ello no parece disparatado considerar que tales crímenes no han prescrito, cuando menos sin haber procedido a su investigación. Porque, según nuestro código penal, en el caso de delitos permanentes los términos de la prescripción no se computarán hasta que se elimine la situación antijurídica (art. 132.1). Los delitos de desaparición forzada tienen una estructura en dos fases, la inicial privación de libertad y desaparición de la persona y la posterior omisión sobre su paradero; en este segundo fragmento del ilícito, por la voluntad del autor se mantiene la situación antijurídica, que no concluye hasta el preciso momento en que se tiene noticia sobre la suerte o el paradero de la víctima, ya por localización de la persona o de su cadáver, ya por la identificación del niño que fuera apropiado. El paso del tiempo incrementa la inmensidad del crimen y el dolor infligido a las víctimas –familiares y entorno personal,

político y social del desaparecido-, pero no debería aceptarse como signo de una suerte fatal y del comienzo de los plazos de prescripción.

La imprescriptibilidad de esos crímenes contra la humanidad, como son las desapariciones forzadas cometidas en un ataque generalizado o sistemático contra la población, es incuestionable. Fue regla consuetudinaria antes de ser recogida en el derecho internacional convencional, así la Convención de Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los de lesa humanidad de noviembre de 1968 (que España no ha ratificado), el Convenio Europeo de 1974 y el art. 17 de la “Declaración contra las desapariciones forzadas” de 1992 (“Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos ya no sean eficaces, se suspenderá la prescripción relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos”). También ha sido recibido en nuestro código penal, art. 131.4.

Precisamente porque las desapariciones forzadas de adultos y de niños siguen en estado de consumación permanente, no podría alzarse como obstáculo insalvable para la investigación la irretroactividad de la ley penal -tégase en cuenta además que los hechos eran delictivos según la legislación vigente entonces, incluso en la ley del estado fascista-, ni la prescripción, porque se desbordarían los límites temporales, toda vez que continúa la situación antijurídica (no dar cuenta del paradero de la persona ni de la identidad del niño). La afirmación de que los delitos habrían prescritos es cuestionable desde varias perspectivas. No solo porque los crímenes internacionales son imprescriptibles, sino porque habría que aceptar -y es mucho desde el plano de los valores- que los crímenes horrendos de la dictadura habrían prescrito durante el dominio del ilegal estado. Algo prohibido por el derecho internacional, pues el art. 8 de la Convención sobre desapariciones forzadas establece la obligación de garantizar un recurso eficaz durante el plazo de la prescripción. Pues bien, en el caso español como se sigue negando el acceso a la justicia y resulta imposible la persecución penal, ese plazo ni siquiera se habría iniciado con la promulgación de la Constitución.

En nuestro sistema de protección de los derechos humanos, que estableció el Convenio Europeo de 1950, se ha convalidado la aplicación del legado de Nuremberg y la condena por tribunales nacionales como crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra de hechos coetáneos a los de la represión franquista, aunque el delito no estuviera recogido en la legislación interna, afirmando el Tribunal Europeo que tales decisiones respetaban el principio de legalidad penal. El paradigma se construye a partir de los conocidos casos *Streletz y otros contra Alemania* de 22.3.2001, *Papon contra Francia* de 15.11.2001 y *Kolk y Kislyiy contra Estonia*, de fecha 17.1.2006. Y ello con base en el art. 7.2 Cedh que establece el contenido del principio de legalidad internacional en su vertiente de requerimiento de ley previa, que no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. En la segunda de esas sentencia el Tribunal razonaba que “la regla de que no pueden ser sujetos a limitación temporal alguna fue establecida ya por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg...incluso si los actos cometidos por los recurrentes pudieron ser considerados como legales por la legislación soviética en su momento, han sido en todo caso calificados por los tribunales de Estonia como constitutivos de crímenes contra la humanidad bajo la ley internacional del momento de su comisión”. A los que habría de añadirse la reciente resolución de la Gran Sala del

Tribunal Europeo en el caso *Kononov contra Letonia* de 17.5.2010 que ha convalidado la condena, con base única y exclusiva en el derecho internacional, de un oficial soviético por crímenes de guerra (ataque contra población civil) ocurridos en 1944, considerando que según la legislación internacional no habían prescrito; ha de advertirse que los Convenios de Ginebra datan de 1949.

Por otro lado, es notorio que las desapariciones forzadas y la sustracción de niños constituían delito en la legislación española de la época; la figura de la detención ilegal era contemplada en el código penal de 1932 y también en el de 1944, tipos penales que deben ser interpretados por mandato del art. 10 de la Constitución según el derecho internacional, es decir de conformidad con la definición que ofrece el art. 2 de la Convención sobre desapariciones forzadas<sup>5</sup>. Luego, existía prohibición, hay tipo penal aplicable y la pena estaba prevista en aquella legislación.

Frente al deber de investigar también se invoca a la amnistía, precisamente el argumento base de la imputación por prevaricación. Sorprende que una ley dictada en respuesta a la demanda de la oposición democrática para que salieran de las cárceles los luchadores por la libertad y se archivaran las causas penales por delitos políticos que perseguían actos de simple ejercicio de derechos y libertades, se erija en norma de reconciliación, perdón y afirmación de impunidad de los autores de los graves crímenes del franquismo. Porque sería como equiparar los crímenes de estado con relevancia internacional, entre ellos los más graves que de modo sistemático y masivo afectaron a la vida de las personas y a su identidad –a los que el derecho internacional niega naturaleza política-, con los ilícitos de quienes resistieron a la barbarie. Porque resulta una relectura negacionista de la historia: la transición se desarrolló bajo la amenaza permanente a un golpe militar; en aquellos momentos se trataba de salir del túnel; la relación de fuerzas no permitía construir un discurso sobre el carácter criminal del franquismo y de quienes retenían el poder en las instituciones y en los aparatos de represión y control, interlocutores en la negociación. Ni reconciliación ni perdón, las víctimas de la violencia del fascismo seguían (siguen) sin reconocimiento ni reparación. Un buen ejemplo de la ausencia de propósito de reconciliación es la afirmación que se hacía en la declaración de motivos del Real decreto-ley del 1976 sobre amnistía: “*la Corona simboliza la voluntad de vivir juntos todos los pueblos e individuos que integran la indisoluble comunidad nacional española. Por ello, es una de sus principales misiones promover la reconciliación de todos los miembros de la Nación, culminando así las diversas medidas legislativas que ya, a partir de la década de los cuarenta, han tendido a superar las diferencias entre los españoles*”. La década de los cuarenta fue escenario de grandes crímenes como la apropiación de niños, hijos de los vencidos.

Aunque dicha ley preconstitucional se propusiera decretar la impunidad de los crímenes de la represión, resultaría contraria a la legalidad internacional. Porque conculcaría el deber de garantía de los derechos humanos, que declaraba el art 2.3 del

---

<sup>5</sup> Esa es la opinión del profesor Paredes Castañón, “*Soluciones, haberlas, haylas: acerca de garantismos falsos y de desconsideraciones verdaderas hacia el derecho internacional de los derechos humanos*” (<http://www.crimenesinternacionales-franquismo-casogarzon.es/2010/05/colaboraciones-jose-manuel-paredes.html>). Dato curioso, la mayoría de los penalistas universitarios han guardado silencio sobre el caso de los crímenes del franquismo.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos, ya entonces integrado en nuestro sistema jurídico, y la obligación de proceder a una investigación oficial, exhaustiva e imparcial, que recoge el art 13 de la “Declaración contra las desapariciones forzadas” y el 3 del Convenio sobre la materia. La amnistía, así entendida, se constituiría en modelo de impunidad de los crímenes contra la humanidad, un hecho ilícito internacional. Así lo ha dicho el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al recordar a España que esos delitos son imprescriptibles y que las amnistías de violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto de derechos civiles y políticos, recomendando la derogación de la ley de 1977 (informe de fecha 27.10.2008). La sentencia del Tribunal Europeo en el caso *Ould Dah contra Francia* de 17.3.2009 – ejercicio de la jurisdicción universal contra un oficial mauritano por torturas sistemáticas que habían sido objeto de una ley de amnistía- declaraba que la amnistía es generalmente incompatible con el deber de los estados de investigar y perseguir los delitos de lesa humanidad.

Tal norma no podría afectar, por principio, a delitos imprescriptibles que se encuentran en estado de permanente consumación, ya que también aquí las conductas omisivas desbordarían temporalmente la ley de amnistía.

Por último, la ley de amnistía es clara y precisa, su aplicación requiere de un proceso penal. Según dice su art. 9, solo caso a caso puede acordarse por los tribunales la amnistía de los delitos<sup>6</sup>. La eficacia de la medida excepcional ha de establecerse en un proceso en el que se hubiere determinado a nivel indiciario un hecho con apariencia criminal y un posible autor. Es decir, la ley no extingue responsabilidad alguna pues exige de la mediación jurisdiccional, al contrario de lo que sostiene la imputación por prevaricación. La afirmación de que los crímenes de la represión se extinguieron por la promulgación de la ley es una interpretación contra el texto del precepto.

### **El desprecio por la legalidad internacional**

Los estados se resisten a aceptar la legalidad internacional. Una legalidad internacional que se ha empezado a construir al margen del consentimiento de los actores estatales. Esa pudiera ser una de las causas que permitan comprender la impunidad de los crímenes de la dictadura, la incapacidad del sistema judicial español para siquiera dialogar con los requerimientos del derecho internacional –no puede olvidarse que los tribunales ejercen una potestad del estado y están, o deberían, estar en condiciones para dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones- y el hecho insólito

---

<sup>6</sup> El texto del art. 9 de la ley 46/1977 dice: “*La aplicación de la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales correspondientes, quienes adoptarán, de acuerdo con las leyes procesales en vigor y con carácter de urgencia, las decisiones pertinentes en cumplimiento de esta ley, cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso y la jurisdicción de que se trate. La decisión se adoptará en el plazo máximo de tres meses, sin perjuicio de los ulteriores recursos, que no tendrán efectos suspensivos. La amnistía se aplicará de oficio o a instancia de parte, con audiencia, en todo caso, del Ministerio Fiscal. La acción para solicitarla será pública.*” Otro argumento para sostener que la medida no estaba directamente pensada para amnistiar los crímenes del franquismo, pues hubiera provocado la apertura de procesos por dichos delitos.

de la persecución penal del juez que intentara proceder sobre ciertas conductas criminales de los agentes del terror franquista.

El jurista nacional se forma y vive de espaldas a la legalidad internacional, un ordenamiento que se presenta como lejano, de dudosa eficacia y próximo a la política. Sin embargo, el potencial simbólico de los derechos humanos -enunciados como universales desde las primeras declaraciones, cuando eran cualquier cosa menos universales porque de su disfrute estaban excluidos la inmensa mayoría de personas y colectivos- ha provocado grandes transformaciones en los últimos tiempos. Porque los derechos son universales, indivisibles e interdependientes, políticos y civiles, económicos, sociales y culturales, todos ellos se sustentan en la dignidad de la persona y requieren de un respeto universal. Lo que quiere decir que obligan a los estados, se sitúan por encima de ellos, como declaraba la Carta fundacional de Naciones Unidas. Esa constatación ha de tener una influencia en la soberanía de los estados: como están obligados a promover y respetar los derechos humanos, la legalidad internacional no puede depender exclusivamente de su voluntad. Se ha desarrollado un proceso de internacionalización de los derechos humanos, que han venido a limitar al poder de los estados, lo que origina necesariamente una fuente de tensión.

Uno de los cambios perceptibles en el derecho internacional ha afectado por extensión a la esfera de la subjetividad. En la esfera universal ya no solo operan los estados, antes actores exclusivos que se relacionaban bajo la regla de mutuo reconocimiento y no injerencia; también concurren las personas, las organizaciones internacionales, las corporaciones transnacionales y las asociaciones sociales organizadas en red. Y los derechos humanos universales son oponibles frente a todos. Así, ha surgido una concepción nueva del orden internacional que habla de la humanidad como sujeto, de un patrimonio común de la humanidad y de una constitución mundial. La regulación internacional de los derechos humanos tiene una alta densidad, como evidencia la Carta de Naciones Unidas, los Pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, la Convención contra el genocidio, los Convenios de Ginebra –que regulan los conflictos armados y configuran el derecho internacional humanitario- y el resto de los tratados básicos en la materia, entre ellos el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el Acuerdo sobre relaciones diplomáticas y la Convención sobre derechos del mar. Es posible, por esa razón, hablar de una constitución global o de un derecho constitucional de la comunidad internacional, que enuncia reglas precisas que prohíben desde el uso de la fuerza a la causación de graves daños medioambientales<sup>7</sup>. A su lado coexiste el *ius cogens*, el derecho internacional imperativo, que define el art. 53 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados como la norma aceptada y reconocida por la Comunidad internacional que no admite acuerdo en contrario. Como consecuencia sería nulo un tratado que vulnerara la prohibición absoluta de la tortura.

Todo estado se encuentra obligado a integrar en su derecho interno las prescripciones del derecho internacional. La relatividad y descentralización del derecho internacional, su evolución constante –las normas surgen como *soft law* antes de decantarse como derecho en sentido fuerte- o la pluralidad de sus fuentes, son rasgos que no justifican su desconocimiento ni su consciente incumplimiento. A pesar de la

---

<sup>7</sup> *La constitucionalización de la Comunidad Internacional*, A. Peters, M. J. Aznar e I. Gutiérrez (editores), Tirant lo blanch 2010.

perplejidad del jurista habituado a operar con un orden tan formalizado como es el derecho penal nacional, en la legalidad internacional conviven normas de *ius cogens* y normas consuetudinarias obligatorias que interactúan con otras de carácter convencional; de suerte que un tratado no suscrito por un estado puede, sin embargo, obligarle, como ocurre con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en la medida que codifica normas consuetudinarias y reordena otras de carácter convencional, por ejemplo en la definición y tipificación de los crímenes de guerra, de genocidio y de lesa humanidad, fenómeno desconcertante pero común en el derecho internacional de los derechos humanos.

El estado no puede elaborar normas contrarias al derecho internacional. La legislación interna es irrelevante para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales. De lo que podría derivarse la responsabilidad internacional del estado español -al margen de la responsabilidad individual de los que participaron en la ejecución de los crímenes- por el incumplimiento de los deberes de garantía de los derechos humanos y de la obligación de investigar hechos tan graves como la desaparición forzada de adultos y de niños, cometidas con carácter sistemático, por desentenderse del compromiso de averiguar su paradero y destino, de recuperar los restos de los que fueron asesinados y de reparar a las víctimas.

En suma, nos enfrentamos, algo apreciable desde la cultura crítica que se reconoce en la tradición emancipatoria, a nuevos conceptos que pretenden configurar un orden internacional por encima de los estados, al margen de su consentimiento y voluntad. La irrupción de procesos de exigencia de responsabilidad penal por crímenes internacionales, la aplicación por el juez nacional del derecho internacional y su integración efectiva en el ordenamiento interno, suponen el fortalecimiento del estado de derecho y de la separación de poderes, la construcción de una esfera pública internacional más decente. Es en esa línea -desactivada en España con la reforma de la jurisdicción universal y la persecución penal contra el juez Garzón- que el juez nacional otorga sentido y refuerza la legalidad internacional basada en los derechos humanos. No es difícil identificar ahí un programa para el desenvolvimiento de los derechos individuales y colectivos, entre ellos el patrimonio común de la humanidad -el suelo oceánico y las áreas comunes de la Luna, el espacio exterior y la Antártida- que cuestiona los principios básicos del paradigma dominante sustentado en la propiedad y la soberanía, al plantear la propiedad global de la humanidad, el aprovechamiento común, la no apropiación, la administración por todos los pueblos y la conservación para las generaciones futuras, una suerte de espacialidad jurídica universal transtemporal<sup>8</sup>. Además, representa una expansión del derecho y traslada la lógica y el discurso del estado constitucional de derecho a la esfera global.

### **Prevaricación y crímenes de la represión**

---

<sup>8</sup> La estrategia contra-hegemónica es formulación del filósofo del derecho B. de Sousa Santos, que respecto al derecho internacional ha desarrollado José Manuel Pureza en *Usos contrahegemónicos, defensivos y de oposición del derecho internacional: de la Corte Penal Internacional a la herencia común de la humanidad*, en el libro editado por aquel y Rodríguez Garavito *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthropos 2007, p. 240 y siguientes.

No resulta fácil admitir, a partir de esas premisas, que se haya criminalizado tal manera de razonar que el juez pretendió aplicar en el proceso (fracasado) sobre los grandes crímenes de la dictadura, la secuencia delictiva más intensa y extensa ocurrida en nuestra historia contemporánea que no se registra en ninguna estadística moral –algo habitual cuando se habla de genocidios, crímenes de guerra o contra la humanidad. Porque una cosa es discutir o no aceptar ese discurso, minoritario en nuestros ambientes jurídicos y políticos, y otra bien distinta proscribirlo como delictivo. Porque la criminalización de una interpretación minoritaria viene a establecer un límite penal incompatible con la labor del juez en un estado de derecho. La prevaricación opera fuera de los márgenes en que se desenvuelve la interpretación del derecho y de la ley, que requiere de libertad de pensamiento, de posibilidad de disenso y de contradicción; es por ello que el delito de prevaricación no puede utilizarse para disciplinar al personal judicial, ni para impedir el debate y la deliberación, ni para imponer el consenso, so pena de cuestionar la misma independencia que tiene una dimensión interna.

El auto de 7 de abril de 2010 del juez instructor del Tribunal Supremo que denegó el archivo solicitado por la defensa de Garzón contenía opiniones de fuerte calado sobre la actividad judicial. *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional no es el ámbito propio de la teorización”*, decía la resolución ofreciendo un programa de falso positivismo que reduce la tarea del intérprete a *“la recta aplicación de la ley vigente”*, *“la razón de ser, la única, de la independencia del juzgador en una sociedad democrática”*. Un programa con un preciso reparto de papeles que excluye a los jueces de la promoción de la justicia y de los derechos humanos, terreno de la política: *“Quienes consigan la mayoría parlamentaria suficiente al efecto bien tienen a su alcance hacer efectivos aquellos anhelos de justicia promoviendo y aprobando las oportunas modificaciones legislativas. Esta es su responsabilidad que no puede transmitirse, desde su pasividad, al juez penal”*. Se proyecta de ese modo una imagen y un modelo de juez sumiso a la jerarquía burocrática, una especie de mecánico ajustador de la ley según el recetario interpretativo del vértice de la pirámide judicial. Lo que requiere de la utilización de ficciones desgastadas y de groseras reducciones del concepto de derecho al de ley vigente, bajo una concepción formal de la ley sin la sustancia y legitimidad de los derechos. Prohibiendo así que el juez cuestione la norma como si no tuviera la obligación de enjuiciar la constitucionalidad de la ley –dado que el legislador debe observar el orden de valores recogido en la Constitución, la validez de la ley, subordinada al derecho y a los derechos humanos, depende de que respete las garantías establecidas para su protección. Aceptando falsificaciones como las de la completud y suficiencia de la ley y operando como si el lenguaje no necesitara de mediaciones, como si la comprensión del texto no demandara reflexión y análisis y como si el trabajo de interpretación no significara, cuando menos, una reelaboración. Un modelo de juez éste que ha hecho posible que la misma burocracia sirva a poderes políticos diversos, al margen de su condición democrática y del respeto a los derechos humanos, como evidencia el caso francés y la magistratura de Vichy, un aparato de jueces conformado sobre valores y representaciones similares sobre el mandato de vinculación a la ley y no a los derechos fundamentales.

Como un ejercicio de retorno al pasado, se invocan unas imágenes recurrentes en el *habitus* profesional de la magistratura del franquismo –refundada a partir de los esquemas y valores de la organización de un aparato funcional de jueces que se decantó históricamente en el período de la Restauración-, que representan el apoliticismo y la neutralidad, las imágenes del fiel intérprete y aplicador de la ley con

total subordinación al mandato del legislador y al criterio de la jurisprudencia. “Al margen de cualquier otra posible valoración extrajurídica, concerniente a la entraña política de la cuestión, en que no sería dado incidir en virtud de la posición abstencionista sabiamente prescrita al efecto a los Tribunales de Justicia por su normativa institucional orgánica”, que afirmaba el Tribunal Supremo del franquismo<sup>9</sup>. Y reiteraba como lugar común: la aplicación de la ley era una tarea mecánica y formal, exclusivamente exegética y no ideológica, sin que los jueces debieran “*entrar en disquisiciones dogmáticas y mucho menos en dogmatismo extrajurídicos*” (sentencia 107/1973, de la Sala de lo contencioso del TS). Declaraciones que no han de entenderse como un síntoma de incipiente separación de la potestad de los jueces respecto al gobierno en el último franquismo, sino de sumisión acrítica al poder, como demuestra que durante la dictadura de Primo también se reivindicara la independencia, aunque como excusa para depurar a los jueces<sup>10</sup>. Rasgo constitutivo de la burocracia estatal del fascismo español -que a diferencia del nazismo y del fascismo italiano no requería a sus funcionarios militancia en el partido único- es la exigencia de un falso apoliticismo, que significaba al tiempo desprecio por la cultura de la democracia y de la legalidad y plena adhesión ideológica y religiosa al sistema<sup>11</sup>. Ecos de una retórica que encuentra sus orígenes en el liberalismo moderado del diecinueve, cuando los jueces eran nombrados por el poder de turno; una Circular del Ministro de Justicia Alonso, de mayo de 1841, decía: “*El magistrado y el juez deben ser tan impasibles como la ley misma: el poder que ejercen sólo lo tienen por ella; con la ley lo pueden todo, sin ella nada absolutamente; no son, en fin, ni deben ser más que órganos de la ley, seres impasibles de cuyos labios salga única y exclusivamente las disposiciones y hasta las palabras de la ley sin tergiversación alguna*”<sup>12</sup>. Son imágenes que se repiten en el medio, una y otra vez, con vocación de trascender el contexto histórico y político.

La persistencia de la ficción de la vinculación exclusiva a la ley, aunque forme parte de los valores y representaciones de la subcultura profesional del juez –un mecanismo fabuloso de desresponsabilización–, es un anacronismo. No solo por las transformaciones que ha sufrido la forma ley y por su subordinación a la Constitución y al derecho, sometimiento que deben garantizar los tribunales como instancia de control –al margen de que el rechazo de la ley sea monopolio del Tribunal Constitucional. También porque toda interpretación significa desarrollo de la norma cuando no, según los casos, creación de una nueva. Y porque habitamos un orden jurídico plural y en evolución que se caracteriza por la superposición de normas y de jurisdicciones. He ahí la concurrencia de normas jurídicas nacionales, regionales y mundiales, interestatales y supranacionales, muchas de ellas con un carácter no vinculante, como las denominadas bajo la categoría de *soft law*, así las recomendaciones y los dictámenes, incluso las decisiones marco hasta que se trasponen, todas ellas en el ordenamiento comunitario. Y

---

<sup>9</sup> Las citas de sentencias de la Sala penal del Tribunal Supremo se toman de Francisco Bastida en *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Ariel 1986, p. 15, un ensayo desconocido en la magistratura.

<sup>10</sup> El decreto 2.10.1923 que creó una Junta de Depuración se justificó en la necesidad de que la independencia fuera “una realidad viva”, la independencia como relato. *El status del poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Miguel Ángel Aparicio, Universitat de Barcelona 1995, p.154.

<sup>11</sup> *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Mónica Lanero Táboas, Centro de estudios políticos y constitucionales 1996, p. 262.

<sup>12</sup> *El status del poder judicial*, citada, p. 71.

la superposición de diferentes jurisdicciones, nacionales, regionales e internacionales, también las locales con competencia extendida para la persecución universal de ciertos crímenes. Esa suerte de mundialización de los jueces nacionales, de la que aparece como caso emblemático el asunto Pinochet, fue una de las palancas de la globalización del derecho. Derecho que se desenvuelve hacia un sistema interactivo, complicado e inestable que ciertos observadores tratan de describir con la metáfora organizativa de la red, frente a la vieja pirámide que expresaba al orden jurídico nacional, con sus fuentes precisas y jerarquizadas. El Estado ha perdido la exclusividad de la producción legislativa, en el orden global habitan una pluralidad de actores, públicos y privados. Pareciera que asistimos a una internacionalización del derecho en espacios y ámbitos diversos, como advierte la profesora Delmas-Marty<sup>13</sup>.

Síntoma de una cultura dominante acrítica que dispersa y sustenta la sumisión a las pautas de los órganos superiores, aquellas afirmaciones sobre la prevaricación y el trabajo del juez no han generado un rechazo entre las gentes de la jurisdicción. La baja politicidad es uno de los elementos constituyentes de la magistratura en nuestros sistemas. La cultura gremial de los jueces hunde sus raíces en la alegada y falsa neutralidad política, que encubría precisamente durante la dictadura franquista el sometimiento de los funcionarios a un poder político despótico. La especialización de las tareas más sucias de la represión en los tribunales de excepción, los órganos de la jurisdicción militar y los de orden público, permitía que el mito de la independencia pudiera expresarse como elemento simbólico de aquella burocracia. Recuérdese la recomendación que el dictador dirigía a sus ministros, “haga como yo, no se meta en política” (por cierto, manifestando una buena comprensión del lugar de la política como el del cuestionamiento de lo instituido). La ley orgánica del estado de 1967, un remedo de constitución del franquismo, enunciaba en su art. 29 que la justicia “gozará” de completa independencia y que sería administrada en nombre del Jefe del estado y de acuerdo con las leyes por jueces y magistrados independientes, inamovibles y responsables. Las continuidades son evidentes. Frente a la ideología del erial se alzó la crítica de la organización antifranquista Justicia democrática, que no pudo revertir los valores culturales de una magistratura que se refundó a sí misma en el sistema democrático alrededor del mito de la neutralidad y de la independencia en clave burocrática.

Es un dato presente en otros sistemas. El aparato judicial de la Tercera República francesa sirvió al régimen de Vichy de manera presta: los jueces, al parecer sin excepción, reconocieron la nueva legalidad, juraron fidelidad a Pétain y aplicaron con “rectitud” la legislación de excepción, incluso las bárbaras normas contra los judíos. La explicación de tamaña traición a la razón jurídica se ha de encontrar en las

---

<sup>13</sup> *Estudios jurídicos comparados e internacionalización del derecho*, Revista Penal, n.15, p. 47. La importancia del juez interno en el desarrollo del *ius cogens* –aquí para privar a los estados criminales del privilegio de la inmunidad- ha sido enfatizada a partir de los casos *Ferrini* de la Corte de Casación de Italia, un asunto pionero promovido por una persona que había sido deportada y sometida a trabajo forzado por las autoridades nazis, y el de la *Prefectura de Voiota* del Tribunal Supremo de Grecia (4.5.2000) en relación a los crímenes de guerra cometidos en la villa de Distomo durante la ocupación alemana; ver Cebada Romero *El derecho internacional al servicio de una transformación democrática global*, en *Cultura de la legalidad*, Villoria Mendieta y Vences Simon (editores), Catarata 2010, p. 107.

disposiciones y representaciones que configuraban aquel aparato burocrático y le predisponían a adaptarse y servir a la (peor) política: el respeto y la sumisión a la ley en sentido formal, que permite una neutralidad a resguardo de ésta al margen de su legitimidad, la concepción de la interpretación como tarea modesta y sencilla –una suerte de estrategia de supervivencia y de inocencia o irresponsabilidad, según las demandas tradicionales de la (mala) política- y la presentación como un cuerpo técnico de funcionarios. Pero la clave de cierre era la tradicional prohibición de juzgar la ley, cuya validez era territorio vedado al juez. Como escribiera en sus memorias un alto magistrado, que se había desempeñado bajo Vichy, “*la vida intelectual (de los jueces) es de una sumisión total y constante a la ley*”<sup>14</sup>. El modelo español fue elaborado bajo la influencia del sistema político vecino, de ahí que las experiencias puedan compartirse.

### **La politización de la independencia y la posición del juez**

La corrupción pública y el crimen organizado han planteado un grave problema a los jueces: les ha hecho visibles. Ese nuevo protagonismo en la esfera pública, un fenómeno que emergió en los años noventa, ha distorsionado los valores fundantes de neutralidad y apoliticidad. También se ha puesto de manifiesto la ineficacia y la falta de preparación del sistema judicial para perseguir los crímenes de los poderosos y, al tiempo, la escandalosa falta de voluntad política para poner coto a la corrupción.

El fenómeno de la politización de la justicia, y la misma presencia mediática de los jueces, surgió en el momento que éstos se confrontaron en serio con los otros poderes públicos, y necesariamente con los poderes privados, a consecuencia de la lucha contra la corrupción. En la década anterior la magistratura italiana –que aprendió de la cultura de las garantías que la función jurisdiccional tiene en el estado constitucional de derecho una misión de control del poder y debe intentar su sometimiento al derecho-, ejemplificó la aventura de limitar los abusos del poder, situando como prioridad en la agenda de los políticos, un efecto no querido, la necesidad de neutralizar al sistema judicial. La persecución de la corrupción pública ha politizado la cuestión de la independencia y forzado el replanteamiento de la legitimidad de los jueces. Entre nosotros el caso Gürtel, sus antecedentes se denominaron Filesa y Naseiro, ha generado una campaña de acoso a ciertos jueces mediante su deslegitimación, buen ejemplo de los ataques a la independencia que se ponen en marcha como respuesta ante el activismo judicial.

El dilema está planteado, aunque posiblemente no de manera explícita en la subcultura de una magistratura poco habituada a reflexionar sobre la función jurisdiccional y el poder. Paradoja del presente, la justicia y sus profesionales que se constituyeron sobre la aparente apoliticidad y la neutralidad legalista se ven arrastrados al espacio de la confrontación político partidista, donde se propone como problema la (i)legitimidad de los jueces. Una vieja querrela. El mensaje es claro, se articula al fragor de los casos de corrupción pública y de los crímenes de estado, como fueron los del franquismo. Si los jueces no respetan las inmunidades del poder pueden comprometer su independencia, fuente de privilegios.

---

<sup>14</sup> *Une exception ordinaire. La magistrature en France, 1930-1950*, Alain Bancaud, Gallimard 2002, p. 186 y siguientes para la descripción del *habitus* profesional y el intento de explicación de la servidumbre del aparato judicial al poder de Vichy durante la ocupación alemana.

Alguna conexión nos atreveríamos a establecer con el desarrollo de nuestra transición a la democracia: la impunidad de los crímenes de la represión era coherente con uno de los principios del sistema franquista, el respeto a las inmunidades de los agentes del poder político y económico. Los jueces fueron excluidos, pareciera que para siempre, del control de las graves violaciones de los derechos humanos que se cometieron durante casi cuarenta años, afirmando de ese modo una cultura jurídica autoritaria, como la califica el profesor Santos, cultura que se sustenta en las inmunidades de hecho y de derecho que garantizan la impunidad de los delitos de los poderosos bajo la fórmula de la persecución y condena exclusiva hacia abajo, de los ilícitos de los pobres y de los subalternos<sup>15</sup>.

Y la impunidad de los poderosos se convierte en un ejercicio de pedagogía que interioriza pautas de comportamiento en el mundo de las representaciones profesionales del juez. El caso del golpe de estado del 23 de febrero de 1981 y la respuesta judicial precaria –en plena democracia- es un ejemplo de la pervivencia de las prácticas de la impunidad y de las jurisdicciones de excepción vigentes en el pasado inmediato.

La defensa de la independencia en el seno de la magistratura se sigue haciendo, en la perspectiva dominante, desde una posición de falsa neutralidad, es decir en clave corporativa, como privilegio de casta. La consolidación de valores democráticos en el interior de la cultura jurisdiccional, que permita comprender la independencia como medio al servicio de la garantía de los derechos y del control de los abusos del poder, es una cuestión capital para la evolución y supervivencia del sistema democrático frente a los peligros que plantean la privatización y la corrupción sistemática. Es una batalla política, de la política del derecho, que la izquierda judicial no ha sabido enfrentar. En la persecución contra el juez Garzón se ha justificado la independencia exclusivamente en el servicio a la “ley vigente” –en clara referencia a la ley de amnistía concebida como norma de impunidad de los más graves crímenes de nuestra historia reciente, incluso sin mediación judicial-, despreciando, peor, criminalizando, que se podía y se debía hacer un juicio constitucional a dicha ley para verificar su (in)compatibilidad con el respeto de los derechos humanos.

### **Intentando explicar la excepción española**

Hemos avanzado algunas claves para construir el problema. La baja politicidad del juez y su aparente neutralidad, su *habitus* profesional que le predispone a servir a la política bajo la fórmula de la ley vigente, la resistencia del estado a abrirse al derecho internacional, la formación del jurista todavía de espaldas a la legalidad supranacional y a las formas e instituciones de un derecho líquido, son algunos indicadores que pudieran explicar el proceso por prevaricación seguido contra el juez Garzón y la escasa reacción crítica que ha provocado en la magistratura. Porque el discurso que sostenía la posibilidad de iniciar una investigación sobre los crímenes de la dictadura que permitiera dar satisfacción a las víctimas era plausible –como hemos tratado de defender-, aunque minoritario, porque la persecución por prevaricación contra el juez compromete valores básicos de la jurisdicción en un estado democrático de derecho,

---

<sup>15</sup> *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Boaventura de Sousa Santos, Trotta 2009, p. 105 y 107 para la impunidad, p. 81 y siguientes sobre la politización de la justicia.

debe haber otras causas concurrentes. Otras causas que nos ayuden a explicar el desprecio de las víctimas de la dictadura que manifiesta la falta de respuesta institucional y que revela la convivencia con esos signos y restos de la barbarie – barbarie que se niega, claro está- que son las fosas comunes, los enterramientos clandestinos y los desaparecidos.

Sin duda la resistencia a reconocer el alcance de la represión franquista tiene que ver con la dieta infame que significó una larga dictadura que impuso su dominación por el terror hasta el final. Hoy en día periodistas e intelectuales banalizan o minusvaloran la tragedia de la violencia del estado; hace poco un escritor y académico se despachaba en *El País* argumentando que Franco –al que no defendía- había matado menos que Hitler (el mismo día que el periódico traía un artículo desacreditando al poeta Alberti, que padeció largo exilio, y ensalzando en la sección necrológica a un jefe de la propaganda fascista). Es por ello que aportaciones como la de Mariano Sánchez Soler describiendo *La transición sangrienta* y registrando la muerte de más de seiscientas personas durante ese periodo “modélico”, no resulta todavía digerible<sup>16</sup>.

La izquierda política presente en las instituciones no fue capaz de comprender la importancia del pasado y de la memoria como espacio de lucha cultural, abandonó el ejercicio de memoria –en su caso reivindicando la memoria proscrita-, incluso se llegó a deslegitimar a quienes recordaban la infamia del franquismo. Y el pasado está colmado de sentido. Aquí y en todos lados se ha utilizado para justificar la opresión y el dominio. Es un fenómeno conocido la apropiación del pasado por los poderosos, por los vencedores; ejemplo de ello es el relato histórico construido por el franquismo y la expropiación de la memoria de los vencidos, los defensores de la legalidad republicana y los que resistieron a la tiranía posteriormente, que sigue siendo entre nosotros una memoria herida. Cuando en el pasado reciente habitan hechos traumáticos nos encontramos en un lugar de conflicto político-cultural, en el que conviven con violencia diversas memorias, ante un pasado que no pasa, que permanece, que ocupa el presente y condiciona el futuro.

Se está ventilando un enfrentamiento entre, de un lado, la memoria de los vencedores, de la que son portadores, aunque lo nieguen, quienes se sienten próximos a -o sucesores de- quienes se levantaron con las armas contra la legalidad -hecho fundante que siguen reivindicando como justo-, y de quienes se beneficiaron del crimen y de la dictadura, y, de otro lado, la memoria de los vencidos, que no sólo fueron derrotados sino también perseguidos, aterrorizados y obligados a callar mientras aquellos detentaron el poder. El silencio injusto, en muchos casos en forma de indiferencia, ante el sufrimiento de los que defendieron la legalidad democrática continuó durante la democracia. Las memorias de los derrotados y de quienes resistieron a la dictadura son el modelo de una memoria reprimida pero latente, que ahora, surgiendo desde los márgenes, ha ganado espacios en la esfera pública, reclama justicia y se enfrenta a la imposición de olvido.

El triunfo de la memoria de los vencedores se manifiesta de manera precisa en un hecho: el relato oficial del franquismo sobre la historia reciente fue asumido por

---

<sup>16</sup> El subtítulo del libro es *Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)*, Península 2010. Su lectura permite comprobar el impacto de la propaganda de los medios de comunicación en la imposición de un relato oficial.

buena parte de la sociedad, fenómeno que se explica por las continuidades que propició la forma de sucesión del Estado fascista al Estado constitucional y la hegemonía de los “reformistas” del franquismo. Ese relato, todavía dominante, se basa en la asociación de ideas en la reconstrucción del pasado: república igual a caos, guerra y enfrentamiento fratricida, dictadura como orden autoritario, monarquía parlamentaria junto a progreso y prosperidad. Ocultando, con la intención de absolver a los verdugos, datos básicos de la secuencia histórica: que existía una legalidad democrática, que se verificó una rebelión militar, que la dictadura fue un orden injusto e ilegal en el que se cometieron crímenes sistemáticos y masivos contra los derechos humanos.

Desgraciadamente ello ha provocado que los jóvenes ignoren el horror de la dictadura y asuman el relato oficial del franquismo. Hasta hace poco el patio de armas de la academia de oficiales del ejército estaba dominado por la estatua ecuestre del dictador. ¿Qué se ha enseñado en las escuelas sobre la guerra civil y el franquismo?, ¿qué han aprendido jueces, fiscales y policías acerca de ese pasado?

Los jueces no pueden ser ajenos a ese conflicto, son portadores de memorias personales y, según parece, se identifican en su mayoría con una de las memorias colectivas en conflicto. Un ejemplo, el auto de 3.2.2010 del juez instructor del Tribunal Supremo que imputaba delito de prevaricación a Garzón argumentaba que *“no es razonable pensar que nos encontraríamos ante una especie de conspiración de silencio (ante los crímenes del franquismo) de la que serían protagonistas todos quienes le precedieron en el escalafón judicial y en el del Ministerio Fiscal”*. Otro ejemplo, el auto de 23.4.2010 de la Sala Especial del Tribunal Supremo que inadmitía a trámite, por abuso de derecho, la recusación formulada contra los magistrados que habían jurado lealtad al Caudillo y a los Principios fundamentales del Movimiento nacional exponía que *“la transición, en términos puramente legislativos, se produjo de forma pacífica, “de la Ley a la Ley”, por el camino de la Ley para la Reforma Política”*. En el recurso de súplica, la representación de las víctimas contestaba con rigor: *“Esta frase es de D. Torcuato Fernández Miranda, alto dignatario del Movimiento Nacional. No podemos seguir a la Sala por este camino. La causa de pedir del incidente no es “la transición” ni “el proceso constituyente” sino una cuestión estrictamente jurídica que reposa en la doctrina del TEDH”*.

Los funcionarios de la carrera judicial se han formado en los valores tradicionales de la corporación: independencia burocrática, separación, neutralidad, dependencia jerárquica y acrítico sometimiento a la ley (según el prontuario de la jurisprudencia). Que conforman las disposiciones y representaciones de la profesión de juez y generan prácticas adecuadas a dichos valores. Los mecanismos de selección de jueces y fiscales, una oposición y un periodo de escuela –la oposición fue instaurada por la Ley orgánica provisional del poder judicial de 1870, que singularmente sobrevivió a los cambios políticos ya que no fue reemplazada hasta 1985-, fueron creados por ley de 26.5.1944; el diseño de los contenidos de la escuela judicial que hizo el reglamento de noviembre de 1945 es similar al que se emplea actualmente. Ese sistema que empezó a funcionar a partir de 1950, oposición mas escuela, permitía configurar la apariencia de apoliticidad frente a la recluta del personal por méritos de guerra que se venía practicando. La promoción de 1952 fue la primera de una larga secuencia que llega hasta hoy. La escuela de Barcelona, a pesar de que fuera instaurada de nuevo bajo la dependencia del Consejo General del Poder Judicial en los años noventa, es continuación de aquella –con las adaptaciones necesarias al paso del tiempo-, hasta el

punto de que allí se encuentra ahora la sesenta y una promoción de jueces. En las aulas de la vieja escuela de Madrid, gestionada por el Ministerio de Justicia, estudian los integrantes de la cincuenta promoción de fiscales. Nadie ha sentido la necesidad de borrar las trazas o huellas que permiten remontar hasta el espacio de la barbarie. El sistema de selección, entonces y ahora, se complementa con la figura del preparador, un profesional en activo de la carrera judicial o fiscal, que opera en un espacio privado y clandestino, pero que funciona como poderoso transmisor de valores. Hay que integrar otro dato para facilitar el análisis, la alta endogamia de los funcionarios de los cuerpos de juez y de fiscal, donde es común ser hijo, sobrino, nieto, hermano, cónyuge o novio de otro par. Muchos de los mayores de la carrera judicial proceden de familias de militares, jueces y otros funcionarios del franquismo. La endogamia y el preparador de la oposición son las palancas de una fabulosa reproducción de las disposiciones y de los valores que organizan la profesión.

Y si nos ponemos estupendos, cómo no reconocer el origen de las instituciones, los lugares, las disposiciones y las representaciones que forman parte de la subcultura de la corporación judicial. El mismo Tribunal Supremo se fundó en septiembre de 1938 en Vitoria, una institución que nació de la ilegalidad del golpe de estado; el 14 de octubre siguiente tomaron posesión los primeros magistrados con Felipe Clemente de Diego como presidente y el 1 de abril de 1939 empezó a actuar bajo la declaración de sumisión al dictador (*“Al comenzar el funcionamiento de este Tribunal ruégole haga llegar a SE inquebrantable adhesión todo su personal dispuesto sin omisión sacrificio a encauzar la justicia que necesita la renaciente España y patrocina su caudillo”*, texto del telegrama remitido por las autoridades judiciales). Mientras, el Tribunal Supremo de la legalidad democrática había desaparecido en Barcelona, cuando el 20 de enero su presidente Mariano Gómez abandonaba España hacia el exilio para no regresar<sup>17</sup>.

Las continuidades del pasado son notorias aunque el gremio se sienta molesto ante ejercicios provocativos, por inusuales, de memoria. Resulta imposible acomodarse a un orden jurídico sin líneas de ruptura entre la dictadura y la democracia y no sucumbir a la conformidad con ciertos valores fundantes, aunque hayan sido objeto de revisión. La Constitución no derogó la legalidad excepcional del fascismo, indicador de la relación de fuerzas de la “modélica” transición; de tal manera que hasta la ley 52/2007 hemos convivido con esa normativa criminal, pues solo entonces se ha depurado el sistema de la execrancia de los bandos de guerra de los militares golpistas de 28 de julio y de 31 de agosto de 1936, del decreto del general Franco de 1 de noviembre de 1936, de las leyes de seguridad del estado de 1940 y de reforma del código penal de 1941, del decreto-ley de 1947 sobre rebelión militar, bandidaje y terrorismo, y de las que crearon los infames Tribunales de responsabilidades políticas,

---

<sup>17</sup> Aquel buen jurista y digno ciudadano murió en Buenos Aires en 1951. Para quien quiera conocer los esfuerzos que desarrolló para que la República cercada recuperara la legalidad puede leer su biografía en *Al servicio de la Justicia y de la República*, Pedro-Pablo Miralles Sangro, Dilex 2010 y en *Una historia sin justicia. Cátedra, política y magistratura en la vida de Mariano Gómez*, Pascual Marzal Rodríguez, Universidad de Valencia 2009. Su memoria está todavía por reivindicar como la de otros funcionarios leales que fueron asesinados tras ser condenados por auxilio a la rebelión, entre ellos los magistrados del Tribunal Supremo Francisco Javier Elola y Díaz Varela y Fernando Berenguer de las Cagigas, quienes junto al general auditor Pedro Rodríguez Gómez fueron ejecutados el 12 de mayo de 1939 en el Campo de la Bota.

de represión de la masonería y el comunismo y de orden público. Constatación que no merece comentarios. La ley “contra” la prensa de 1966 sigue en vigor, con ciertos, imprescindibles, ajustes; la norma que disciplina el derecho de huelga de los trabajadores y los servicios mínimos es de marzo de 1977 –aunque fuera depurada por el Tribunal Constitucional en 1981–, todavía bajo la dictadura, que no terminó la madrugada de la muerte en la cama del dictador, frente a lo que nos quieren hacer creer.

¿Qué decir de las sentencias de los tribunales de excepción que siguen en los repertorios de jurisprudencia como actos del derecho, cuando deberían ser considerados actos de la barbarie, si no crímenes de guerra?<sup>18</sup>. Entre otras muchas cabe citar la decisión que en 1963 condenara a Julián Grimau, dirigente comunista asesinado tras ser sentenciado a pena de muerte, que la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (otra excepción que ayuda a comprender las continuidades técnicas del pasado) en su sentencia 626/1990, de 30 de enero, se negó a revisar con base en el concepto inadmisibles de una supuesta “*normalidad jurídica*”, frente al hecho incontestable de que el comandante auditor que intervino como ponente en el consejo de guerra, único jurista del tribunal, no era licenciado en derecho, titulación que requería el Código de justicia militar (era al tiempo procurador en Cortes, había intervenido como fiscal o vocal ponente en unas cuatro mil causas, entre ellas en mil condenas a muerte)<sup>19</sup>. La resolución, de la que fue ponente el magistrado Rodríguez Santos, razonaba de esta guisa: “la potestad, dimanante de la jurisdicción e ínsita en la función del Juez, no está en él, no pertenece a su persona, sino que le es *entregada por el Estado, que a su vez la recibe del pueblo soberano en quien reside (con o sin Constitución)*, quien funciona como Juez actúa con plena potestad mientras no sea suspendido o separado del servicio, siendo sus actos plenamente válidos aunque su nombramiento adolezca de la falta de algún requisito. No cabe, por ende, la nulidad de la sentencia firme dictada por un Juez provisto de «*investidura plausible*» (siguiendo a la doctrina científica española y extranjera), entendiéndose por tal no sólo la sentencia firme sino también la ejecutada, conforme a la reciente doctrina del Tribunal Constitucional... No puede garantizarse de otra manera *la seguridad jurídica que la sociedad requiere* (en su doble campo administrativo y jurisdiccional). *La necesidad es antes que la Ley. La necesidad de mantener una normalidad jurídica* obliga a sostener tal conclusión. Como dicen los administrativistas, *la causa pública sufriría gravemente en caso contrario, por cuanto que la esencia del servicio público es la continuidad*, y ésta, a su vez, el principio cardinal de todo el Derecho Administrativo (fundamento de la teoría francesa de la «*investidura tácita*»)... el fallo se dicta en un juicio sumarísimo por un Tribunal colegiado compuesto de cinco personas, y al no haberse emitido votos particulares supuso que todos los Vocales y el Presidente se mostraron de acuerdo con dicho fallo, sin que, por lo tanto, pueda entenderse en modo alguno que la resolución hubiera quedado al simple arbitrio de una sola persona (en concreto: del Comandante que actúa

---

<sup>18</sup> Rodríguez Arias, *No son sentencias, son crímenes de guerra*, lacomunidad.elpais.com/jordigraug/2010/6/20/espana-postgenocidio-m-a-rodriguez-arias-

<sup>19</sup> Llamado Manuel Fernández Martín, que fue condenado por delito de “ejecutar actos de profesión militar con título válido pero con causa ilegítima” en sentencia de 22.9.1966 por el Consejo Supremo de Justicia Militar. Toda esa información se recoge de *El Top. La represión de la libertad (1963-1977)*, de J. J. del Águila, p. 125 y 420. El capítulo segundo del libro describe el indecente proceso contra Grimau, la causa 1601/62, paradigma de la violencia institucional de la dictadura.

como Auditor); por otro, y conforme al viejo Código de Justicia Militar, la función de tramitar el proceso correspondía al Consejo de Guerra, pero la potestad radicaba de pleno derecho en el Capitán General Militar de la Región, por cuanto que finalizado el juicio, aquél proponía a éste la sentencia, y era dicha Autoridad militar judicial, quien, definitivamente, la aprobaba. Y *en el caso de autos, la Autoridad militar judicial, legítima a todos los efectos, la aprobó «por considerarla ajustada a la ley»*, quedando firme” (las cursivas son nuestras). Otra expresión vulgar de la reiterada, e inaceptable, pauta de la transición realizada de *la ley a la ley*. La resolución llevaba sólo el voto discrepante del entonces presidente de la Sala, José Jiménez Villarejo, que consideró que la condena a muerte fue un “acto estremecedor para la conciencia jurídica” y un “acto despojado de todo respaldo jurídico”.

El fascismo fue derrotado en Europa militarmente, incluso en Portugal, pero España fue una excepción. La democracia no se constituyó simbólicamente sobre la cultura de la resistencia al fascismo, es por ello que los espacios públicos están repletos de signos de exaltación de la dictadura y de sus próceres. Así, nuestros juristas se siguen instruyendo en los textos del mediocre Castán Tobeñas que fuera presidente del Tribunal Supremo durante gran parte de la dictadura (de 1945 hasta su muerte en 1969), dato que se oculta y sólo se recoge su faceta de catedrático, mientras que la obra de madurez de Jiménez de Asúa, que falleció en el exilio, sigue sin publicarse<sup>20</sup>.

### **Los valores de la magistratura preconstituidos**

Buena parte de los valores de la magistratura, un ejemplo de clase separada, fueron preconstituidos en la dictadura, que supo recibir y hacer suyo todo el resultado de un proceso que se consolidó en la ley orgánica provisional del poder judicial de 1870, momento en el que se creó un cuerpo de funcionarios seleccionados por medio de oposición, de los que se predicaba su independencia e inamovilidad, independencia que se garantizaba no por las potestades que se le confiaban si no por su aislamiento social y político<sup>21</sup>. Como hemos visto, la independencia burocrática y la dependencia jerárquica, la neutralidad y apoliticidad, el relativismo moral y la sumisión exclusiva a la ley en clave formal –entonces una ley sin derechos-, son disposiciones y representaciones del *habitus* profesional de los jueces del franquismo, aunque la independencia estaba excluida de su experiencia. Ello pudiera explicar la convivencia de nuestros jueces –un aparato judicial carcelero en el contexto europeo, como indican las estadísticas- con la impunidad de los crímenes de la represión franquista, hecho que podrían percibir como una conducta dentro de la normalidad, construyendo como política, luego no jurisdiccional y por lo tanto incorrecta, la postura de quienes afirman que aquellos crímenes deben ser objeto de persecución. Podríamos entender así que acepten sin grandes resistencias una descripción de su oficio como escribanos de la legalidad vigente siempre respetuosos con la doctrina del órgano superior. Pudiera ser por ello que no sientan alarma alguna por la persecución penal de un colega, al que construyen como contramodelo. Y entiendan como algo ajeno la amenaza que, para su independencia y tranquilidad personal, la política les envía cuando avanzan en serio

---

<sup>20</sup> El historiador del derecho Antonio Serrano se atrevió a estudiar la biografía intelectual de quien fuera divulgador radiofónico de la leyes del Movimiento, desmitificando al personaje, al parecer con poco éxito; *Un día en la vida de José Castán Tobeñas*, Tirant lo blanch 2001.

<sup>21</sup> *El status del Poder judicial*, citada, p.115.

causas relacionadas con los crímenes de la dictadura y de corrupción pública, mensaje en forma de querellas criminales articuladas por abogados defensores de excelencia, catedráticos, antiguos jueces y ex fiscales a nómina de imputados de lujo.

Pudiera ser por ello, es una suposición, que consideren normal que el ordenamiento nacional no se abra a la constitución global y al derecho internacional de los derechos humanos, a pesar de que ahí pueden encontrar un programa de relegitimación de su función al servicio de la cultura de la legalidad, del estado de derecho y de la separación de poderes. Pudiera ser por ello que consideren –un lugar común en la sociedad producto de la grosera dieta de la dictadura- que las libertades existen pero que es de mala educación ejercerlas, máxime en una burocracia que se quiere presentar como cuerpo técnico separado. (Un ejemplo: las declaraciones del fiscal jubilado Carlos Jiménez Villarejo criticando al Tribunal Supremo y recordando que durante el fascismo los jueces fueron cómplices de la tortura sistemática que desplegaba la brigada político social de la policía, fueron recibidas en el medio con estupor como una ofensa inmerecida, incluso el Consejo del Poder Judicial reaccionó amparando a quienes se habían sentido inquietados.)

La dependencia a la jerarquía judicial que asienta en el vértice de la organización piramidal de la justicia, bajo la excusa de la vinculación acrítica a la ley interpretada por la jurisprudencia, supone una defectuosa construcción de la independencia. Ha de tenerse en cuenta que la fuentes del conflicto que enfrenta al Tribunal Supremo con el Tribunal Constitucional, y también la causa de la subordinación del Consejo del Poder Judicial a los intereses gremiales de los altos magistrados, es la desconcentración que llevó a cabo la Constitución al crear dos órganos constitucionales que recibieron potestades que hasta entonces retenía la corte de casación, pues junto a las tareas jurisdiccionales desarrollaba otras de carácter gubernativo como las de inspección, disciplinarias o de informe. Los riesgos para la independencia no solo vienen del exterior, en muchas ocasiones se encuentran dentro. Calamandrei hablaba de los peligros de la carrera y del clientelismo para identificar el problema de un modelo de juez subordinado al poder interno y atento a sus requerimientos, fenómeno que denominaba conformismo de casta –para no enemistarse con aquellos de los que depende su promoción se viene a concordar con el criterio de los superiores- frente, o junto, al conformismo político<sup>22</sup>. La dependencia jerárquica pudiera explicar la falta de reacción del medio a los cambios operados a propósito del caso Garzón en el trámite de admisión de la querella o en el de apertura del juicio oral -sin necesidad de análisis del material indiciario fáctico, con la mera referencia retórica a la calidad de una hipótesis que no resultare ilógica, absurda ni arbitraria, y a la falta de certeza sobre la inexistencia del delito- o ante el señalamiento de límites criminales a la labor de interpretación o ante la vulgar descripción del trabajo jurisdiccional.

Por otro lado, ciertas contradicciones revelan la posición del observador, incluso sin querer. La suspensión cautelar del juez de los crímenes del franquismo debe contemplarse al lado del silencio sistemático de los jueces de instrucción ante las denuncias de los familiares, que en la inmensa mayoría de los casos sólo demandan ayuda estatal para localizar los restos de sus familiares o presencia oficial en las exhumaciones. El prejuicio político aflora al motivar el archivo de una denuncia; que ejemplifica el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1ª, de fecha

---

<sup>22</sup> Piero Calamandrei, *Proceso y democracia*, Buenos Aires 1960, p.98.

21.2.2005, que confirmó el cierre liminar de unas diligencias por la desaparición de una mujer, madre de la actora, en noviembre de 1936: “...*esta Sala considera que a estas alturas del siglo XXI efectivamente, tal y como pide el recurrente, debe ser de plena aplicación la Constitución Española, llamada unánimemente en su XXV aniversario como de la reconciliación, y ello supone ...que debe evitarse en todo caso que cualquier iniciativa como la que hoy deduce la recurrente sirva para reavivar viejas heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil*”<sup>23</sup>. Para rechazar las demandas de las víctimas, que es lo común, negando la investigación de una desaparición violenta, no parece necesario discurrir en exceso. En otros casos los tribunales se han limitado a citar como argumento de autoridad el auto de apertura de juicio por prevaricación contra Garzón. ¿Y qué decir de la decisión del Tribunal Supremo de denunciar ante la Fiscalía un acuerdo crítico del Ayuntamiento de El Ferrol sobre su actuación ante los crímenes del franquismo y el juez Garzón?

España es el modelo de justicia transicional negada, fórmula con la que el derecho internacional trata de limitar la impunidad de las más graves violaciones de los derechos humanos. “El caso español es único dentro de las transiciones a la democracia, por el hecho de que hubo una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional”, dice el filósofo Jon Elster, experto en la materia que califica la ley de amnistía como un “punto final” y añade que “en los hechos esta decisión consensuada de ignorar el pasado no tuvo imitadores directos”<sup>24</sup>. Esa es una faceta de la transición que no puede obviarse, publicitada -para consumo interno y glorificación de sus protagonistas- como un ejemplo a imitar, es en realidad un contramodelo forjado en la amnesia impuesta por unos y consentida por otros. Ejemplo sí, pero de impunidad de grandes criminales, de mentira, de silencio, de abandono y desprecio a las víctimas de la represión.

Si el pasado puede servirnos para comprender el presente y resolver los problemas que plantea, como proponía el profesor Fontana, el conflicto originado por el proceso penal frustrado contra los crímenes del franquismo y la persecución del juez que a ello se atrevió ha permitido abrir el cofre cerrado de la transición, ha liberado las contradicciones y posibilitado treinta años después un análisis crítico de sus virtudes y de sus grandes defectos. Hace cinco años era impensable hablar de crímenes del franquismo –los torturadores se fueron de rositas, junto a sus jefes y encubridores, esta sociedad no tuvo la capacidad para, al menos, avergonzar públicamente su conducta- o afirmar que resulta intolerable su impunidad. Nunca había habido manifestaciones bajo el lema de “*Basta a la impunidad*” –en la que los familiares pudieron exhibir la imagen de sus próximos desaparecidos o asesinados, reivindicando que no eran prescindibles, que es preciso acabar con el silencio cómplice-, ni se constituyeron plataformas para

---

<sup>23</sup> El asunto llegó al Tribunal Constitucional que no admitió el amparo por razones formales, el Fiscal recurrió contra la providencia alegando el derecho a la tutela efectiva en su modalidad de acceso a la jurisdicción para permitir una investigación eficaz y suficiente, pero fue desestimada la impugnación. Ver comentario de M. Miranda Estrampes, “*El Caso del Arroyo de la Coja de Jauja (una desaparición forzada de 1936 sin resolver. Crónica de una ocasión perdida)*”, en el diario La ley 6114/2008, 15.12.2008. Como se dijo, la demandante ha acudido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>24</sup> Así lo afirma en *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz 2006, p. 80 y 81.

agitar socialmente por ese objetivo. Se ha hecho un lugar en la esfera pública a las víctimas de la represión y a los luchadores por la libertad. Cada vez que se exhuma una fosa o un enterramiento ilegal algunos periódicos relatan la historia de los asesinados, una forma evidente de reintegrarlos en la comunidad de la que fueron expulsados violentamente. Al final, como no podía ser de otra manera, se está haciendo visible lo que se pretendía ocultar y dejar al margen, que no se visitara el pasado más que para localizar efemérides y motivos de celebración. Se desvelan las continuidades de la dictadura. Las fortunas se hicieron sobre el crimen, la reconstrucción del país, un buen negocio para algunos, se ejecutó con mano de obra esclava o forzada. Hasta ahora habían sido neutralizados los discursos que alertaban sobre la presencia de excrecencias del fascismo en el estado y en la sociedad. La corrupción o la tortura no son hechos que puedan explicarse sin reparar en el golpe de estado de julio de 1936, la posterior guerra de exterminio, la larga dictadura y la inmunidad de los poderosos y sus agentes. He ahí un fruto positivo del conflicto que debe ser valorado como aire fresco, porque permite revisar con la distancia suficiente la transición y sus límites.

No es de extrañar que algunas voces autorizadas se interroguen a propósito de la transición a la democracia en la justicia. Podríamos extender la sospecha a otras instituciones, como la policía y el ejército, si no fuera por el protagonismo político de los jueces, que les hace visibles, mal que les pese. Posiblemente los sistemas profesionales de justicia se han configurado, como demostró la experiencia de Vichy, para servir al poder. Para desdejar una de las representaciones al uso de la subcultura profesional, la capacidad de resistencia de los jueces a la política es débil. La ficción de la sumisión exclusiva al imperio de la ley, que se traduce en un ejercicio acrítico de la relación del intérprete con la norma como estrategia de irresponsabilización, prepara el sustento de una dependencia fuerte. Parece obligado que la cultura de la jurisdicción se replantee una apertura a nuevos valores, como los del garantismo y el control jurídico de los poderes, revisando su concepto de la independencia en una lectura democrática e identificando los peligros de la dependencia jerárquica, reformulando su relación con la política desde una crítica a la neutralidad aparente, confrontando el aprendizaje impuesto de la impunidad, reflexionando sobre su función en un mundo globalizado y sobre la concepción del derecho como medida del poder, en la expresión de Otto Bachof. Para ello es imprescindible elaborar una descripción intelectualmente honesta, es decir sin falsificaciones, del trabajo del juez y de su relación con el derecho y la ley. En el contexto de un programa de adecentamiento de la esfera pública que pase por varias medidas estratégicas: la salida provisional e inmediata de las instituciones de quienes resulten imputados por corrupción –en lugar de encubrirlos, ensalzarlos y atacar a quienes les exigen responsabilidades-, el fortalecimiento de la cultura de la legalidad, la nulidad de las sentencias de la represión, el reconocimiento de la superioridad y vigencia del derecho internacional de los derechos humanos, la búsqueda de los desaparecidos, la exhumación de los restos de quienes fueron asesinados e indignamente sepultados y la limpieza de los símbolos de la barbarie.

Ramón Sáez es magistrado de la Audiencia Nacional

*[Agradecemos a Ramón Sáez la autorización para que su artículo sea reproducido en VIENTO SUR].*

*mientras tanto* nº 114, págs. 41 a 72