



Ausencia de justicia frente a la represión franquista. El intento de judicialización de Baltasar Garzón

María García Yeregui¹

Resumen:

La legalidad de la represión de la dictadura Franquista a partir de la sanción de la ley de responsabilidades políticas, el 9 de Febrero de 1939, la ley para la persecución de la masonería y el comunismo, del 1 de marzo de 1940 y la implementación de la Causa General con juicios sumarísimos de los tribunales militares en todo el territorio nacional, caracteriza la principal forma represiva que se ejerció sobre el “vencido” tras la victoria bélica del 1 de marzo de 1939.

La reivindicación movilizadora del antifranquismo en la transición no fue el procesamiento penal de los represores. Al contrario, uno de los principales reclamos para la continuidad del proceso transicional fue la amnistía de todos los presos políticos. La ley de Amnistía fue aprobada el 15 de octubre de 1977. Hoy es la ley de impunidad sobre la que se erige el juicio abierto contra Baltasar Garzón por Luciano Varela, el 7 de Abril de 2010.

Por último, serán analizados, los planteamientos jurídicos del auto de Garzón (16 de Octubre de 2008) como primer intento de judicialización de los represores franquistas, las argumentaciones contrarias del Fiscal Javier Zaragoza, la inhibición del juez y las consecuencias que estos sucesos han tenido sobre el tratamiento del pasado represivo y dictatorial en diferentes sectores de la sociedad española.

¹ Becaria pre-doctoral FPI del Departamento de Historia Moderna y Contemporánea de la Universidad de Zaragoza. Miembro del proyecto de investigación: "Visiones e interpretaciones de los pasados traumáticos: Un análisis comparado de España, Argentina y Chile", financiado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación de España y dirigido por Julián Casanova. Correo electrónico: magayere@hotmail.com



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

Ausencia de justicia frente a la represión franquista. El intento de judicialización de Baltasar Garzón

Introducción

El caso español en cuanto al tratamiento de su pasado traumático tiene claras peculiaridades de plena actualidad. La violencia desplegada durante la guerra civil (1936-1939) y los años de ejercicio de legalidad franquista de una dictadura de casi cuarenta años² marcaron una transición pactada, sin justicia. La reivindicación movilizadora del antifranquismo en la transición no fue el procesamiento penal de los represores. Al contrario, uno de los principales reclamos para la continuidad del proceso transicional fue la amnistía de todos los presos políticos. La ley de Amnistía fue aprobada el 15 de octubre de 1977. Hoy es la ley de impunidad sobre la que se erige el juicio abierto contra Baltasar Garzón por Luciano Varela, el 7 de Abril de 2010.

El objetivo principal de esta ponencia es analizar algunas de las características principales del Auto del juez Baltasar Garzón, poniéndolas en contraste con las características principales de la represión ejercida por el bando sublevado y el posterior ejercicio del poder franquista. Nos centraremos principalmente en la figura jurídica y represiva de la desaparición forzada, poniéndola en relación con el caso argentino. Exponiendo algunas de las contradicciones o límites que a este respecto observamos en el Auto y concretando algunas hipótesis sobre la razón de las mismas.

Serán analizadas los principales argumentos del andamiaje jurídico realizado por Garzón en su intento de investigar la responsabilidad de cientos miles de asesinatos en base a la jurisdicción universal. Los intentos interpretativos para superar las dificultades de investigar procesalmente hechos acaecidos desde 1936 hasta 1951.

² La dictadura Franquista ejercerá su poder represivo de forma legalizada sobre los “vencidos” tras la victoria bélica del 1 de marzo de 1939 con legislación represiva como la ley de responsabilidades políticas, el 9 de Febrero de 1939, la ley para la persecución de la masonería y el comunismo, del 1 de marzo de 1940, entre otras y la implementación de la Causa General con juicios sumarísimos de los tribunales militares en todo el territorio nacional”.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

Por último, concluiremos con algunas pinceladas acerca de las significaciones de este Auto en virtud de lo previamente elaborado y las consecuencias en las características de la elaboración y relación de la sociedad con su pasado desde el presente.

Primer intento de investigación penal de la democracia española a los máximos responsables del régimen franquista. El Auto de Baltasar Garzón del 16 de octubre de 2008

El 16 de octubre de 2008 se hizo público el Auto del juez Baltasar Garzón, entonces titular del tribunal número 5 de la Audiencia Nacional³, por el que se instaba a una investigación judicial de los crímenes presuntamente cometidos por los responsables del alzamiento militar del 17 y 18 de julio de 1936 y los diferentes gobiernos constituidos por Francisco Franco, desde el 30 de enero de 1938 hasta el 18 de julio de 1951⁴.

Este Auto supuso el primer intento en la democracia española, tras treinta años de régimen constitucional⁵, y treinta y tres años después de la muerte⁶ de “El Caudillo”, de una investigación judicial para determinar la responsabilidad sobre el pasado represivo de España a partir del golpe de estado del 17 y 18 de julio de 1936 contra el gobierno legítimo del Frente Popular⁷. La investigación judicial pretendía abarcar desde

³ El juez Baltasar Garzón Real ha sido suspendido de su cargo por decisión del Consejo Supremo del Poder Judicial, el 14 de Mayo de 2010, como consecuencia de la apertura del juicio oral contra él por presunta prevaricación, supuestamente cometida con este auto.

⁴ El auto de Baltasar Garzón del 16 de octubre de 2008 enumera e incluye a los imputados como miembros de las sucesivas Juntas Militares en tiempo de guerra y los gobiernos sucesivos, incluyendo las dos Juntas de Defensa Nacional en tiempos de guerra y los cinco primeros gobiernos de Francisco Franco, desde el 30 de enero de 1938 hasta el 18 de julio de 1951.

⁵ La Constitución española entró en vigencia el 29 de diciembre de 1978, tras haber sido aprobada en referéndum el 6 de diciembre de 1978 y sancionada por el rey, Juan Carlos I, el 27 de diciembre. Queremos indicar, pues, que este auto tiene lugar dos meses y medio antes del trigésimo aniversario de la constitución española.

⁶ Franco falleció, el 20 de noviembre de 1975. Coincidiendo en la fecha con la muerte de José Antonio Primo de Rivera, líder de Falange española, el partido fascista español. Personaje que sería transformado en un mito de culto por la memoria oficial Franquista, dando lugar al conocido como “mito del ausente”. Por ello y dada la larga agonía del dictador hasta el día de su muerte, se especula con la intencionada coincidencia en la fecha de expiación. Significativa coincidencia dentro de la simbología religiosa y profética que Franco otorgó a su poder y a su victoria en la guerra civil española, denominada como “Cruzada por España”, en la ideología del nacional-catolicismo, según la cual, él era Caudillo de España por la Gracia de Dios.

⁷ La II República se proclamó en España el 14 de abril de 1931, tras la victoria de los partidos republicanos en las elecciones municipales, celebradas esa fecha.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

el golpe militar hasta el 31 de diciembre de 1951, dejando fuera las ejecuciones de las sentencias de muerte firmadas por el dictador, Francisco Franco Bahamonde, desde 1952 hasta las últimas ejecuciones, el 27 de septiembre de 1975⁸, menos de dos meses antes de su fallecimiento. Es decir, significa la primera introducción de la justicia democrática en el pasado represivo de España. Y confirmará por sus consecuencias la ausencia de justicia para las víctimas de la represión franquista.

Una represión que por algunas de sus formas de aplicación diferencia el caso español de otros, como el argentino. Ya que la represión se aplicó en gran parte de una manera legalizada, es decir, con la legislación y justicias del régimen, en virtud del control absoluto del Estado y sus instituciones consecuencia de la victoria bélica en la guerra civil. El problema se complejiza si tenemos en cuenta la forma en la que tuvo lugar la transición española, una transición por reforma⁹, lo que llevó a que no tuviera lugar un quiebre con las instituciones administrativas del poder judicial que se ejercería durante la dictadura.

Plan sistemático de exterminio, acusados, víctimas y metodologías represivas: los desaparecidos.

Centrándonos ahora en el Auto, éste incorporaba 22 denuncias presentadas al Juzgado Central de Instrucción, desde el 14 de Diciembre de 2006 hasta el 6 de octubre de 2008, por parte de particulares y diversas asociaciones civiles¹⁰. Estas denuncias fueron presentadas por “presuntos delitos de detención ilegal”. El auto de Baltasar

⁸ Fecha de las últimas ejecuciones firmadas por Franco, por las que fueron fusilados: José Luis Sánchez Bravo, José Humberto Baena, Ramón García Sanz, miembros del FRAP (Frente Revolucionario Antifascista y Patriota), y Juan Paredes Manot y Ángel Oteagui, miembros de ETA(Euskadi Ta Askatasuna, es decir, País Vasco y libertad).

⁹ Véase: O'Donnell, Guillermo; Schmitter, Philippe, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Prometeo, Buenos Aires, 2010; Tusell, Javier, *Dictadura Franquista y democracia, 1939-2004*, Crítica, Barcelona, 2005; Carr, Raymond; Fusi, Juan Pablo, *España, de la dictadura a la democracia*, Ed. Planeta, Barcelona, 1979.

¹⁰ Asociaciones querellantes: Nuestra Memoria, Sierra de Gredos y Toledo; Associació per la recuperació de la Memòria Històrica de Catalunya, de Mallorca; Asoc. por la Recuperación de la Memoria Histórica de Aragón, de Arúcas, de Valladolid, de Granada, 'en El Bierzo, León, Burgos y Zamora', de Soria; Comisión por la Memoria Histórica del 36, Asociación Andaluza Memoria Histórica y Justicia; Politeia, asociación para la defensa y progreso de los intereses ciudadanos; Fórum per la Memòria del País Valencià; CGT; Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra; Asociación de Héroes de la República y la Libertad; Asociación todos los nombres de Asturias; Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló; Izquierda Republicana de Castilla y León.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

Garzón comienza exponiendo las denuncias a las cuales da cabida tras una investigación preliminar que daría lugar a las dirigencias previas abiertas precisamente con este escrito. Con ellas introduce los expuestos criminales vertebrales del auto:

“la existencia de *un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos* a través de múltiples *muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas* (detenciones ilegales) de personas a partir de 1936, durante los años de Guerra Civil y los siguientes de la posguerra”.¹¹ (la cursiva es mía).

Garzón en el auto afirma la ausencia de la justicia en la transición y democratización española con respecto a la represión franquista, aludiendo a la impunidad gozada por el régimen cuando afirma que “los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de hoy la impunidad ha sido la regla”¹².

Respecto al ejercicio represivo incluye “dos vías represivas: el Bando de Guerra y los Consejos de Guerra sumarísimos de urgencia”¹³, mecanismos no clandestinos y supeditados a la acción represiva en retaguardia, característicos del contexto bélico.

En el Auto se explicita la dicotomía entre “vencedor” y “vencido”. Al introducir esta división de la sociedad española a partir de la victoria franquista no se alude explícitamente a la aplicación del derecho y el poder judicial como instrumento represivo hegemónico al servicio del sector franquista victorioso en la contienda. Sin embargo, esto es articulado implícitamente al hablar de estas dos vías represivas y al afirmar la diferencia de tratamiento a las víctimas del conflicto en base a la pertenencia de éstas a un bando u a otro durante la guerra y al resultado final de ésta:

“Un examen imparcial y sereno de los hechos, nos lleva también a afirmar que al igual que *los vencedores de la Guerra Civil aplicaron su derecho a los vencidos* y desplegaron toda *acción del Estado para la localización, identificación y reparación de*

¹¹ Juzgado Central de Instrucción N°005. Madrid. Diligencias previas procesamiento abreviado 399/2006V. Auto, Madrid, a 16 de Octubre de dos mil ocho. Hechos, Primero, p. 3.

¹² Idem. Razonamientos Jurídicos, Primero, 1. Pg. 4.

¹³ *Op. Cit.* Primero. 5. Pg. 6.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

*las víctimas caídas de la parte vencedora, no aconteció lo mismo respecto de los vencidos*¹⁴. (las cursivas son mías)

También de forma explícita afirma la persecución represiva de “vencedores” sobre “vencidos”, precisando la ilegalidad de los primeros derivada del golpe de estado, cuyo parcial fracaso desencadenaría el conflicto bélico y en cuya victoria, el 1 de abril de 1939, se asentaría tanto la legitimidad del ejercicio del poder como la nueva legalidad, constituida sobre la ilegalidad previa¹⁵.

Insiste, pues, sobre la ilegalidad de origen que se extendería sobre las acciones del poder que procedía de la misma y lo conecta con el plan sistemático de eliminación y despliegue de violencia masiva para alcanzar sus objetivos políticos:

*“la acción desplegada por las personas sublevadas y que contribuyeron a la insurrección armada del 18 de Julio de 1936, estuvo fuera de toda legalidad y atentaron contra la forma de Gobierno en forma coordinada y consciente, determinados a acabar por las vías de hecho con la República mediante el derrocamiento del Gobierno legítimo de España, y dar paso con ello a un plan preconcebido que incluía el uso de la violencia, como instrumento básico para su ejecución”*¹⁶. (la cursiva es mía pero en el Auto todo el párrafo citado está destacado)

A partir de la ilegalidad del golpe de estado por su ataque premeditado a la legalidad democrática del gobierno republicano, Garzón comenzará la exposición de pruebas documentales de violencia masiva y plan sistemático de exterminio, aporte crucial del relevante auto. Será citada con tal finalidad documentación del momento como la Instrucción Reservada n °1, de Abril/Mayo de 1936, en la que se concreta la

¹⁴ *Op. Cit.* Primero. 4. Pg. 5. Esto es de crucial importancia si lo ponemos en relación a uno de los discursos hegemónicos sobre el pasado bélico que opera anulando la responsabilidad por el estallido de la guerra e igualando las violencias desplegadas en las respectivas retaguardias por los dos bandos contendientes en la guerra. Y que durante las discusiones públicas sobre el propio Auto rigió algunas de las protestas contrarias a la iniciativa de Garzón que desconocen o desoyen el ejercicio desde que se constituyera por el Decreto del 26 de abril de 1940 la “Causa General Instruida por el Ministerio Fiscal sobre la dominación roja en España” implementada por el franquismo como uno de los principales métodos legales y jurídicos represivos implementados por la dictadura cuyo objetivo, según su preámbulo, fue instruir “los hechos delictivos cometidos en todo el territorio nacional durante la dominación roja”. La información se recopiló y llevó a juicio hasta 1969 cuando Franco promulgó la ley para la prescripción de los “delitos cometidos con anterioridad al 1 de abril de 1939”.

¹⁵ “vencidos que además fueron perseguidos, encarcelados, desaparecidos y torturado por quienes habían quebrantado la legalidad vigente al alzarse en armas contra el Estado” *Op. Cit.* Primero. 4. Pg. 5-6 (la cursiva es mía).

¹⁶ *Op. Cit.* Segundo. Pg.8



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

violencia de la acción en la retaguardia para “reducir al enemigo” y el encarcelamiento sistemático de “los directivos de Partido Políticos y Sindicatos no afectos al Movimiento”¹⁷.

El método para extender el “terror” se explicita en varias de las declaraciones de Mola. El auto cita una de ellas como prueba de la eliminación y persecución sistemática implementada durante la guerra por los sublevados: “Es necesario propagar una imagen de terror (...) Cualquiera que sea, abierta o secretamente, defensor del Frente Popular debe ser fusilado”¹⁸.

Las declaraciones de líderes militares del golpe de estado continúan en el auto como algunas de las violentas instigaciones propagadas por la radio de Sevilla por el General Queipo de Llano:

“Yo os autorizo a matar, como un perro, a cualquiera que se atreva a ejercer coacción ante vosotros: que si lo hicierais así quedaríais exentos de toda responsabilidad”.

*“¿Qué haré? Pues imponer un durísimo castigo para callar a esos idiotas congéneres de Azaña. Por ello *faculto a todos los ciudadanos a que, cuando se tropiecen a uno de esos sujetos, lo callen de un tiro. O me lo traigan a mí, que yo se lo pegaré*”.*

“Ya conocerán mi sistema: por cada uno de orden que caiga, yo mataré a diez extremistas por lo menos, y a los dirigentes que huyan, no crean que se librarán con ello; les sacaré de debajo de la tierra si hace falta, y si están muertos, los volveré a matar”¹⁹ (la cursiva es mía).

La cita de mayor peso quizás sea la afirmación de eliminación de un grupo político concreto que Franco afirmó en la entrevista que el periodista Jay Allen del *Chicago Daily Tribune* le hizo en Tánger:

“Nosotros luchamos por España. Ellos luchan contra España. Estamos resueltos a seguir adelante a cualquier precio”

¹⁷ *Op. Cit.* Segundo. Pg. 9: “Producido el movimiento y declarado el Estado de Guerra...se tendrá en cuenta que la acción ha de ser en extremo violenta para reducir al enemigo lo antes posible, que es fuerte y bien organizado. (...)Desde luego, serán encarcelados todos los directivos de los Partidos Políticos, Sociedades o Sindicatos no afectos al Movimiento, aplicándose castigos ejemplares a dichos individuos para estrangular los movimientos de rebeldía o huelgas”.

¹⁸ *Op. Cit.* Segundo. Pg. 11. Declaraciones del general Mola, líder de la sublevación, el 19 de julio de 1936.

¹⁹ *Op. Cit.* Segundo Pg. 11 y 12.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

“Tendrá que matar a media España”

Entonces giró la cabeza, sonrió y mirándome firmemente dijo:

“He dicho a cualquier precio”

Es decir- afirma Allen- que *“estaba dispuesto acabar con la mitad de los españoles si ello era necesario para pacificar el país”*.

(...) Con los *enemigos de la verdad no se trafica, se les destruye*”.²⁰ (la cursiva es mía)

Éstas son presentadas en el auto como prueba del plan sistemático de exterminio, que determinaría la naturaleza de los hechos a investigar como crímenes contra la humanidad, de ahí su importancia en el auto dentro de los razonamientos jurídicos, aunque esa misma aseveración será una de las críticas fundamentales al auto como fuera de derecho por parte del fiscal Zaragoza.

Y, por último, Garzón citará, como prueba testimonial escrita del momento, las declaraciones del capitán Gonzalo de Aguilera al periodista John T. Whitaker:

“matar, matar y matar” a todos los rojos para extirpar el virus bolchevique y librar a España de “ratas y piojos”.

Había que eliminar a un tercio de la población masculina, de esa forma se acabaría con el problema del paro obrero y con el peligro que para las clases dominantes representaba el proletariado”²¹ (la cursiva es mía)

Las pruebas presentadas en esta dirección no se ciñen sólo a declaraciones de algunos de los principales militares golpistas sino en fragmentos de algunos decretos, autos y bandos de guerra. La eliminación arbitraria y masiva contra los opositores, convertidos en enemigos, se constata en el Auto con el siguiente fragmento del bando militar del General Queipo de Llano del 24 de julio de 1936:

“Serán pasados por armas, sin formación de causa, las directivas de las organizaciones marxistas o comunistas que en el pueblo existan y en el caso de no darse con tales directivas, serán ejecutados un número igual de afiliados, arbitrariamente elegidos”.²²
(la cursiva es mía)

²⁰ *Op. Cit.* Segundo. Pg. 13

²¹ *Op. Cit.* Segundo. Pg. 14

²² *Op. Cit.* Segundo. Pg. 12



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

La acción, incorporación en la eliminación masiva y sistemática del “enemigo revolucionario” de las fuerzas paramilitares de Falange también está tenida en consideración a través de la octava Orden de Urgencia de la Junta de Gobierno:

“En el primer momento y *antes* de que empiecen a *hacerse efectivas las sanciones a que den lugar el bando de Estado de Guerra*, deben *consentirse ciertos tumultos a cargo de civiles armados* para que se *eliminen determinadas personalidades, se destruyan centros y organismos revolucionarios*”.²³ (la cursiva es mía)

De la misma manera, la institucionalización del ejercicio persecutorio y represivo instituido desde el aparato estatal franquista que se constituye a lo largo de la contienda queda plasmada con la citación de los decretos 2 y 3, por los que se instauró el juicio sumarísimo contra los opositores políticos y las directrices de encarcelación sistemática de cargos políticos republicanos, tras su previa deposición²⁴.

Para todas estas aportaciones, a las que se les otorga categoría probatoria²⁵, básica para continuar con los razonamientos propiamente jurídicos que problematizaban

²³ *Op. Cit.* Segundo Pg. 12

²⁴ *Op. Cit.* Segundo Pg. 10: “Decreto nº 2: “...La Junta Suprema Militar de Defensa de España, como primer acuerdo dispone: 1. Serán pasados por las armas, en trámite de juicio sumarísimo (...) cuántos se opongan al triunfo del expresado Movimiento Salvador de España, fueren los que fueren los medios empujados a tan perverso fin. 2. Los militares que se opongan al Movimiento de Salvación iniciado serán pasados por las armas por los delitos de lesa patria y alta traición a España.”

Decreto nº3: “...1. Quedan depuestos de sus cargos, el Presidente de la República, el Presidente del Gobierno y todos los Señores Ministros, con los Subsecretarios, Directores Generales y Gobernadores Civiles. Todos ellos serán detenidos y presos por los agentes de la Autoridad como autores de los delitos de lesa patria, usurpación de Poder y alta traición a España”.

²⁵ Eje esencial de crítica del posterior recurso del Fiscal Jefe, Javier Zaragoza, en el que atribuye en base a estas consideraciones prejuicios previos de Baltasar Garzón sobre el caso y en la intención de apertura de la causa, lo que a su vez será esencial para la presentación de las querellas contra el juez y para las argumentaciones de Luciano Varela para imputar por prevaricación a Garzón. Así pues, el fiscal Zaragoza afirma prejuicios previos en el auto por las afirmaciones expuestas en virtud de documentos basados en investigaciones historiográficas: “La esencia de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho no es otra que la aplicación y la interpretación de las leyes para llegar a la solución prevista por el ordenamiento jurídico, la cual debe desarrollarse *sin prejuicios previos* que condicionen ese proceso de subsunción del hecho en la norma. *No es aceptable, por tanto, que el órgano judicial predetermine el resultado* – y en cierta manera *ya lo había hecho al practicar diligencias que suponía una aceptación implícita de la competencia*. Y adaptarse todo el proceso de aplicación e interpretación de las normas a la consecución de ese resultado previamente determinado, salvando de esta manera “los escollos” impeditivos de una aplicación racional del ordenamiento jurídico. Es ésta, sin duda, una *situación que podría producir efectos invalidantes del auto al incurrir en vicio generador de nulidad de pleno derecho*”.(la cursiva es mía). A pesar de negar la prevaricación de Garzón y no secundar la apertura de juicio contra él.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

la continuidad de la causa, Garzón se basa en algunas de las obras más reconocidas de importantes historiadores especialistas en guerra civil y franquismo como son Espinosa Maestre²⁶, José Aróstegui y Jorge Marco²⁷, Santos Juliá²⁸, Julián Casanova²⁹, Rafael Abella³⁰, Ricardo Miralles³¹ y Benito Díaz Díaz³², También antropólogos como Gustau Nerín i Abad³³. Otra de la bibliografía citada corresponde a periodistas que entrevistaron a protagonistas del momento, como el ya mencionado J. T. Whitaker³⁴. Nombres franquistas relacionados con las crónicas del momento como Joaquín Iribarren³⁵ y Joaquín Pérez Madrigal³⁶. Y uno de los libros escritos por los fundadores de la Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica, Emilio Silva y Santiago Macías³⁷.

²⁶ En el auto se citan como fuente de algunas de las citas incluidas sus obras: *La justicia de Queipo. Violencia selectiva y terror fascista en la II División: Sevilla, Cádiz, Córdoba y Badajoz*, Editorial Crítica, 2006 y *La columna de la muerte, el avance del ejército franquista de Sevilla a Badajoz*, Editorial Crítica, Barcelona, 2003.

²⁷ Uno de los libros más citado será el coordinado por estos dos especialistas: *Federación Guerrillera de León- Galicia. El último Frente. Resistencia Armada Antifranquista en España, 1939-1952*, Editorial Catarata, Madrid, 2008; que reúne a otros historiadores del período como Secundino Serrano.

²⁸ Coordinador de una de las obras de mayor impacto en el campo historiográfico como es: *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999.

²⁹ Citando su capítulo “Una dictadura de cuarenta años”, de una de las obras de referencia para el estudio de la represión Franquista, coordinada por el mismo: *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Crítica, Barcelona, 2002.

³⁰ *La vida cotidiana en España bajo el régimen de Franco*, Temas de Hoy, Madrid, 1996.

³¹ Historiador de la Universidad del País Vasco que trabaja especialmente con investigaciones desmintiendo los mitos y manipulaciones de la historia de este período. Aparece su obra: *Juan Negrín: resistir, ¿para qué?*, Historia 16, 253, Madrid. pg. 23.

³² *El período de los huidos en el centro de España, 1939-1944. El último frente*, Editorial Catarata, Madrid, 2008.

³³ *La guerra que vino de África*, Crítica, Madrid, 2005.

³⁴ *We cannot escape history*, The Macmillan Company, New York, 1943.

³⁵ Citando documentos a su vez citados en su libro: *Historia de la Segunda República española*, por el que obtendría el Premio Nacional de literatura Francisco Franco en 1956. Periodista conservador y franquista sería encargado por Mola de la organización de los Servicios de Prensa y Propaganda del frente sublevado y en 1937 nombrado director general de Prensa del mismo. Otra de las obras de las que es coautor sintetiza perfectamente su servicio a la historia oficial del régimen franquista: *Historia de la Cruzada española*.

³⁶ Con la cita de documentos relacionados con el General Mola de su libro *Augurios, estallido y episodios de la Guerra Civil. 50 días con el Ejército del Norte*, 1937. De nuevo periodista y político, en esta ocasión, reconvertido al franquismo con el estallido del conflicto, colaborando en Radio Nacional de España, ondas de los territorios donde triunfó el golpe.

³⁷ *Las fosas de Franco, los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, Temas de Hoy, Madrid, 2003.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

A pesar de la limitación del delito que centra el Auto, Garzón hará alusión a los diferentes métodos represivos dividiendo el ejercicio de la misma en tres períodos, en base a bibliografía de la historiografía española y sus estudios de las tipologías represivas desde el comienzo de la guerra civil y durante la dictadura. Los tres períodos apuntados son: la represión masiva a través de los Bandos de Guerra (17 de Julio de 1936 a Febrero de 1937); los Consejos de Guerra sumarísimos de urgencia (Marzo de 1937- 1945) y la marcada por la eliminación de guerrilleros y sus apoyos entre la población (1945-1952)³⁸.

Por ello, imputa en el auto a los responsables y miembros de cada uno de los gobiernos vigentes en el período que abarcaría la causa: treinta y seis ministros de Franco y cargos de las dos Juntas Militares en tiempos de guerra, como responsables generales de la acción coordinada y sistemática de persecución y eliminación³⁹. Para su imputación se centra en “la relación con los hechos” que “se hace conjugando la magnitud de la acción delictiva, las esferas en las que la represión se centró y las responsabilidades administrativas y políticas de los citados, principalmente en los ministerios militares (tanto de justicia como de la confrontación contra la Resistencia antifranquista posterior a la Guerra y hasta 1952), de la Gobernación, responsables de las fuerzas de orden público; de la Justicia, responsable del área del Poder Judicial(militar) y de los Organismos(civiles) que deberían haber contribuido a la localización de las víctimas y al enjuiciamiento de los presuntos culpables⁴⁰; y, la

³⁸ Op. Cit. Primero. 6. Pg. 6.

³⁹ El nombre de los imputados por orden de aparición en virtud de serie cronológica son: Miguel Cabanellas Ferrer; Andrés Saliquet Zumeta; Miguel Ponte Manso de Zúñiga; Emilio Mola Vidal; Fidel Dávila Arnonodo; Federico Montaner Canet; Federico Moreno Calderón; Francisco Moreno Fernández; Francisco Franco Bahamonde; Germán Gil y Yuste; Luis Orgaz Yoldi; Gonzalo Queipo de Llano y Sierra; Gómez-Jordana y Souza; Feroso Blanco; Valdés Cabanilla; Nicolás Franco Bahamonde; Francisco de Asís Serrat i Bonastre; José Cortés López; Ramón Serrano Súñer; Martínez Anido; Tomás Domínguez Arévalo; Raimundo Fernández Cuesta y Merelo; Valentín Galarza Morente; Esteban Bilbao y Egía; José Enrique Varela Iglesias; Juan Yagüe Blanco; Juan Vigón; Salvador Moreno Fernández; Agustín Muñoz Grandes; Salvador Moreno Fernández; Blas Pérez González; Asensio Cabanillas; Eduardo González Gallarza; Francisco Regalado Domínguez; Raimundo Fernández Cuesta.

⁴⁰ En realidad por lógica histórica, política y fáctica, que estas instituciones cumplieran esa supuesta obligación era imposible por su propia fundación. Sirvieron precisamente como forma de implementar la represión y no cumpliendo esa supuesta obligación contraria a su propia fundamentación. El estado y su poder no se rigen perpetuamente por las mismas reglas y métodos. Las formas de poder en los diferentes regímenes no responde siempre a la misma naturaleza, definida en base a sus características, objetivos y formas, de hecho, son diversas y opuestas en sus concepciones de poder, que son construcciones. He aquí



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

estructura paramilitar conocida como Falange Española Tradicionalista y de las JONS (...) y que estuvo presente en todo momento en la represión desplegada.”⁴¹

Para la cronología de posguerra se concentra en la persecución de la guerrilla apoyándose, una vez más, en investigaciones historiográficas realizadas por historiadores profesionales como el ya citado Secundino Serrano⁴², de cuyo capítulo extrae, de nuevo en calidad probatoria, una orden del 26 de Agosto de 1941, firmada por el General Emilio Álvarez Areces, publicado en el Boletín Oficial de la Guardia Civil de Septiembre de 1941:

“El actual estado de cosas ha de desaparecer en un corto plazo, por lo que no hemos de reparar en los medios para conseguirlo por enérgicos y duros que ellos sean. A los enemigos en el campo hay que hacerles la guerra sin cuartel hasta lograr su exterminio, y como la actuación de ellos es facilitada por sus cómplices, encubridores y confidentes, con ellos hay que seguir idéntico sistema”⁴³. (la cursiva es mía)

Con respecto a las víctimas, Garzón se ciñe al delito en el cual centraba la causa, los *desaparecidos*. Apunta que fueron requeridas “a las partes personadas en acusación” un listado “de los casos de personas desaparecidas desde el 17 de julio de 1936 hasta diciembre de 1951, como consecuencia de la acción directa o indirecta del llamado alzamiento nacional que dio paso a la Guerra Civil Española y a la posguerra de los cuales no se sabe su paradero bien porque fueron desaparecidos o bien porque habiendo sido ejecutados, no se sabe dónde se hallan los cuerpos⁴⁴”, incluyendo, claro

el problema del caso español, que es una constante en la historia de la humanidad. Por ello esa afirmación tal y como se explicita en el Auto, nos parece fuera de la lógica de los acontecimientos y procedimientos históricos a los que se refiere.

⁴¹ Op. Cit. Sexto. Pg. 29.

⁴² “La persecución de los huidos, se encomendó tanto durante la contienda, como durante la primera posguerra, a las fuerzas mixtas integradas por soldados, guardias civiles y falangistas (...) A partir de 1941, estas fuerzas mixtas empezaron a ser reemplazadas por unidades especiales de Guardia Civil, las llamadas Compañías Móviles (...) que se convirtieron después en Sectores Móviles y que dependían de los juzgados militares especiales para la persecución de los huidos.”

“En 1942 apareció una modalidad contrainsurgente, las Contrapartidas, (...) Grupo de Fuerzas del Servicio Especial de la Guardia Civil (GESEGC) (...) componían guardias civiles y falangistas (...) A partir de 1945, cuando se generalizaron (...) por civiles (...) falangistas y somatenistas pero también guerrilleros y delincuentes comunes.”

Citado de Secundino Serrano, “Génesis del Conflicto: la represión de los huidos” en Julio Aróstegui y Jorge Marco. Pp. 108-109.

⁴³ Op. Cit., Sexto. Pg. 30. *Idem*, Secundino Serrano.

⁴⁴ Aquí encontramos una diferenciación de relevancia para el estudio de la metodología represiva y del ejercicio de violencia política del caso español. Garzón hace una diferencia implícita entre los casos de *desaparecidos* y aquellos cuyos cuerpos no han sido hallados. Es de vital relevancia ya que el movimiento



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

está, “los desaparecidos, cuyos restos han aparecido”⁴⁵. Así pues, la aportación de una cifra determinada en el auto, “de momento, y sin perjuicio de que, tras el análisis pormenorizado y evacuados los informes técnicos que procedan, por el grupo de expertos que se constituye en esta resolución⁴⁶, las cifras sean diferentes, *el número global de víctimas desaparecidas en el período estudiado es de 114.266 personas*”⁴⁷. (la cursiva corresponde al resaltado en negrita del Auto).

La importancia de la concreción de esta cifra en un ámbito judicial no es menor, especialmente si tenemos en cuenta la ausencia de referencias de los debates e investigaciones historiográficas al respecto del estudio de víctimas de la violencia durante la guerra y en la dictadura, en el ámbito público. Podemos afirmar que esta cifra de 114.266 es un impacto de concreción para la opinión pública española⁴⁸. Concreción con caracteres de legitimidad y veracidad con las que la ‘verdad jurídica’ cuenta y de la que carecen en el ámbito público las investigaciones historiográficas, en una sociedad

de asociaciones civiles constituido para buscar los cuerpos de sus familiares asesinados y enterrados por cunetas y grandes fosas comunes, define a todos ellos como desaparecidos, homogenizando. Son desaparecidos todos aquellos cuyo cuerpo está precisamente desaparecido y no está identificado el lugar donde fueron exhumados. La diferencia entre la figura del desaparecido, como está entendida en el Auto, y la de los cuerpos no localizados ni identificados reside en el registro de la ejecución o la inexistencia del mismo. Sin embargo, a pesar de que Garzón en el Auto indica esa diferenciación que denota diversas características de la metodología de eliminación, el número de esas víctimas dado no hace diferencia entre las mismas. Así mismo los asesinados incluidos en la categoría de desaparición forzada, es decir, detención ilegal, dista relevantemente de la significación de esa figura en la dictadura argentina.

⁴⁵ *Op. Ci.*, Sexto. Pg. 23.

⁴⁶ Grupo de siete expertos constituido. Cinco fueron propuestos por los familiares de desaparecidos y las asociaciones para la recuperación de la memoria histórica denunciantes. Se trataron de cuatro historiadores: Julián Casanova, Queralt Solé, Maribel Brenes y Francisco Espinosa Maestre; y el antropólogo forense: Francisco Etxeberria. A los que se sumaron las dos personas designadas por el juez: el ex fiscal Anticorrupción Carlos Jiménez Villarejo y el ex presidente de la Audiencia de Barcelona Antonio Doñate. El objetivo del mismo era asistir al juez en la localización e identificación de víctimas de la Guerra Civil y la dictadura.

⁴⁷ Desglose por comunidades autónomas: Andalucía: 32. 289; Aragón: 10. 178; Asturias: 1.246; Baleares: 1.777; Canarias: 262; Cantabria: 850; Castilla la Mancha: 7.067; Castilla León: 12.979; Cataluña: 2.400; Valencia: 4.345; Euzkadi: 9.459; Extremadura: 10.266; Galicia: 4.396; La Rioja: 2.007; Madrid: 2.995; Murcia: 855; Navarra: 3.431; Ceuta, Melilla y Norte de África: 464; Otros territorios: 7.000. *Idem*. Razonamientos Jurídicos, Sexto. Pg. 23.

⁴⁸ Declaraciones de Julián Casanova: "En tres o cuatro meses, si contamos con tres o cuatro investigadores en cada comunidad autónoma, podríamos tener listo un censo de víctimas fiable y completo, que elimine las duplicidades e incluya lugares menos explorados hasta ahora, como el País Vasco o Castilla y León. La localización de desaparecidos y apertura de fosas puede tardar años. Pero España tiene mucho trabajo adelantado. En ningún país hay listados de víctimas como los que ya hay aquí". *El País*, 23 de abril de 2008. Con estas declaraciones Julián Casanova recalca nuevamente la ausencia de clandestinidad como norma en la represión.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

preferentemente demandante de tautologías. Además, como venimos demostrando en el Auto, Garzón incluye como base de la investigación a la labor de los historiadores en la sombra desde el final de la dictadura.

El Auto restringe, como hemos visto, la investigación judicial a la “desaparición forzada de personas”⁴⁹. Este será uno de los problemas de los casos históricos, sus contextualizaciones y caracterizaciones, que apreciamos como distorsionados en las consideraciones de Garzón. A pesar de que la metodología masivamente aplicada en la represión dictatorial se puso al servicio del aparato militar y paramilitar en contexto de guerra para después pasar a ser regido por las instituciones del estado, en el Auto sólo se incluiría una tipología represiva que se caracteriza por la clandestinidad y la ilegalidad explícita y, no tanto, implícita ocurre en el caso español.

La desaparición forzada derivada de la detención ilegal constituye una tipología represiva penalmente definida en el derecho internacional principalmente a raíz del caso paradigmático argentino. La represión argentina respondió a una metodología que se caracterizó, precisamente, por la detención ilegal clandestina llevada a cabo por el denominado ‘aparato desaparecedor’ implementado desde 1976, cuyo eje vertebrador fueron las patotas policiales o militares que secuestraban, apuntamos, en un contexto no bélico dado que el golpe de estado del 24 de marzo de 1976 triunfó en la toma del poder. El secuestro era realizado en las viviendas de las víctimas o en plena calle por operativos especiales, las mismas eran “chupadas”, según la jerga de los secuestradores. El procedimiento regidor consistía entonces en encerrarlas en una red de ‘centros clandestinos de detención’ para ser sistemáticamente torturadas con el objetivo de sacar información sobre los sujetos del grupo social a exterminar, ampliando, así, la red de secuestros, tortura y eliminación. Finalmente, dentro de la característica de clandestinidad y constituyendo la tipología del ‘detenido-desaparecido’, los secuestrados pasarían a ser arrojados al río de La Plata en los siniestros ‘vuelos de la

⁴⁹ “Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”, Estatuto de la Corte Penal Internacional del 17 de Julio de 1998, artículo 7. *Op. Cit.* Cuarto, pg. 20.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

muerte' o fusilados y enterrados en fosas comunes. No obstante, el carácter de clandestinidad de esta tipología represiva que engendra así mismo una tipología específica de víctima, es sustantiva del método represivo característica del 'terrorismo de estado' en la Argentina, definido así precisamente por la ilegalidad y clandestinidad de su método. Con el gobierno de facto la represión podía haber adquirido vías legales, una vez se legalizó con el ejercicio del poder la ilegalidad que obviamente constituía el golpe de estado. Sin embargo, la represión fue clandestina en un contexto de paz dictatorial, contexto diferencial de las masacres operadas para la eliminación masiva de un grupo en contextos bélicos, aunque estas conductas impliquen crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, los delitos, las formas de violencia y eliminación, las formas de los crímenes son diferentes y sus especificidades deben conocerse.

Por todo ello, concluimos que el contexto y esta caracterización paradigmática del caso argentino, aunque tiene antecedentes en Argelia y somos conscientes que ha habido muchas investigaciones judiciales con esa tipología penal en diferentes contextos y casos de eliminación masiva, debemos insistir, según el conocimiento histórico de cada caso, que el mismo difiere de los diversos métodos aplicados contra los sectores poblacionales contrarios al golpe reaccionario en España. Por ello, la limitación de la investigación a este figura delictiva consideramos que deja fuera a una gran masa de asesinados y represaliados durante la guerra y la dictadura.

Además señalamos que no se debe escindir este argumento que planteamos a la progresiva influencia del caso argentino sobre el español. En ello, el auto de Garzón dará una vuelta de tuerca a lo que algunos ya han denominado como "la creciente argentinización de nuestra mirada al pasado"⁵⁰. Una influencia que surge desde el mismo momento en el que comienzan los movimientos ciudadanos en busca de parientes, normalmente abuelos, cuyos cuerpos estaban "desaparecidos"⁵¹ en fosas comunes.

Concluimos, al respecto, que las masacres efectuadas por militares y paramilitares y civiles armados de Falange tras el golpe de estado y en la sucesiva

⁵⁰ Santos Juliá, El País, 25 de junio de 2010: "la creciente argentinización de nuestra mirada al pasado y la demanda de justicia transicional 35 años después de la muerte de Franco."

⁵¹ Artículo de Emilio Silva, presidente de la Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica: "Mi abuelo también fue un desaparecido", *La Crónica de León*, 8 de Octubre de 2000.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

conquista de territorios y control de los mismos por los franquistas, que daría lugar a la masa de cuerpos desaparecidos en las cunetas y fosas comunes extendidas por toda España, corresponden no a una detención en sí misma en un contexto de paz sino a masacres ejercidas como una “limpia” del enemigo en el avance bélico, el control de la retaguardia y la construcción a sangre y fuego de la “Nueva España” reaccionaria, para lo cual se debía eliminar a buena parte de la sociedad española y extender el miedo paralizante y generalizado.

Queremos, pues, remarcar las diferencias e insistir en la gran documentación que existe para estudiar las dimensiones de la represión por el Franquismo, a diferencia de lo que ocurre en Argentina. España se enfrenta aquí -obviamente a la imposibilidad de localizar a todas las víctimas y a un número de asesinados, desaparecidos, que no aparecen en registros- pero especialmente, y según nuestra hipótesis, a la determinación histórica que supuso la victoria Franquista de la guerra civil para el aparato estatal y el mantenimiento del mismo hasta la muerte del dictador. El caso Español evidencia las limitaciones de los sistemas políticos soberanos ya que el ejercicio represivo del estado, según su ostentación absoluta del poder tras la victoria que puso al servicio de la eliminación sistematizada al aparato estatal con una nueva legalidad, ejemplifica que ésta dependió y sigue dependiendo de algo que no ha conocido limitación en la historia de la humanidad hasta hoy: la victoria bélica en un conflicto. España se enfrenta, pues, a una justicia y un Ejército reformados a la democracia sin un quiebre transicional, quizás esto nos de líneas hipotéticas de investigación para acercarnos a las causas de las decisiones del poder judicial español con respecto a este caso, a la reacción política y social respecto al pasado o a la ausencia de justicia transicional y reclamo de la misma durante la reforma democrática.

Problemas jurídicos: naturaleza y prescripción de los hechos, irretroactividad de las leyes y la amnistía

En el tratamiento explícitamente jurídico, el Auto apunta dos problemas derivados del planteamiento jurídico previo: la naturaleza jurídica de los hechos a investigar y el tiempo transcurrido desde los mismos, es decir, el problema de la



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

prescripción y de la naturaleza de los actos como crímenes contra la humanidad dentro del derecho internacional, lo que conllevaría superar los problemas tanto de la prescripción como de la irretroactividad de aplicación de la legislación universal y, por último, la vigencia de la ley de amnistía de 1977.

Las soluciones que anuncia para ambos problemas se estructuran en base a cuatro códigos vigentes en el momento en el que tuvieron lugar los hechos: la Convención de Ginebra de 1864, las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre las Leyes y Usos de la Guerra, la Comisión Multinacional de Responsabilidades de 1919, acuñada a su vez en los Tratados de Versalles y Sévres, de 1919 y 1920, respectivamente. Y, por último, los principios de Núremberg, con fecha posterior a la represión ejercida durante la guerra civil y los primeros años de la posguerra, desde 1939 hasta 1945 y 1946, años en los que tuvieron lugar los Juicios de Núremberg.

La consideración de los hechos como crímenes contra la humanidad es concisa en el cuarto punto del razonamiento jurídico que articula el Auto. Ajustándose al Código Penal vigente hoy, concretamente en sus artículos 28, 29 y 607bis, articula que son crímenes contra la humanidad porque fueron un *ataque generalizado y sistemático contra la población civil por motivos políticos* (la cursiva es mía). Así, Garzón afirma:

“el carácter de crimen contra la humanidad que se fija para la acción militar desplegada a partir del 18 de Julio de 1936 para quienes lo propiciaron, participaron, desarrollaron (...) no debería ofrecer duda, a tenor de lo dicho y de lo establecido en el artículo 607 bis: “son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella (...) Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho (...) Conductas básicas que concretan esta norma son la producción dolorosa de la muerte de otra persona, agresiones sexuales, lesiones, deportación y traslado forzoso, tortura y la detención ilegal sin dar razón del paradero”⁵².

⁵² Op. Cit., Cuarto. Pg. 17 y 18.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

Y en el mismo párrafo, consecuencia del desfase cronológico entre el momento de ejecución de los hechos y la vigencia del código actual, añade que todos esos hechos delictivos considerados como crímenes contra la humanidad “ya eran delitos ordinarios, la gran mayoría, en 1936 y años posteriores, con anterioridad a la Ley Orgánica 15/2003 que introdujo el artículo 607 bis en el Código Penal español.” En esta misma dirección también se acoge al Estatuto de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998⁵³.

Garzón construye un andamiaje jurídico argumentativo para superar lo que él mismo denomina como “escollos”, que enumera en el apartado Séptimo. Subrayamos los cuatro que entrarán en conflicto con el recurso del fiscal Zaragoza y que constituirán la base de la causa abierta contra él por presunta prevaricación a cargo del juez Luciano Varela Castro. Hablamos de la irretroactividad de la ley penal; la cuestión de la permanencia o no permanencia delictiva de los hechos y la aplicación de la ley de amnistía de 1977 para los hechos denunciados⁵⁴.

En la argumentación jurídica sobre la irretroactividad de la ley penal, Garzón se basa en lo que venimos analizando, en la naturaleza de los hechos como crímenes contra la humanidad en base al derecho internacional y defendiendo la perseguibilidad universal de los mismos, aunque se hayan cometido antes de que esta jurisdicción específica existiera:

“los instrumentos internacionales, superpuestos a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido de injusto, (...) mayor pena; (...) imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo. (...) aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior (...) pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal.”⁵⁵

Este es el principal problema para el caso español, y es que la persecución sistemática durante la guerra civil y la primera posguerra tienen lugar antes de la II Guerra Mundial⁵⁶. Y, por lo tanto, habría un problema de aplicación retroactiva de legislación.

⁵³ *Op. Cit.*, Cuarto. Pg. 18.

⁵⁴ *Op. Cit.*, Séptimo. Pg. 32.

⁵⁵ *Op. Cit.*, Séptimo, Pg. 34.

⁵⁶ Éste, obviamente, no es el caso de los crímenes cometidos en Argentina por las fuerzas armadas y de seguridad durante la última dictadura cívico-militar (1976.1983). No obstante, Garzón cita la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del 18 de abril de 2005, por el que se condenó a Adolfo



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

Algo obviamente prohibido por el derecho con el ‘principio de legalidad’ según el cual nadie puede ser juzgado por hechos cometidos antes de la sanción de las leyes que perseguirían los mismos como delitos. El principio de legalidad es pues una defensa fundamental de los derechos del reo y es primordial en un estado de derecho. El enfrentamiento interpretativo aquí está patente entre los especialistas en derecho penal nacional y los especialistas en justicia universal.

Sentencia, así, la base del razonamiento jurídico del auto: “La calificación jurídica que se acoge, es la de un *delito permanente de detención ilegal*, sin ofrecerse razón sobre el paradero de la víctima, en el *marco de crímenes contra la humanidad, salvando así los problemas de irretroactividad*”⁵⁷.

Como hemos visto, para ello no sólo se basa en la documentación que probaría el plan sistemático para considerarlos crímenes contra la humanidad, juega con la ilegalidad según los cuerpos legales que regían en el momento en que se produjeron y, finalmente, como supuesto eje incontestable, utilizará precisamente el delito que hemos criticado y por el que son imputados: la detención ilegal. Creemos, como hipótesis, que es ésta la razón de la limitación penal del Auto respecto a la metodología y características del *grosso* de la represión Franquista, que venimos señalando. Nos referimos a superar las dificultades legales que frenarían la condena penal de los crímenes franquistas, el acceso a la justicia de miles de asesinados y represaliados, que impediría una condena social sin posibilidad de negación legítima sobre el pasado criminal de la España franquista.

Así, el carácter continuado y permanente del delito hasta que el cuerpo es hallado y, por lo tanto, su no prescripción son el fundamento que presume incontestable en base a derecho. Así, Garzón argumenta el “escollo” de la permanencia o no permanencia de los hechos, ligándolo y salvando los otros dos fundamentales, el de la prescripción de los hechos y en conjunción con la legislación vigente del momento, el de la irretroactividad de las leyes⁵⁸, siempre apelando a códigos internacionales que se

Scilingo como autor de crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina en 1976, ya que en esa fecha los delitos de lesa humanidad no existían en el código penal español.

⁵⁷ *Op. Cit.*, Quinto, Pg. 20.

⁵⁸ “La no vulneración del principio de irretroactividad penal deriva ante todo del hecho de que, al margen de ese contexto, ya eran conductas delictivas en el momento del comienzo de su ejecución, poco antes de



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. *Escrituras de la Memoria.*

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

conectarían con la justicia universal de los derechos humanos. Pero además, poniendo la tipología de delito permanente en relación con la impunidad y ausencia de investigación por parte del estado de estos hechos⁵⁹, solucionarían el escollo derivado de la ley de amnistía⁶⁰, ya que estos delitos seguirían produciéndose hasta el día de hoy y su conclusión mediante esta investigación sería poner fin a su comisión⁶¹. De ahí la importancia de la calificación: “delito permanente de detención ilegal derivado en desaparición forzada” para la supuesta prosecución de la causa que se estaría abriendo con este relevante auto. Esa sería la razón, según nuestro criterio, del límite en los casos investigados a un supuesto accionar sistemático y clandestino de desaparición, una especie de aparato desaparecedor clandestino. Garzón llega a afirmarlo explícitamente:

“el sistema de desaparición forzada fue *utilizado sistemáticamente en aras a imposibilitar o dificultar la identificación de las víctimas y así impedir cualquier acción de la Justicia* hasta el día de la fecha.”⁶²

“El hecho de acotar el ámbito de esta investigación en el período reseñado, 1936-1951, no excluye otros casos, siempre que se demuestre que no son hechos aislados, asimismo, delictivos, sino que se hallan integrados en el *plan sistemático de desaparición objeto de investigación de esta causa.*”

la guerra civil y siguen cometéndose en la actualidad, dada su naturaleza de delitos permanentes”. *Op. Cit.* Noveno. Pg. 39-40.

⁵⁹ “oficialmente nunca ha existido una investigación policial o judicial de los hechos y con todo ello se confirma la permanencia del delito, tanto para el ámbito de la detención ilegal/desaparición forzada de las víctimas afectadas y sus familiares que ostentan la misma categoría, como para la catalogación de esa misma conducta como delito de torturas (arts. 173 a 177 del Código Penal) según la jurisprudencia del TEDDHH, con lo cual la posible prescripción del delito no habría comenzado siquiera su período de descuento.” *Op. Cit.* Noveno. Pg. 40.

⁶⁰ “Parece evidente que la situación coactiva y la inexistencia de normas habilitadoras que permitieran la acción, se desplegó durante toda la dictadura y permaneció hasta la entrada en vigor de la Constitución española, de modo que no regirían normas de prescripción de delitos y acciones durante ese tiempo... La amnistía fue anterior a la constitución, por tanto, también estaría en esa imposibilidad de cobertura.” *Op. Cit.* Noveno.

⁶¹ “Los hechos descritos y acontecidos a partir del 18 de Julio de 1936, además de inscribirse en la categoría de crímenes contra la humanidad integran la figura de detención ilegal, sin que las autoridades responsables que propiciaron la desaparición de las víctimas hayan facilitado el lugar,...situación que permanece...de modo que, si se facilitaran los listados y se encontraran los cuerpos, dejaría de cometerse el delito. Se trata, por tanto, mediante esta investigación...de poner fin a la comisión de un delito permanente.” *Op. Cit.* Noveno.

⁶² *Op. Cit.*, Sexto. Pg.24.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLITICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

Para nosotros tal afirmación no se corresponde con la forma de aplicación de violencia masiva y sistemática de eliminación de todos aquellos no adeptos al alzamiento que tuvo lugar en España.

Conclusiones

Las innovaciones que plantea el Auto significan un punto de inflexión en el tratamiento del pasado represivo y violento de España y las diferentes luchas entre memorias.

Constituye el primer intento de abrir un camino para investigar judicialmente los crímenes llevados a cabo por las fuerzas sublevadas y el régimen franquista, tras una transición sin justicia transicional. Por ello, significó la encarnación de la lucha emprendida por familiares de asesinados y represaliados durante cuarenta años, un paso más hacia la justicia que a los “vencidos” les fue negada. Una reparación simbólica para una gran parte de ciudadanos después de tanto sufrimiento. Pero también evidenció el quiebre en el discurso oficial sobre la transición española y evidenció las limitaciones y faltas que ésta tuvo para un grupo importante de la sociedad española actual.

Fue el primero en plantear jurídicamente la consideración del delito de detención forzada o secuestro ilegal de personas para los asesinatos masivos de ciudadanos que después serían enterrados en fosas comunes, dando a la influencia previa de esa identificación un importante refuerzo. Hecho con el que nos hemos mostrado muy críticos pero que, sin lugar a dudas, implica un aumento en la concienciación social sobre la represión sufrida que influenciará a una parte importante de la sociedad española ajena al conocimiento de la misma. En esta etapa del tratamiento del pasado en España apreciamos superposiciones e influencias distorsivas por aplicación de conceptos actuales para valorar y comprender acciones del pasado, una influencia del caso argentino y de la concepción jurídica; pero también un mayor conocimiento, pese a estas distorsiones clásicas de la memoria colectiva y la globalización de la misma, de lo acontecido en nuestro pasado, superando el imperativo de olvido por el de memoria. Y el auto de Garzón supone una evidencia y ampliación de todos esos procesos.

Definió la eliminación y persecución acaecidas en España como crímenes contra humanidad, introduciendo de forma definitiva la lucha de los Derechos Humanos con respecto al pasado español, tendencia muy reciente cuyo primer punto de inflexión que



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. *Escrituras de la Memoria.*

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

encontramos como constitutivo es el Informe de Amnistía Internacional: *España: poner fin al silencio y a la injusticia*, del 18 de Julio de 2005.

Fue un intento de institucionalizar un deber del Estado, investigar los crímenes ejercidos desde su propio aparato, en base a los estudios realizados por los profesionales de la historia, procurando conjugar el trabajo del conocimiento del pasado para esclarecer responsabilidades y acabar con la impunidad, introduciendo este reclamo como central en las reivindicaciones de las asociaciones de familiares y otros sectores de la sociedad civil.

Por último, dado los acontecimientos posteriores, tras la inhibición de Garzón a favor de los juzgados territoriales y la clausura de este denostado, criticado, deseado y aplaudido intento, es decir, la acusación por prevaricación, apertura de juicio y suspensión de uno de los jueces más activos de la Audiencia Nacional. Se han evidenciando las limitaciones de la independencia ideológica del poder judicial, la alargada sombra del Franquismo presente en diversos sectores de la sociedad y, por último, el conflicto existente jurídicamente entre penalistas adscritos al derecho nacional y los especialistas en jurisdicción universal y derechos humanos.

Fuentes legales:



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

- Auto del Juez Baltasar Garzón, 16 de Octubre de 2008. Juzgado Central de Instrucción nº 005. Audiencia Nacional, Diligencias Previas Procedimiento Abreviado 399/2006 V.
- Recurso del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Javier A. Zaragoza Aguado, 20 de Octubre de 2008.

Bibliografía:

Abella, Rafael, *La vida cotidiana en España bajo el régimen de Franco*, Temas de Hoy, Madrid, 1996.

Aróstegui, Julio y Marco, Jorge, *Federación Guerrillera de León- Galicia. El último Frente. Resistencia Armada Antifranquista en España, 1939-1952*, Editorial Catarata, Madrid, 2008.

Barahona de Brito, A., Aguilar González, P. y González Enriquez, C., *Las políticas hacia el pasado, juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Ediciones Itsmo, Madrid, 2002.

Carr, Raymond y Fusi, Juan Pablo, *España, de la dictadura a la democracia*, Ed. Planeta, Barcelona, 1979.

Calveiro, Pilar, *Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina*, Colihue, Buenos Aires, 2006.

Casanova, Julián, *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Crítica, Barcelona, 2002.

- *El pasado oculto*, Mira Editores, Zaragoza, 2001.

CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas), *Nunca Más*, Eudeba, Buenos Aires, 2006.

Díaz, Benito, *El período de los huidos en el centro de España, 1939-1944. El último frente*, Editorial Catarata, Madrid, 2008.

Duhalde, Eduardo, *El Estado terrorista argentino. Quince años después, una mirada crítica*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria.

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLÍTICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina

Garzón, Baltasar, ROMERO, Vicente, *El alma de los verdugos*, RBA, Barcelona, 2008.

Juliá, Santos, *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 1999.

Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelies, 2008.

Lanero, Mónica, *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

Maestre, Espinosa, *La justicia de Queipo. Violencia selectiva y terror fascista en la II División: Sevilla, Cádiz, Córdoba y Badajoz*, Editorial Crítica, 2006.

- *La columna de la muerte, el avance del ejército franquista de Sevilla a Badajoz*, Editorial Crítica, Barcelona, 2003.

Mignone, Emilio y Conte Mc Donell, Augusto, *Estrategia represiva de la dictadura militar. La doctrina del "paralelismo global"*, Colihue, Buenos Aires, 2006.

Miralles, Ricardo, *Juan Negrín: resistir, ¿para qué?*, Historia 16, n° 253, Madrid.

O'Donnell, Guillermo; Schmitter, Philippe, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Prometeo, Buenos Aires, 2010.

Novaro, Marcos y Palermo, Vicente, *La dictadura militar, 1976-1983. Del Golpe de Estado a la restauración democrática*, Historia Argentina 9, Paidós, Buenos Aires, 2006.

Tusell, Javier, *Dictadura Franquista y democracia, 1939-2004*, Crítica, Barcelona, 2005.

Verbitsky, Horacio, *El Vuelo. "Una forma cristiana de muerte". Confesiones de un oficial de la Armada*, Editorial Sudamérica, Buenos Aires, 2006.

Vezzetti, Hugo, *Pasado y presente. Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.



Recordando a

Walter Benjamin

Justicia, Historia y Verdad. *Escrituras de la Memoria.*

III SEMINARIO INTERNACIONAL
POLITICAS DE LA MEMORIA

CENTRO CULTURAL DE LA MEMORIA HAROLDO CONTI
Buenos Aires - Argentina