



Universitat Autònoma de Barcelona

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  [http://cat.creativecommons.org/?page\\_id=184](http://cat.creativecommons.org/?page_id=184)

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

**WARNING.** The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA  
DEPARTAMENT DE PSICOLOGIA SOCIAL  
PROGRAMA DE DOCTORAT “IDENTITAT, PERSONA  
I SOCIETAT AL MÓN CONTEMPORANI”

Tesis Doctoral

## **El franquismo como actualidad**

*Reflexiones psicosociológicas para una crónica del nosotros a través de una  
lectura del tiempo en la STS 101/2012, de 27 de febrero*



**Presentada por:**  
Brígida Cristina Maestres Useche

**Director:**  
Félix Vázquez Sixto

**Tutor:**  
Juan Muñoz Justicia

Barcelona, 9 de septiembre de 2016



# Índice

<b>ABSTRACT</b>	<b>7</b>
<b>PREFACIO</b>	
<b>De otro modo que ver</b>	<b>9</b>
<b>PARTE PRIMERA</b>	<b>17</b>
<hr/>	
<b>El modo de ser de la crónica en el estudio de un veredicto judicial “de experiencia”</b>	
<i>Hacia una psicología de segundo orden en el tratamiento judicial del pasado criminal franquista</i>	
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
<b>La crónica como vínculo del extraño</b>	<b>19</b>
<i>Bases de una episteme discursiva en el estudio de un veredicto judicial sólo apto para hermanos o para vencedores y vencidos</i>	
1. La crónica como emblema de la episteme discursiva	22
1.1 Crónica y tiempo presente	25
2. La sentencia judicial como un discurso del presente	27
3. El nosotros sociológico como vínculo primigenio; y el ellos...	33
3.1. La afectación política como vínculo	35
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	
<b>Bases psicosociales de una crónica, más allá de la impunidad</b>	<b>39</b>
<i>La mirada de segundo orden y la cuestión biopolítica</i>	
Introducción	39
1. Gnosis normativa	41
El diagnóstico de impunidad y la necesidad de nuevos enfoques	46
2. La mirada de la biopolítica	50

## PARTE SEGUNDA

---

### **El suceso** 55

*Plástica del juicio, estética del tiempo y ética política*

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

### **El veredicto del Tribunal Supremo como suceso** 57

*Una teorización sobre sentido, cognición y juicio político en la STS 101/2012, de 27 de febrero*

1. Ya que hablamos de crónica... 57
  - 1.1. *Notitia criminis* 57
  - 1.2. “El hecho jurídico” 59
  - 1.3. Inmanencia 60
  - 1.4. El juicio político 61
2. La sentencia del Tribunal Supremo como suceso 63
  - 2.1. El veredicto como un acontecimiento del sentido y el problema tiempo-identidad 68
  - 2.2. Cognición e indecibilidad 72
  - 2.3. El veredicto como juicio político 77

#### **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **Tiempo, indecibilidad, jurisdicción** 81

*Una teorización sobre prestaciones políticas en la STS 101/2012, de 27 de febrero*

1. La parodia del tiempo (introducción) 81
2. El tiempo y los objetos políticos en la Sentencia 101/2012 86
  - a. El debate sobre la irretroactividad de las leyes penales y el problema de nombrar al franquismo 90
  - b. El debate sobre la prescripción y los tiempos del trauma 101
  - c. El debate sobre la Amnistía y la disyunción del tiempo de la transición 103
3. La morfología política de la impunidad en España: ¿justicia o funcionalidad? 107

#### **CAPÍTULO TERCERO**

### **Transición española, ofuscación del tiempo, conservación del estado y biopolítica** 118

*Una hipótesis sobre la reproducción del vacío en el estado español contemporáneo*

1. Tiempo, juicio estético, estado y reconciliación (Introducción)	118
2. La institucionalización de la Memoria Histórica y la renovación de la excepción	127
2.1. La semántica de la reconciliación y sus objetos políticos: silencio, futuro, combatientes y viudas	135
2.2. La memoria instituida y la renovación de la excepción: personas que padecieron, mas no víctimas	140
2.3. La cuestión de la “gracia” y la política criminal	144
3. La conservación es la gracia del estado	148
Estado, reproducción, función, excepción	151

## **PARTE TERCERA**

---

### **Crónica, biopolítica, trascendencia** **157**

*Reflexiones finales sobre el poder y la trascendencia,  
a propósito de la lucha por el reconocimiento de las víctimas del franquismo*

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

### **Crónicas del nosotros** **159**

*La paradoja de las víctimas del franquismo en la actualidad;  
a propósito de la biopolítica de la vulnerabilidad y el gobierno de la víctima*

1. Actualidad de la cuestión franquista	159
2. El nosotros jurídico-político, una forma de segundo orden	164
2.1. Crónica primera, inferida del Viaje a Ninguna Parte	167
SPECULUM, SPECULUM	167
CIRCUS WORLD	171

#### **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **Excedente de sentido y política** **175**

*El camino de la trascendencia, a propósito del retorno  
a la espectralidad de las víctimas como punto de partida*

1. El plus; catástrofe y onda expansiva de la cabalgata	183
2. La paradoja del nombrar y ser nombrado y del retorno a la espectralidad	188
3. Desde la espectralidad	196

Eulàlia Massat, Vindicante ¡Ni tuerta, ni discapacitada: Vulnerable!	201
1,2,3 chocolate piso! <i>El laberinto rectilíneo de Eulàlia Massat</i>	208
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>213</b>
<b>ANEXO: Sentencia N° 101/2012</b>	<b>243</b>

---

## ABSTRACT

A partir de la filosofía del texto de Paul Ricoeur, la sociología de sistemas de Niklas Luhmann y la biopolítica de Michel Foucault, exploramos el veredicto de la sentencia 101/2012, de 27 de febrero, a objeto de identificar sujetos y vacíos políticos inherentes a su jurisdicción. Esto es, correlativos a la temporalidad que delimita la legalidad, la prescripción y la amnistía, en tanto razonamientos de derecho que se exponen en la sentencia para resolver el dilema de principios, deber de investigar y prohibición de sancionar, que contiene la sentencia. La resolución del dilema a favor de este último, nos sitúa delante de una paradoja de difícil fractura y que se encuentra, desde nuestro punto de vista, en la base constitutiva del estado español contemporáneo. Pero esto será el punto abierto del debate que plantea la investigación, al formular una pregunta por la función de la impunidad, precisamente a partir de la identificación previa de sus sujetos constitutivos. Esto es, a lo largo del trabajo sostendremos que la eficacia de la sentencia no reside en la desactivación en sí misma del *ius punendi* sino en las activaciones y/o producciones del sentido que se desencadenan a partir de su emergencia. Por lo pronto, se activan vacíos para la existencia jurídica y política y se desactivan víctimas, permitiéndonos a su vez conjeturar sobre una razón de estado implicada en estas operaciones. Este argumento, haría retornar el problema a los asuntos del foro desde donde se le ha expulsado para convertirlo en mero asunto de víctimas y familiares, por ejemplo, por la propia Ley de Memoria Histórica. Frente a la cuestión franquista, consecuentemente, la investigación responde con esta tesis que incluso propone ir más allá, al situar a la sentencia como una singularidad en una red más extensa de episodios, en los cuales el gobierno de las víctimas es el objeto de la dominación. Desde este punto de vista, la tesis de la razón de estado se transforma por esta vía en biopolítica, en su conjetura, advirtiéndonos sobre su posible absorción/comprensión del quehacer del estado español contemporáneo. La cuestión por el nosotros emerge entonces como reflexión final: ¿Quién o qué es el nosotros de esta biopolítica de la vulneración y la victimización? Aquí, posiblemente, un camino abierto para la cuestión del estado, tan en la palestra del conflicto político en el estado español contemporáneo.

\* \* \*



## ABSTRACT

As from the philosophy in Paul Ricoeur's text, the system sociology of Niklas Luhmann and the biopolitic of Michael Foucault, we explore the verdict of the "101/2012" sentence of February 27th; with the objective of identifying subjects and political voids inherent to its jurisdiction. This is, correlative to the temporality that outlines the legality, the ordinance and the amnesty, in the legal reasonings that are exposed in the judgment to resolve the dilemma of principles, duty to investigate and judicial banning of sanctioning. The resolution of the dilemma that favors this last one, makes us come face to face with a paradox of difficult fracture which can be found, according to our point of view, in the constitutional base of the Spanish contemporary state. But this is precisely the point at issue that's open in the debate set out by this investigation, when framing a question about the function of impunity, precisely from the former identification of its constitutive subjects. Throughout this work, we'll maintain that the effectiveness of the verdict doesn't reside in the deactivation of the *ius punendi* but on the activations and/or creations of meaning that unleash from its emergency. For the time being, voids have been effectively activated for the legal and political existence and victims get deactivated; simultaneously allowing us to speculate about the reason of state implied in these operations. This argument would force to restore the problem to the forum affairs from which it's been expelled, turning it into a mere issue of victims and family members, for example, by the *Law of the Historical Memory*. Consequently, facing the Francoist matter, the investigation responds with this thesis which proposes to go further by situating the verdict as a singularity in a broader network of episodes, in which the victim's government is an object of domination. From that point of view, the thesis of reason of state gets transformed through this channel into biopolitics, in its conjecture, warning us about its possible absorption/comprehension of the duty of the Spanish contemporary state. The point of issue for the "us" rises as a final reflection: Who or what is the "us" of this biopolitic of vulnerability and victimisation? With this, we possibly find an open road for the matter of state, so prominent in the political conflict of the Spanish contemporary state.

---

## PREFACIO

### De otro modo que ver<sup>1</sup>

La cuestión franquista es una problemática de actualidad. Este es el reto de esta investigación: desarrollar los argumentos que sostienen esta afirmación. No es fácil. En su contra, hablan los personajes de Agota Kristof, “el dolor desaparece, los recuerdos se difuminan”. La cuestión franquista tiene mucho de eso. Memoria, en permanente transformación y pérdida de la experiencia directa del trauma. No obstante, tiene mucho de desdén político y, sobre todo, padece de etnicidad.

A decir verdad, la cuestión franquista es una enfermedad del sí mismo que, a nuestro juicio, no se resuelve sino con exterioridad. Se necesita romper el círculo vicioso del desencuentro. Voces del desencanto que demandan reconocimiento y letras jurídicas que vulneran. Por eso el reto no es tan fácil. No es sólo un cambio en el nombrar o recordar. Haría falta también fracturar. De aquí, la importancia de la trascendencia como sentido de la acción. De aquí, también, lo peligroso que resulta para las víctimas querer ser reconocidas por ese amo tan folclóricamente disfrazado de sí mismo que es el estado español. El amo tendría que desvestirse pues aquí, a diferencia de la paradigmática Alemania en genocidios, aquí no hubo desnazificación. O bueno, desfranquización. Pero tampoco hubo nazismo, en el sentido de metáfora de la progresión. De las leyes de Weimar a la solución final como racionalización.

El terrorismo de estado del fascismo español, pareciera haber emprendido una contrasecularización. Nos encantaría estudiarlo. Se vistió con las ropas de la cruzada, clericalismo, antiliberalismo y adoración al líder, y acabó por engullirse la cremallera del disfraz..., nunca ha vuelto a desvestirse. En España, no hubo derrota militar del régimen ni tampoco ruptura democrática, a pesar de habérsela anunciado a los españoles. Por ello, las

---

<sup>1</sup> Inspirado en la obra de Emmanuel Levinas, *De otro modo que ser* (Levinas, 2003).

medidas de justicia transicional fueron apenas incipientes o, mejor dicho, sólo fueron medidas de Gracia y nunca de reparación. Salvo por la Amnistía de 1977, que a la sazón tuvo otra connotación. Lo que hubo fue una transición que no fue nada pacífica y que supuso proseguir por la senda de lo posmoderno sin haber alcanzado apenas la modernidad. De aquí la postergación de los derechos democráticos, de aquí el desencanto. De aquí también, la continuidad.

La cuestión franquista es, pues, la cuestión del otro y del sí mismo del estado español. Respecto al otro, una operación de reasignación de identidad, a sangre y fuego, sobre cuerpos desposeídos de la suya, arrojada aparentemente al olvido. Esto es lo que se quiere que se piense desde la etnicidad. Que la lucha es por su recuerdo.

Nuestra hipótesis es que esos “nombres” siempre han estado ahí, aguantando el pilar del Estado. Los listados son secretos, incluso para sí mismos. Se han atragantado en las arenas movedizas del precio necesario y han fundado diferencia. El estado español desde entonces se ha diferenciado desde su razón. Son sus alas de coleóptero. Su actualidad son sus aspas que le imprimen sentido a su andar sin que se las pueda ver o tocar. El punto ciego desde el cual la episteme del estado español vulnera. Daña, aunque queriendo salvaguardar. Este es el drama que envuelve la lucha de las víctimas y que nos empeñamos en demostrar. Nos afincamos hasta la saciedad en que no debemos recuperarlos como vencidos, pues esta es la rúbrica que promueven las aspas. La episteme contrasecular de los vencedores y los vencidos.

Encontramos, como reflexiones finales, que deberíamos aprehenderlos precisamente en su liminalidad; que sería aprehendernos a nosotros mismos en esa misma condición a causa de aquella interrupción que ha seguido su curso. Es sobre aquella catástrofe de las vidas que escindió en cuerpos mutilados y nombres sin rostro, donde se inscribió un nombrar nuevo. Un nombre pernicioso que sustentó una legalidad penal que todavía arde como vigencia. “Los Rojos”. “La cosa juzgada se respeta en el Estado de Derecho español”. Más o menos así es la consigna con la cual se justifica la continuidad del agravio que yace en las fosas; aunque también con ella se suscribe la legitimidad del mal necesario que sigue sustentando un modo de ser del subterráneo. Así vamos viendo el drama en su actualidad. En su etnicidad.

De aquí sólo se sale por la chimenea o traspasando la densa pared traslúcida con la cual el estado español muestra una fachada de apertura. “Hagámonos fantasmas” es la consigna

final. De hecho, en la meticulosa transformación del fantasma de la ilegitimidad del régimen que merodeaba cónsono con los hechos de la catástrofe, se edificó una epistemología casi clausurada. La propaganda del régimen fue casi perfecta, pero porosa. Quizás porque jamás renovó su etnicidad. Su retórica épica del líder cruzado o pacificador. Benefactor. La realidad se coló por esta porosidad. Digamos pues, que el hermetismo cognoscitivo del régimen es traspasado sistemáticamente por la propiedad fundamental que tienen todos los fantasmas: atravesar las paredes. En el marco de un relato casi único que se rubrica, “la guerra civil española”, los desterrados y subterráneos, represaliados en general, vuelven de vez en cuando a recordarnos que el estado español contemporáneo reposa sobre cimientos espurios.

La cuestión franquista es así una gran nebulosa. Una cámara de gas repleta de recuerdos y de verbos que no pueden escapar. Sobre todo eso. Se quedan ahí retumbando de hastío y de desesperanza, movidos por ventrílocuos nefastos que fungen de traductores del mundo dentro del cristal. Literal y simbólicamente, los héroes de las películas extranjeras en España son los actores del doblaje. En su voz retumba y reproduce dentro aquello que se “etnifica” del afuera. Por eso nadie atina a pinchar la burbuja, y así se explican muchas cosas. Por ejemplo, esto explica que al fascismo español nunca le haya encajado el relato del holocausto judío, y que aún cueste hablar desde un relato diferente al de la guerra civil española como hecho originario. En las letras jurídicas del estado español contemporáneo no se habla en términos del alzamiento militar del 18 de julio, de la cabalgata del movimiento y la represión de los bandos de guerra. Tampoco en términos de la dictadura, la tortura y la desaparición forzada de personas. Sólo la Ley de Memoria Histórica habla de la represión de los bandos de guerra y juicios sumarísimos, no obstante los deriva de los hechos de la guerra.

La labor de decir la verdad en España sólo se le ha permitido a la historiografía, y en este ámbito existe una guerra que será sin fin, hasta que la muerte los separe. Hasta que la burbuja se pinche. Cuando Baltazar Garzón osó a incorporar un relato de exterioridad en las letras jurídicas en la Audiencia Nacional en 2008, el resultado fue un torbellino que acabó con su expulsión. Aunque el magistrado profanó más de un relato esos días, las letras de su prosa que narraban al franquismo en clave de genocidio y crímenes contra la humanidad, quedaron anuladas. Desterradas, incluso o fundamentalmente borradas de la jurisprudencia, junto con el sumario que componía sus actuaciones.

En general, los relatos que cuestionan el sí mismo del estado español en razón de su responsabilidad o corresponsabilidad criminal como agente, como agresor de crímenes de estado, son inmediatamente engullidos por la bruma, relativizados, criminalizados o condenados al estatus de relato alternativo. Son sobrecodificados y a veces expulsados. Es curioso. No generan resonancia en el esqueleto jurídico-político. No hacen mella. No hacen nada. El resultado de las incursiones en el Poder Judicial de los movimientos implicados en lidiar con esta cuestión (víctimas, recuperación de la memoria histórica, represaliados y personas en general) fue en 2007 su total eyección. De todo ello, apenas una Ley aprobada en 2007, erigida desde la etnicidad. Entretanto, una causa penal contra el franquismo se adelanta desde Argentina. Otra cabalgata que se escucha todavía de lejos y que a veces acecha. Pero la etnicidad a través de su exoesqueleto jurídico-político se le ríe con su mandíbula de osario ultrajado.

Esta investigación es un intento por construir exterioridad respecto a esta cuestión. Una propuesta de observación de segundo orden y una apuesta teórica para pinchar la burbuja. O bueno, para hacer inteligibles los gases en su interior desde un afuera otro.

Cabe resaltar que de la cuestión franquista también estamos expulsados los terceros u “otros” de la cuestión. Es parte de su etnicidad, pues aquí sólo entran los hermanos otrora fratricidas y hoy reconciliados en la Constitución de hace 38 años. El resto, fuera. Como amigos, como enemigos, pero fuera del conflicto, como si las aspas que vulneran en el silencio no nos alcanzasen. Silencio intranquilo, eólico, que corroe a ritmo y voz contemporánea, mientras el debate de la cuestión franquista sigue librándose y pensándose como una cuestión privada, familiar, nacional o, contemporáneamente, de víctimas. Cuando no, del pasado. De hecho, es la más común y la que más violenta al presente. Esta es la que nos ocupa. Sospechamos que esta operación de exclusión de todo cuanto no cabe en el pequeño reducto de la reconciliación nacional, es una gran estrategia de despolitización de la cuestión franquista. Ante esto, proponemos una crónica como modo de ser de una reapropiación política de la cuestión franquista. Los gases, en definitiva, se ordenan y debemos comprender su mecanismo.

En el desarrollo de esta mirada, aprovecharemos uno de los episodios de más etnicidad que conozcamos respecto a la cuestión franquista. De hecho, es el episodio que le puso punto final a la exterioridad incipiente aquella de la Audiencia Nacional. Le dijo “no, ese tiempo no cabe en nuestra jurisdicción”. Ese tiempo está muerto, prescrito y amnistiado; y si

quedara algo, la Ley de Memoria Histórica lo resolverá. Dignificará con un diploma de ilegitimidad a quien sigue condenado a muerte con base en la legalidad. No es vigente pero no se anula.

Esta es la cuestión franquista, que es la anamnesis de una catástrofe convertida en vacío, a cuyos efectos la sentencia que estudiamos se pronunció. Se pronunció de soslayo el Tribunal Supremo, cuando debía resolver sobre si el magistrado había prevaricado al abrir aquella causa contra el franquismo. Aquel sumario que nadie puede encontrar, que también quedó relegado al vacío. A la crónica oculta del estado español. Hablaremos pues de la causa Manos Limpias contra Garzón a través de su sentencia (STS 101/2012). Una *jurisdictio* de absolución por el delito de prevaricación judicial que, sin embargo, implicó el pronunciamiento sobre la *enjuiciabilidad penal* de los “crímenes del franquismo”, que versaba sobre códigos fuera/dentro muy parecidos al clima pre-alzamiento. *Mañana decidiremos si somos moscovitas de allá o castizos de acá*. Ganó el Frente Popular al día siguiente y empezó la cabalgata que ya sabemos. Derecho nacional *vis a vis* derecho internacional y pare de contar, es el artificio de la sentencia que sirve para justificar un error. “El magistrado no prevaricó, se equivocó”, dice la sentencia; y a partir de aquí, la expulsión del tiempo que también describiremos, ya que es la fuente del vacío que nos gustaría señalar.

Así pues, lo roeremos y edificaremos desde una apuesta psicosociológica, que integra los postulados teóricos de la Teoría de Sistemas, el pensamiento político de Michel Foucault y la teoría narrativa de Paul Ricoeur. Con ello, quedará cumplido nuestro objetivo fundamental: la construcción de la mirada de segundo orden respecto a la cuestión franquista.

Las tres partes de la investigación –crónica, suceso, trascendencia–, abarcan la especificidad en la cual se desagrega este gran objetivo general: *a)* apuesta metodológica y formulación del problema; *b)* análisis psicosocial y descripción del vacío; *c)* fijación del mecanismo y estrategia de superación. La disposición de los capítulos de cada parte, puede comprenderse como una rayuela del tiempo. Tal cual como nos indica Julio Cortázar, su lectura admite más de un recorrido. Una posibilidad, es hacer un recorrido teórico-filosófico (cap. I parte I, I parte II, 1,2 parte III); otra posibilidad, hacer un recorrido analítico por aquellos capítulos que tienen más tiempo realizados y que no quisimos tocar apenas (cap. III parte I; caps. II, III parte II, cap. III parte III). La lectura completa,

obviamente, es la recomendada. No obstante advertimos, la ruta 3 parte I, 2,3 parte II, nos sitúa en un estadio genealógico precedente al del resto de la investigación. En esta travesía, cualquiera sea el camino, pondremos en juego conceptos fundamentales de la justicia transicional y de campos afines, que provienen de la hermenéutica jurídica, la sociología de la identidad, la teoría del estado, la política criminal y la victimología. Muchos de estos conceptos son neurálgicos en el trabajo y tienen padres o madres muy determinados. Así, aunque no lo digamos siempre, somos deudores de la filosofía del lenguaje, el poder y la violencia de Walter Benjamin. Asimismo, somos un mal eco de las teorizaciones y reflexiones sobre la decibilidad jurídica y la indecibilidad del franquismo, que generosamente nos ha trasladado de primera mano el magistrado de la Audiencia Nacional Ramón Sáez Varcárcel. Muchas gracias. También, nos gustaría dejar constancia de un uso abusivo y a veces poco riguroso de las nociones de catástrofe y vacío, que nos vinieron de primera mano, escrita y oralmente, del profesor Gabriel Gatti. A su obra y persona, agradecemos infinitamente la oportunidad de su palabra que nos permitió dar forma a nuestras intuiciones y mejorarlas. También nos sentimos en deuda con el Seminario sobre Justicia Transicional en España y el País Vasco, que se impartió en el Instituto de Sociología Jurídica de Oñati en 2014, particularmente, a las reflexiones y apoyo del profesor Joxerramon Bengoetxea. Quedo muy agradecida también al profesor Josep María Tamarit por su tiempo abriéndome el camino del derecho transicional; y a la jurista y legisladora Pilar Plaza, por sus reflexiones en torno al “sentido común” en la escritura jurídica.

\*\*\*

Esta investigación supone el fin de una etapa muy larga en el departamento de psicología social de la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB). A mis profesores y amigos de acogida, les quedo infinitamente agradecida, Lupi, Félix, Miquel, Margot, Juan, Ana, Luzma, Joel, Francisco, Mamen. En la misma ocasión, a Félix Vázquez mi director y maestro del tiempo. Muchas gracias por la compañía y excelentes lecturas y sugerencias. Por enseñarme a como “no ver” el Estado. A Juan Muñoz por su generosidad, al haber aceptado ser tutor en este trabajo. A la formación recibida de la mano de mi profesora María Sol Pérez Schael, que me permitió emprender con base sólida el reto de esta investigación. A Lupicinio Iñiguez, por haberme abierto las puertas de la investigación político-sanitaria; y otra vez a Lupi y a Miquel Doménech por la oportunidad de ingreso al

estudio en política criminal. A mis ex compañeras de l’Institut de Govern i Polítiques Públiques (IGOP), Marta Cruells y Eva Alfama, por su formación permanente en la coordinación de los proyectos. A Margot Pujal y Enrico Mora, por la oportunidad de mi formación en investigaciones en Género. Gracias a mis compañeros de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), mi gran escuela de formación permanente, Adriana, Sand, Rubén, Alexis, Laia, Dani, Israel, Anna, Eva, Lluïsa. A todos por la amistad que trajo consigo.

Muchas Gracias a Nizaià Casian por su empatía y generosidad en nuestro camino “común”.

La generosa ayuda y compañía de Eleonora Silva y Mònica Balltandre, es difícil de soportar con sólo una palabra. Mi gratitud más allá de los vocablos. En general, por el seguimiento, constancia, compañía, respeto y demás, mis amigos de acá y de allá, compañeros de vida, Marcia, Jesús, Pedro, Jorge, Horacio, Maryleo, Rodolfo, Anna y Claudio. Por el lado de acá, Anouché, Isabel, Mònica, Eduard, Anna, Leo, Sandra, Adriana, Blanca, Anna, Carla, Tonde, Inés y Miguel. De los dos lados, Claudia, Vicmar, Ybelice, Ele. De más allá, José, Lalo, Pancho, María José, Natalia. De dónde sea, mis queridos Chipi y Raúl. A la paciencia de los compañeros de despacho, Alex, Laura, Vicky, Miguel, Jordi y Dimitra; a Julio y Sergi además por los consejos y por animarme a finalizar.

A Lobo Harper y Leo Cayuela, por enseñarme a ser Susan Freeman.

Mi gratitud eterna para Patricia Planas, por acompañarme en el camino y en el proceso de ser persona.

Dedico este trabajo a mis padres (Brígida, Raúl, Marilú, Rafael), a mis hermanos (Raúl, David, Isabel, Tornillo, Daniela), a mis suegros (Antonio y Marisol) y, sobre todo, a mis amores, Juan y Carla. A ustedes, además, gracias por el tiempo de sus vidas.





# Parte Primera

## El modo de ser de la crónica en el estudio de un veredicto judicial “de experiencia”

*Hacia una psicología de segundo orden  
en el tratamiento judicial del pasado criminal franquista*





## CAPÍTULO PRIMERO

### La crónica como vínculo del extraño

*Bases de una episteme discursiva en el estudio de un veredicto judicial  
sólo apto para hermanos o para vencedores y vencidos*

Para comenzar, una aclaratoria, si se quiere de método, aunque lo es también de principios: ¿por qué llamar “crónica” a una observación sociológica en el marco de una tesis doctoral en psicología social? La respuesta no es tan sencilla, pues obliga a la exposición de tres recorridos bien diferenciados: una descripción teórica, una apuesta epistemológica y una fórmula de apropiación del objeto. Esta última, en nuestro caso, ante *el distanciamiento* “original” que deriva de la propia vivencia del “problema” en “territorio extranjero”. Sobre este fenómeno habla Paul Ricoeur en su filosofía del lenguaje, advirtiéndonos sobre la inconmensurabilidad de este último como punto de partida, no obstante, asomándonos la importancia de la imaginación como ejercicio de superación (Ricoeur, 1999).

Detentar la imaginación nos conduce a que el uso que hacemos de la noción (*crónica*) revela una conciencia discursiva. Esto es, abrigamos un pensamiento crítico-reflexivo en lo referente a la ontología y a la producción del conocimiento científico, que nos obliga a *girar* –en el sentido de la filosofía de John Austin– sabiéndonos ya lenguaje. Esto significa, en oposición a la *aporía de la plenitud del sentido* que rastreamos como crítica en la obra de Michel Foucault, que el contenido de esta crónica se presenta *oblicuo* –ya de entrada–, *perspectivo* y, precisamente por ello, *interpretativo* (Foucault, 1973). Si nos preguntan más, diremos que se trata de un contenido que se sabe ya repleto de escaras, consciente de las propias fisuras por las que el sentido se tergiversa, se reduce, se refracta. Esto es, desde el punto de vista de la teoría de la observación de Niklas Luhmann, la cuestión de la crónica implica la producción de un conocimiento reflexivo, que remite a sus puntos ciegos con el objeto de improbar su verdad y mostrar su apertura. Desde esta perspectiva, por tanto, la “crónica” supone aplicar sobre sí el mismo punto de vista –de la *observación*– de

*segundo orden* que vertemos sobre “el objeto” de esta investigación. Según este punto de vista, cualquier texto y, en general, cualquier *comunicación*, es el fruto de un esfuerzo de recomposición del sentido que realiza el sistema como consecuencia de la amenaza que ejerce la complejidad del entorno sobre su propia reproducción, lo cual es *a priori* arbitrario (Luhmann, 1996).

En términos generales, por tanto, al decir “crónica sociológica” asumimos el punto de vista del *discurso narrativo* formulado por Paul Ricoeur, en esencia contrapuesto a la conmensurabilidad del “cronista ideal”, capaz de atestiguar todos los acontecimientos del presente (Ricoeur, 1999). Contrapuesto, por tanto, al punto de vista del *observador privilegiado* que se asoma como contravalor en la teoría de la observación de Niklas Luhmann, capaz de albergar al unísono todos los puntos de vista en la simultaneidad de cada momento del sistema (Luhmann, 1998a; 1998b) En el mismo sentido, nuestra crónica tampoco pretende ninguna suerte de “enlightment”; si acaso resplandece, en paráfrasis de Friedrich Nietzsche en *La gaya ciencia* según Michel Foucault, es *como consecuencia del chispazo que arrojan las espadas de los instintos enfrentados* (Foucault, 1973). En el sustrato de esta investigación, consecuentemente, se aceleran y desaceleran las partículas en sus modos, sólo escrutable como entidad o como espíritu en la finitud de cada momento de esta crónica. Esto es, sólo como consecuencia de su determinación externa, que puede ser autoobservación; cuando un observador conculque su contingencia intentando “fotografiar su sentido” (Luhmann, 1998b).

En paráfrasis de la filosofía del lenguaje en Paul Ricoeur, por tanto, presentamos una combinatoria escrita de enunciados narrativos, descriptivos y argumentativos, que de forma equivalente al habla cotidiana exponemos intencionadamente, con el objeto de *decir algo sobre algo a alguien* (Ricoeur, 1999: 61-75). Esto es, sin entrar en las particularidades del objeto al que llamaremos *suceso*, hablaremos escriturariamente sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero (STS 10/2012). Más reflejos *a priori* de esta crónica son sus interlocutores inmediatos, en principio, la comunidad científica que nos evaluará, y los campos del saber y de la práctica que nuestro debate interpela, no obstante, que se harán contemporáneos sólo en la actualidad de sus lectores. En primer lugar, aludimos a la sociología de sistemas y a la psicología social discursiva, no obstante, a los campos de investigación en justicia transicional y en memoria histórica. En atención a estos últimos, más que inscribirnos hacemos una interpelación: **queremos rescatar la**

***actualidad* –o estatuto de presente– que tienen los efectos de esta sentencia en el sistema político español, apostándose para ello por la restitución del valor político de las nociones al uso, *víctima* y *memoria*, profundamente vaciadas de este contenido tras su captura en la sentencia que estudiamos y en la denominada Ley de Memoria Histórica (BOE). O peor, como dijera el filósofo Briceño Guerrero, por la propia desestabilización del sentido que promueve la repetición acrítica e incesante de las palabras (Briceño, 2007).**

En este sentido, el uso de la crónica también revela esta asunción: se trata de un acontecimiento del lenguaje en espera del sentido. Esto es, presentamos una combinatoria singular de acontecimientos dispersos que, bajo la forma de un texto, arrojamos al debate en espera de efectos de interlocución (Ricoeur, 1999). Ahora bien, conviene aclarar las expectativas que albergamos respecto a la interlocución, pues son éstas las que conllevan la apuesta respecto al conocimiento que deseamos plasmar a través de este estudio. En el envite de esta crónica, por tanto, más que *probar su verdad*, en las respuestas del *otro* esperamos *comprensión*. Esto es, esperamos la confirmación de su sentido, en tanto sea recibida como *información* y no como *ruido* en la comunidad de lenguaje donde deseamos arrojarla (Luhmann, 1998b). Desde este punto de vista, será su elocuencia y no su verdad aquello que validará nuestra producción de conocimiento.

Por supuesto, no podemos dejar de señalar que de esta comprensión también esperamos una suerte de conjura respecto a lo que no deja de parecernos un atrevimiento, al inmiscuirnos mediante su foco en un asunto turbio y peliagudo de la sociedad española. Aunque sea de manera soslayada, al decir esta crónica nos entrometemos en el ámbito que dibuja el combate por la historia y la memoria que, según Francisco Espinosa Maestre, se libra en España a propósito de los acontecimientos del golpe militar, la guerra civil y la dictadura franquista (Espinosa, 2014).

Dicho en atención a la teoría de la comunicación de Niklas Luhmann, por tanto, a través de esta crónica esperamos suscitar efectos de *resonancia* tras su arrojado en estas lides: tan sencillo y tan sociológicamente complejo como reinsertarlo en el proceso comunicativo y que se comprenda, precisamente, como una *aportación* a la problemática mencionada (Luhmann, 1998b). Como ya señalábamos más arriba, *la comunicación* se entiende como un logro reproductivo del sistema, en su incesante esfuerzo por transformar en

*interacciones comprensivas* la autorreferencia basal de los sistemas sociales compuesta por relaciones con *doble contingencia* entre participantes que se perciben como *cajas negras* (Luhmann, 1989). En este sentido, si del arrojo de esta crónica en la comunidad de habla sólo se obtuviese la indiferencia o, peor aún, el *ruido* entre las voces y miradas a las que interpela, significaría que la contingencia de esta crónica no pudo ser determinada como información, ni las rupturas que proponemos pudieron ser escuchadas. Tal vez eso signifique la muerte de esta crónica, pero tal vez sólo quiera decir que debemos dejarla en reposo, hasta cuando los oídos del sistema político español estén preparados para su escucha, y ya entenderemos de qué se trata.

### **1. La crónica como emblema de la episteme discursiva**

Este temor, sin embargo, no sólo se debe a la incertidumbre necesaria que despierta toda comunicación cuando es emprendida. A este sumamos otro, si se quiere más acotado, que procede de la aplicación –que hacemos– del mismo estatuto teórico de esta crónica a la sentencia que estudiamos. Esto es, nos inquietan los efectos (de indiferencia, soslayo o ruido, e incluso de enfado) que pueda suscitar acogernos al espectro epistemológico que promueven las corrientes postestructuralistas, analíticas pragmatistas y constructivistas de los autores arriba mencionados, en el estudio de una sentencia judicial polémica, más bien analizada desde la ciencia judicial o jurisprudencial y desde el activismo en derechos humanos.

En este sentido, no sabemos cómo serán acogidas las rupturas teóricas y epistemológicas que conlleva este enfoque en el estudio de una sentencia que ha sido analizada desde posturas que *a priori* naturalizan algunas de las entidades discursivas que la sostienen (imperio de la ley, el principio de la legalidad o el derecho internacional penal y de los derechos humanos). Además, hemos escogido una sentencia que se encuentra muy connotada por la crítica, esto es, colmada de explicaciones *a priori* que, a nuestro juicio, no permiten apreciar su contingencia. Por ejemplo, Carlos Jiménez Villarejo la entiende como pervivencia y preexistencia del franquismo, Javier Chinchón Álvarez como macroimpunidad y Rafael Escudero Alday como política de vencedores. Entonces, a pesar de albergar otras naturalizaciones en esta crónica, nuestro temor procede precisamente de las implicaciones inmediatas del enfoque, toda vez que busca desembarazarla específicamente de cualquier *a priori* explicativo. Es decir, deslastrarla de cualquier entelequia que, con

independencia del propio contexto de su producción, fuera responsable de la emanación de su sentido. Esto implica, por ejemplo, no hablar de impunidad en sentido *a priori* o como *ilocución* del texto (Ricoeur, 1999), hasta valorar en qué modo se inscribe la sentencia dentro de una estrategia de dominación más extensa que tiene que ver con el *gobierno de la víctima*, como sostiene Gabriel Gatti en sus investigaciones (Gatti, 2016).

Lo radical es, entonces, que la confrontación de la sentencia con la episteme de nuestra crónica socava hasta el sustrato o modo de ser de sus *palabras*. Cuando decimos “palabras”, aclaramos, empleamos un genérico para significar más bien el producto de su composición en enunciados y en estructuras que los vinculan entre sí (Ricoeur, 1999). En este sentido, al proseguir con la teoría del texto del autor y especificamos al caso del texto judicial, advertimos que tanto “el derecho” de la sentencia como los “hechos” que condensa son *discursos*. Esto es, tanto la reconstrucción de los hechos que se exponen a juicio por un supuesto delito de *prevaricación judicial* como los fundamentos de derecho que componen la interpretación del derecho/argumentación jurídica de la decisión, de absolución del juez Baltasar Garzón, constituyen discursos que se ponen al servicio de una motivación judicial de carácter transversal. En este caso, como veremos, al servicio del siguiente argumento: **el juez no prevaricó pero se equivocó**, al tipificar los hechos como delito permanente de detención ilegal (equivalente a desaparición forzada de personas) sin dar razón del paradero de la víctima, en el contexto de crímenes contra la humanidad (STS 101/2012).

Nuestro enfoque, por tanto, socava los fundamentos de esta supuesta equivocación, cuestionando la verdad de sus unidades discursivas mínimas, de sus estructuras argumentativas y, consecuentemente, denunciando su pragmática política en la producción de vacíos o excepciones.

Ahora bien, cabe decir en favor de las rupturas que promueve nuestra crónica, que la propia realidad política nacional ya se ha encargado, previamente, de la socavación de los sedimentos de la sentencia, haciendo más evidente su condición de discurso. Esto es, el alcance de la historiografía de la represión, el propio proceso de desencanto vivido como correlato de la transición española y, sobre todo, los movimientos de memoria que se han erigido desde 2000, se han encargado de desajustar muchas de las palabras de esta sentencia. Por ejemplo, la historiografía de la represión se ha encargado de desajustar el



absoluto historiográfico de “la guerra civil española”, asomándonos evidencias y relatándonos episodios de una represión emprendida sobre la población civil en territorios en los cuales no hubo resistencia (Espinosa, 2014; Preston, 2011). En el mismo sentido, la literatura crítica con el período denominado, la transición española, se muestra reacia con el sustrato del proceso político conocido y mentado en la sentencia como “el pacto de concordia y reconciliación”. Como también veremos, los estudios de Alberto Medina dejan sin efecto la legitimidad que se otorga a este pacto en la sentencia como fundamento de la Ley de Amnistía de 1977 (STS 101/2012). En este sentido, el autor sostiene que en el período y episodio denominado, *la transición española*, se produjo una disociación del sistema político español que condensa, la simulación de un modo de ser y la continuidad silenciosa del otro modo de ser, cuyos efectos son el desencantamiento inmediato del futuro prometido de la democracia que no llega. Los movimientos de memoria que irrumpen desde el año 2000, acaban por socavar ambas palabras, *guerra* y *reconciliación*, evidenciando tras las exhumaciones de las fosas el carácter represivo y orquestado de la represión, y tras las demandas de justicia por parte de las víctimas, el carácter espurio del pacto y la necesidad de una refundación política, por así decirlo.

En este sentido, podemos decir en atención a la teoría del texto narrativo de Paul Ricoeur, que la sentencia no habla de la guerra ni del pacto sino que emplea el *discurso de la guerra civil española y del pacto de concordia y reconciliación* con el objeto de inhibir la potestad sancionadora del Estado (STS 101/2012).

En definitiva, amén de las propias críticas que sobre la sentencia se han realizado, y sobre el juicio que la precede, nos topamos con una academia, una judicatura, una fiscalía y una opinión pública enfática contra el reduccionismo de la sentencia. La sensación que produce al lector es, si se nos permite el juicio, de anacronismo, como si la naturaleza del mundo que proyecta la sentencia ya no convence a nadie, diríase que por desbordamiento de la realidad. Esto es, de la realidad política e historiográfica que la sentencia “desconoce”, como si hubiese estado escrita en contra del tiempo. Esta imagen que obtenemos de la historiografía jurídica de Bartolomé Clavero (Clavero, 2015), es coincidente con la denuncia que hace Carlos Jiménez Villarejo respecto al caso omiso que hace esta sentencia de la realidad de las propias víctimas del franquismo. Incluso, desconociendo la experiencia de aquellas “víctimas” que, como veremos, acudieron en calidad de testigos a explicar por qué 6 años antes habían puesto una denuncia en la Audiencia Nacional por

desaparición de familiares a partir de 1936 (Jiménez Villarejo, 2012). Al hacerlo, lógicamente, hablaron de la represión del régimen franquista sobre sus propios familiares y sobre sus propias personas, no existiendo mención alguna sobre estos testimonios en la sentencia. (Vease juicio en Youtube: Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica (ARMH): Juicio a Baltasar Garzón por el franquismo).

### *1.1 Crónica y tiempo presente*

En el marco de su propio texto, por tanto, este enfoque implicará la socavación definitiva de los “modos de ser” de la verdad de la sentencia en aras de nuevas interpretaciones, más acordes a la contemporaneidad de un sistema político que no ha cesado desde entonces de lidiar con los problemas de su reproducción. Esto es, asumiremos con Niklas Luhmann la premisa según la cual el sistema político español lidia en primera instancia con la producción de sus comunicaciones, que son decisiones, bajo la presión de las relaciones que establece este sistema con su entorno, verbigracia, economía, leyes, electores (Luhmann, 1998b). Desde este punto de vista es plausible apostar por un tratamiento singular o “singularizante” de la sentencia, deslastrándola de cualquier *a priori* de causalidad y sometiénola tan sólo a los vaivenes del lenguaje en su condición de medio de comunicación, por tanto, medio de la reproducción social (Luhmann, 1998b). En este mismo sentido, apostamos por la socavación de sus enunciados, entendiéndolos como discursos, esto es, como cáscaras huecas o formas emergentes que identifican elementos en el marco de una relación entre éstos que también es discursiva.

En el marco de la sentencia, por tanto, se trata de socavar los fundamentos de esta verdad relacional que da sentido a sus elementos y que se halla en el marco que dibuja la *argumentación* y la *interpretación* jurídicas. Según Paul Ricoeur, son estas operaciones aquellas que definen los contornos de la verdad jurídica, organizando uno de los vectores temporales de su género narrativo (Ricoeur, 1997). En este sentido, se trata de socavar su verdad dando cuenta del “modo de ser” de su singularidad y estructura narrativa, en sí, artífices de la organización del sentido, como momento del sistema judicial y como linealidad y relato de la relación entre los elementos (Ricoeur, 1999). En cuanto a relato, sin embargo, es que nos detendremos a explorar su sentido, según nuestro paradigma, con

el objeto de determinar sus formas (mundo, objetos, sujetos) e interrogarlos en su función, toda vez que ésta ha fungido y es tildada de “sentencia de punto final” (Clavero, 2015).

Visto desde un espectro más extenso, el “modo de ser” de esta crónica consistiría en extraer la sentencia –cual pieza– de los marcos interpretativos que la naturalizan e ingresarla en otros que permitan desempolvarla, reinterpretándola como un acto político cargado de presente. Por ello, debemos comprender su función organizativa del tiempo social y su sentido político consecuente, que no es sólo o no es tanto reproducir el franquismo o la impunidad. En este sentido, la operación que estamos a punto de “cronificar”, implica, según el Foucault de Gilles Deleuze, desajustar los hechos y las identidades de la sentencia, convirtiéndolas en entidades discursivas inmanentes al régimen de enunciación que actualizan en una formación histórica determinada (Deleuze, 1988) y a partir de ello preguntar por su estrategia, como dice Foucault, entendiéndose que la correspondencia entre lo que se dice en la sentencia y lo que se ve no depende de la naturaleza del objeto o de las propiedades del sujeto, antes bien, de un régimen de verdad externo que certifica su correspondencia y que se inscribe o constituye en una estrategia de dominación más extensa en la que puede presuponerse su contribución (Deleuze, 1988).

En este sentido, nuestra búsqueda es doble aunque se asienta sobre la misma premisa: a) de un lado, desajustar los elementos de la sentencia a objeto de apreciar su contingencia, esto es, que pudo haber sido de otra manera y serlo también; del otro (Luhmann, 1998b), por tanto, preguntar por su contribución en el régimen de verdad en tanto texto productor y reproductor del sentido de aquello que está y de lo que no está, especialmente de las identidades; y b) preguntar por este régimen de verdad y por su contribución o modo de encaje en una estrategia de dominación más extensa.

Ya veremos los alcances de esto último, que ya hemos sugerido que pretende trascender la idea de que la estrategia es la impunidad en sí misma; en nuestra idea es trascenderla hasta dar con claves de una política contemporánea en la cual esta sentencia es productora activa: ¿cuál es?, ¿qué puede ser aquello que rija la sentencia más allá de la desactivación del *ius punendi* a la que esta misma se aboca?

\*\*\*

Vayamos por partes, como ya sugeríamos, invocando cual mantra la obra de John Langshaw Austin, *Cómo hacer cosas con palabras* (1995), con el objeto de significar el desplazamiento epistemológico que proponemos: el hundimiento definitivo del pasado en las arenas movedizas del lenguaje, siempre presente (Austin, 1995). Es de temerse la reacción, por tanto, en el sentido de que no sólo será la parafernalia del dictador aquello que arrojaremos de la torre: caerán también, por su propio peso, las identidades de las *víctimas del franquismo*, no obstante, bajo promesa de restitución política más allá de los muros de la familia, dónde la ley prefiere alojarlas. Esta crónica, al decirse a sí misma, constituye una denuncia respecto a la maniobra de vaciamiento que hace la sentencia respecto a la experiencia de los represaliados del régimen. Sin embargo, sólo si hacemos comprender, al final de la crónica, que la identidad, *víctimas del franquismo*, es un arma de doble filo, inmanente a la dominación contemporánea, podemos completar nuestra propuesta de restitución. En el eco de Nietzsche nos volvemos a encontrar, queriendo “reventar las palabras” (Foucault, 1973).

## **2. La sentencia judicial como un discurso del presente**

Ahora bien: ¿cuál es el trasfondo de este reventón? Si, al hacer abstracción filosófica de las palabras, nos detenemos por un instante en la escena que dibuja Georges Steiner en su obra, nos descubrimos de inmediato como “ángeles caídos” tras la empresa de Babel. Esto es, *after Babel*, nos sorprendemos en tanto “experiencias hablantes” condenadas a la irreductibilidad de la diferencia, a causa de la osadía de habernos puesto de acuerdo para tocar el cielo. Aunque no pretendemos ninguna exégesis al traer esta imagen, no sabemos a ciencia cierta cuál de los dos atrevimientos fue el que desató la ira de Jehová. A simple vista, tan sólo atendiendo al sentido recto de estas palabras, el castigo pareciera haber sido concebido para atacar el problema en su raíz (y acaso en su peligrosidad): “...Ahora, pues, descendamos, y confundamos allí su lengua, para que ninguno entienda el habla de su compañero...” que se dijera de Yahveh en el pasaje de la torre de babel en el libro del génesis (Biblia, 1999). En este sentido, la apuesta hermenéutica que realiza Steiner en referencia a la traducción (Steiner, 1998), nos es psicosociológicamente relevante para explicar nuestra apuesta epistemológica contenida en la expresión que adjudicamos a Foucault acerca de “reventar las palabras” (Foucault, 1973).

A primera vista, podría pensarse que al hablarse de una confusión de sus lenguas, la condena de Babel sería una suerte de cadena perpetua “representacionista”. Esto es, que la confusión tan sólo tendría que ver con la forma de las palabras, reventándose exclusivamente el consenso semiótico respecto al mundo, no obstante manteniéndose este último traslucido para los nuevos hablantes de lenguas diversas. Sin embargo, el hecho de que se trate de “lenguas esparcidas por el mundo”, cual es el colofón de Babel, la diversificación de la experiencia y, por tanto, el ocaso óptico de la mismidad del paraíso terrenal. Es decir, aunque Adam se hubiese convertido en políglota, la confusión se hubiese seguido manifestando, pues aquello que provocó Jehová fue precisamente la descomposición de Adam, a la sazón de la eternidad responsable de nombrar en conformidad con la palabra revelada.

Desde nuestro punto de vista, que insistimos sólo pretende un valor heurístico a los efectos de la crónica, los vocablos de Adam fueron confundidos y sin posibilidad de recuperación, abandonándose la renovación de la palabra a la experiencia humana en un mundo deslocalizado y desde entonces repleto de puntos de vista. Muere así la eternidad, nace el tiempo y el mundo se llena de profetas, esto es, nace la conciencia de finitud vinculada a la experiencia, en el sentido de Walter Benjamin. O bien, en el sentido de Friedrich Nietzsche o de Paul Ricoeur, respectivamente, emerge la conciencia de la espera o de la duración; y, en sentido general, irrumpe la conciencia de la diferencia, del cambio de estado, que nos acerca más a quienes vinculan la convención del tiempo a la experiencia del cambio y no del movimiento, como Luhmann (Luhmann, 1998a; 1998b).

La recreación de esta suerte de “eternidad rota” como mito del nacimiento del tiempo, resulta útil a su vez para comprender el modo de ser o semántica de la política que nos interesa, precisamente, reseñando su consustancial nacimiento en la escena de Babel. En el mismo sentido, el traductor hermeneuta que nos presenta la obra de Steiner es un explorador de la semántica, el modo de ser de la vida entre esos seres hablantes se transforma en lidiar entre sí y consigo mismo en términos de diferencia. Esto es lo que suscita la incompreensión (Steiner, 1989). Esta idea de *política* es asimilable a la propuesta por Hannah Arendt, como ese *espacio entre los hombres* que es inmanente a su encuentro como diferencias (Arendt, 1997), de cuyos rendimientos conceptuales se desprenden consecuencias respecto al denominado *problema del conocimiento*, que ya venimos

trabajando en sentido amplio, intentando otorgar una función y un estatuto a nuestra producción.

En términos más específicos, por tanto, las implicaciones de subsumir una problemática a la otra en el espacio de esta crónica, significa presuponer una función específica a la producción científica y otra a la verdad jurídica en ese espacio intersticial de máxima incompreensión que hemos denominado “política”, *post o after Babel*. Si, como decimos más arriba, la problemática que trabajamos en la sentencia que estudiamos se inscribe en la escena de un combate narrativo que pretende la verdad, después de haber hecho un primer esbozo de la conjunción problemática entre conocimiento y política, la pregunta no sería tanto: ¿Qué nombre hubiese puesto Adam a los acontecimientos en disputa (guerra, reconciliación, golpe militar y represión fascista o crímenes contra la humanidad)? Más bien, conscientes de la muerte de Adam por desintegración: ¿a quién o a qué acudimos a la hora de nombrar esta realidad?

Avanzando un poco más las cosas, debemos dejar claro que esta sentencia lo que hace es, precisamente, nombrar “esa realidad” de una manera determinada y con una actitud determinada. Esta crónica, a su vez, lo hace y quiere hacerlo con esas formas y maneras de la sentencia. Según lo que hemos dicho hasta ahora, queremos que nuestras maneras, sin dejar de ser sociológicas, lo sean nuestras, asumiendo que aquello que consta en la sentencia lo es de suyo y no de Dios, y esto nos lleva de regreso al drama de la política “post torre”.

Desde el punto de vista de la filosofía de Walter Benjamin, el problema que se desprende de la catástrofe de Babel es la condena del espíritu a no poder ser expresado (Benjamin, 1971). Si como decíamos, los efectos de Babel enturbiaron para siempre la comprensión de la palabra revelada a causa del abandono del conocimiento a la experiencia, el lenguaje es siempre deficitario para expresar y/o comprender el espíritu del mundo. Esto es, la narración que expresa esa conciencia del ser y del estar en el mundo de manera finita, esto es, en-el tiempo, es irreductible a otras experiencias y, por tanto, es indecible al lenguaje que cuando mucho la coteja. Desde el punto de vista de Benjamin, la naturaleza se muestra siempre bajo una gran aflicción, precisamente por no poder ser narrada en su espíritu (Benjamin, 1991). A esta irreductibilidad del espíritu, que es la irreductibilidad de cualquier experiencia, también la llamaremos inconmensurabilidad, significando también

la incapacidad del lenguaje para poder hacerlo. Esto es, en el sentido de Paul Ricoeur, el lenguaje y la realidad son irreductibles respectivamente uno del otro (Ricoeur, 1999). En el sentido de Michel Foucault, esta es la problemática que da pie a la inferencia del poder, esto es, allí donde veamos correspondencias entre ambas instancias, estamos obligados a presuponer un vínculo de dominación, constitutivo de una formación histórica (Deleuze, 1968). Desde el punto de vista de este autor, respecto a una experiencia otra o respecto a ese modo de mostrarse de la realidad siempre cargado de luces y sombras, el régimen discursivo delimita un *ámbito de decibilidad*. Esto es, un régimen de verdad o régimen discursivo supone el arropar con “mantos pespunteados” a esas luces y sombras, superponiéndole agujeros que, como códigos o mechas, ejercerán en lo sucesivo de pivotes y/o elementos sustantivos en las sucesivas combinaciones de sentidos que se produzcan a propósito de su entrelazamiento. Desde el punto de vista expuesto por Gilles Deleuze y Félix Guattari en *Mil mesetas*, ésta sería la típica operación que realiza el estado respecto a la política que conculca tras esta captura o *sobrecodificación* (Deleuze, 2002) Esto es, entonces, el *espacio de decibilidad* que se erige como consecuencia de la generación de un régimen de verdad sobre una realidad (espíritu, experiencia) *ontológicamente indecible*. (Deleuze, 1988).

Aunque luego volveremos sobre estas ideas, conviene distinguir desde ya esta noción de *indecibilidad ontológica* de la noción de *indecibilidad jurídica* que aquí trabajamos. En el primer caso, hablamos de una imposibilidad, que es relativa a la propia existencia de las cosas como inaccesible en su espíritu o modo de ser, esto es, la correspondencia que determina la verdad del conocimiento en Spinoza (según Foucault) o la justicia de la legalidad en el derecho positivo (según Kelsen), se muestra por esta vía imposibilitada por el nulo acceso del lenguaje a la revelación de su espíritu (Benjamin, 1971). En el segundo caso, que tomamos del magistrado Ramón Sáez Valcárcel, hablamos de *indecibilidad jurídica* para hablar propiamente del régimen de la verdad que impone el código penal de 1995 al no incorporar el derecho penal internacional y de los derechos humanos para hablar del franquismo y de su expresión traumática en los cuerpos y almas de muchas personas (Sáez Valcárcel, 2009). En este último caso, la indecibilidad se opone a la amplitud de la decibilidad del derecho en tanto manto o lenguaje más extenso. En fin, decir el franquismo desde el derecho español de 1995 o decirlo desde el derecho penal internacional forma parte del mismo régimen de la verdad o ámbito de decibilidad en sentido general. El magistrado lo emplea, sin embargo, en sentido restringido, advirtiendo

de la necesidad de poderlo pronunciar desde el derecho penal internacional. Por cierto, si aún no lo hemos expresado, esa es la disputa que actualiza la sentencia que estudiamos. Por ahora, nos circunscribimos todavía al ámbito de la *indecibilidad ontológica* y de los regímenes discursivos, intentando comprender su problemática.

En la obra de Walter Benjamin, esta problemática de indecibilidad o incompreensión se sitúa en la raíz de la injusticia, significándose a la palabra –y nos atrevemos a decir, la política– como aquel espacio en el cual el sentido puede ser restituido. Por tanto, la justicia recompuesta y la verdad, probablemente vuelta a revelar en alguna suerte de refundación del sentido. Esto último, sólo lo afirmamos por oposición, tras sentir esa aflicción de la que hablan sus textos, dándonos a entender una comprensión o, más bien, un sentir deficitario del mundo. Así, a nuestro modo de ver, sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los hombres, Benjamin no sólo nos comenta la aflicción, también denuncia esa función osca que se arroga al derecho de suplir las diferencias o disputas por causa de la incompreensión y la indecibilidad (Benjamin, 1986). De hecho, para una crítica de la violencia, es incluso más contundente, asegurando esta operación en los términos de un sedimento de violencia sobre violencia contenido en la ley (Benjamin, 1998). Es aquí, de hecho, donde se ve con claridad la oposición que hace entre la palabra y el derecho o la violencia (Benjamin, 1971), aún cuando, ensayos antes o ensayos después, depura más su idea de palabra, vinculando su genuinidad a la capacidad de experiencia (Benjamin, 1986). El mundo técnico también nos desposee de ésta, planteándonos un falso retorno a la eternidad.

Es precisamente esa “atrofia” de la experiencia, que ya no se necesita a sí misma en el relato de un mundo ya hipertrofiado en el eco de tantas palabras, aquello que nos anima a seguir explorando el poder de las palabras. Un mundo narciso que por esta causa vuelve a aspirar la eternidad.

Esto es, nos encantaría detenernos aquí en la obra de Benjamin, acaso para acompañarlo en su dignidad, fundando esta crónica en esta suerte de ética de la correspondencia o de la plenitud que le adjudicamos. Es decir, que quizás tendríamos que ser consecuentes con su denuncia hecha sobre la fatua aspiración de eternidad de un mundo que se regodea sin fin en el reflejo de sus propias palabras, no dejándonos atrapar tampoco por los detentadores de la palabra hueca y del poder brutal, banal. Tendríamos pues que denunciar la fatuidad



de la sentencia, como un sucedáneo más de relato de consigna o relato sin experiencia, como hiciera Benjamin con aquellos que después se verían retratados precisamente en su banalidad. En cierta forma, la obra de Hannah Arendt sobre la *banalidad del mal*, es un homenaje póstumo a profundidad de la obra de Walter Benjamin y de su modo de morir, que también quedará inenarrable (indecible), o, ciertamente, quedará atrofiada en el relato de muerte de quienes nunca la experimentaron.

Ese relato imposible de testigos como los que comenta Giorgio Agamben o el mismo Jorge Semprún, reconociéndose como uno de éstos en *La escritura o la vida*. Podríamos, entonces, proseguir con el homenaje, deteniéndonos aquí, y denunciar la sentencia, atribuyendo su vaciedad a una pérdida, a una atrofia, a una muerte, como también hace Jean Baudrillard al señalar dicha hipertrofia del sentido como la muerte de la metáfora que es la muerte de la experiencia, de la esencia, de la sustancia, de la materialidad de las cosas. Dinero inorgánico, sin más.

O bien, podríamos honrarlo si proseguimos en la línea de su análisis, acaso profiriendo denuncias que vayan más allá de la fatuidad de las palabras, precisamente advirtiendo como también hacía Benjamin que todo cuanto la llena en su contemporaneidad tiene que ver con la violencia. Y un poco más allá, en el sentido de Michel Foucault, también tiene que ver con la sutileza de un poder que no sólo mata, que no sólo produce almas en serie sino que también genera el tiempo y los espacios para la existencia, y en el mismo sentido los niega. Así es la apuesta del autor que se encuentra en *La voluntad de saber*. Proseguimos así, con éste, homenajeando a Walter Benjamin, encontrándonos en un mundo ya completamente dissociado entre la experiencia y la palabra, aturdidos en medio de la fábrica de relatos; identificándonos, sin embargo, en los relatos de los otros como si fueran experiencias comunes, en el sentido de John Stuart Hall. No obstante, sentados sobre un cuerpo enfermo que no puede ser narrado. Sentados, eso sí, viendo series de televisión y, en el sentido de Hall, consumiendo las nuevas tecnologías y participando del consenso liberal sin apenas haber salido de la habitación (Hall, 1981).

Este camino explica, entonces, el mantra que hemos escogido, y también, la apuesta epistémica arriba señalada y el enfoque que hacemos de la sentencia que estudiamos. Esto es, no sólo esta última sino también esta crónica, encuentran su sentido último como **producción de realidad**. Esto es, como un relato del mundo, del nosotros y de los otros,

que se erige como aportación en la reproducción del sentido de un mundo que produce y consume relatos, muchos de ellos con consecuencias terribles para las experiencias de vida que son codificadas desde su manto de codificación. Esto es, como dice Paul Ricoeur, todo relato genera su mundo, su *nosotros* y su *ellos*, gozando del derecho de poder vinculante y gozando esta crónica, esperamos, de poder de denuncia de ese poder constructor de realidad.

### **3. El nosotros sociológico como vínculo primigenio; y el ellos...**

Al decir “esta crónica”, consecuentemente, nos diluimos en ese “nosotros” narrativo socio y psicosociológico, del cual algo ya hemos esbozado (en la advertencia que hacemos sobre nuestra forma de narrar este texto), pero del que, al haberlo usufructuado a lo largo del proceso de investigación, nos sentimos cada vez más deficitarias. Esto es, después de habitarlo en tanto fórmula de apropiación de la sentencia que estudiamos, nos ha permitido un mayor conocimiento de nosotros mismos, precisamente al permitirnos descubrir que el nosotros de esta investigación excede por mucho el nosotros de las ciencias sociales. De aquí pues, una necesidad más para llamarla “crónica”, al no tratarse ya de un yo estrictamente académico. Esta idea, que reeditamos a partir del uso de la noción *apropiación* en Paul Ricoeur, nos permite percibirnos a su vez en la inmanencia del propio texto, como decíamos, pero también, en el meollo de un texto si se quiere más extenso, compuesto por nuestra comunidad de lenguaje (Ricoeur, 1999). Desde este punto de vista, tanto las identidades del texto como su organización interna y su contenido se deben a regímenes de verdad que el texto confronta (Ricoeur), enlaza (Foucault), actualiza (Luhmann). Aunque el texto lo actualice y éste sea la forma de estudiarlo, entendemos este régimen como externo tanto al texto como a la subjetividad de quien lo narra.

En este sentido, la verdad de los textos científicos la entendemos como una estrategia de la dominación. Esto es, como un modo de organización de los acontecimientos, por ejemplo, al interior de una sentencia o de una investigación, que se erige como método a efectos de conculcar la contingencia y estabilizar un modo por encima de los demás. Esta estabilización, por tanto, supone la creación de un punto de vista privilegiado de la observación que es el que, precisamente, nuestra crónica rebate como ya hemos expresado. En este sentido, del mismo modo en que no asumimos la preexistencia de una entelequia concatenando racional u objetivamente los acontecimientos de la sentencia en

explicaciones causales o de sustancias en la sentencia, tampoco el modo en el cual organizamos el discurso en este texto es en sí portador de ningún método de aproximación válido o correcto. Desde este punto de vista, podríamos decir que la interpretación y argumentación jurídica se hermanan entre sí y respecto al método científico, según Paul Ricoeur y Michel Foucault, precisamente en la función que mencionábamos. De un lado, en la organización de un punto de vista privilegiado, similar al del cronista ideal, que genere la ilusión de correspondencia entre la narración y lo narrado a efectos de la legitimación del contenido. A esto es lo que se llama “verdad jurídica”, en el lenguaje del derecho, y “conocimiento” o “verdad” en el lenguaje de las ciencias sociales.

Más bien, entonces, con esta crónica se trata de un modo de hablar de la sentencia, que si bien tiende al infinito, pues jamás nunca tocará la realidad de su espíritu en su modo de darse o expresarse, se revela imaginativa al menos en cuanto táctica de convencimiento. Sin ánimos de redundar, por tanto, esta crónica se erige persuasiva y envolvente como consecuencia de sus asunciones fundamentales: a) el problema de la inconmensurabilidad entre realidad y lenguaje; b) la necesidad de comunicar una ruptura epistemológica que actúe como “retroviral” en la reproducción de un saber nefasto en el sistema político español del cual esta sentencia es portadora.

Desde este punto de vista, recuperándonos como sujeto aún a consciencia de su discursividad, nos alejamos del fantasma de la objetividad y de sus correlatos terribles, la exclusión de la verdad y del sentido de todo aquello que no quepa en el objeto (paradójicamente). Esta es, precisamente, la recuperación para la historia y la filosofía que emprenden y por ello hermana en cierta forma a Ricoeur y a Foucault, denunciando precisamente la aniquilación que hizo la ciencia del sujeto de habla o de la historia cuando el lenguaje o la historia fueron transformadas en objeto.

Como puede verse, entonces, con el uso de la *crónica* y, sobre todo, con el uso del adjetivo *sociológica*, queremos subrayar la condición lingüístico-discursiva de las ciencias sociales. Esto es, al detentar un nosotros sociológico y psicosociológico, y al hacerlo visible como sujeto de actualidad en el diálogo más extenso de la comunidad de lenguaje y del contexto, en el cual la organización interna que suele determinar su método se entiende como un régimen del discurso vinculado a una estrategia de dominación, nos obligamos también a cuestionar la validez de sus propias producciones en aras de alguna funcionalidad práctica

del saber científico (Ricoeur, 1999). Esto es, pues, que no siendo portadora su estructura argumentativa al mismo tiempo de ningún método de validación, ni sus objetos y sujetos portadores del sentido en términos de sustancia, la crónica que presentamos se revela como una función.

La problemática que denuncia el uso de la crónica como forma de narrar la investigación es, por tanto, doble: a) de un lado, reconoce la imposibilidad de escapar a la mediación del lenguaje en el cometido de hablar de un mundo que se revela irreductible (Ricoeur, 1999; Deleuze, 1988); b) del otro, reconoce la problemática del método en ciencias sociales como el resultado de luchas de poder que estabilizan unos u otros en un momento dado, apostando por su superación en la exposición de la forma-narrativo descriptiva que contiene. En el primer caso, se trata de superar tras el reconocimiento de su inconmensurabilidad, una propuesta de lenguaje aproximativo, creativo, que logre la función que pretende. En el segundo, superar su propia dominación.

### *3.1. La afectación política como vínculo*

La expresión “crónica sociológica” posee, sin embargo, una tercera justificación. En el uso que hacemos, la noción revela un esfuerzo de “empatía” con el objeto, dando cuenta de la *vivencia complicada* que desde temprano tuvimos. Si como nos muestra Paul Ricoeur, *la apropiación* es uno de los mecanismos de recuperación del sentido, esta crónica es el esfuerzo de apropiación de una problemática que al principio se le mostraba extraña (Ricoeur, 1999). En nuestras primeras aproximaciones, ni la sociología ni la psicología social nos eran suficientes para acortar la aparente brecha del protagonismo o la pertenencia. Esto es, no nos autorizaban por sí solas a entrar en un mundo de objetos e identidades, más bien legitimados por la vivencia, el parentesco o la nacionalidad. Nosotros “ni somos ni estuvimos”, borrando de nuestra faz cualquier *a priori* de conocimiento legítimo, que nos permitiese ingresar en la comunidad lingüística que en apariencia lo pretende a modo de interlocutores válidos.

El objeto se resistía, incluso cuando desde la ciencia jurisprudencial, la antropología jurídica o el joven campo de la justicia transicional se nos dijera que la sentencia en estudio forma parte de un caso (*el caso español*), universalmente reconocible como violencia de estado y crímenes de lesa humanidad (FIBGAR, 2014). Como ya mencionábamos, la

sentencia que presentamos emerge en el seno de un combate narrativo por la verdad, la historia y la memoria que se libra en España a propósito de los acontecimientos del golpe militar, la guerra civil y la dictadura franquista (Espinosa, 2014). En este combate, las memorias de represaliadas y represaliados desempeñaron un papel definitorio en la contravención de la historia oficial del régimen franquista, siendo su experiencia la gran garante del contenido y de la legitimidad de su habla (Navarro, 2011; Cuesta, 2008; 2007).

Más tarde descubrimos, sin embargo, que son los códigos identitarios que hegemonizan esta pugna, en el sentido de Stuart Hall, aquello que nos expulsa verdaderamente del debate en calidad de terceros excluidos (Hall, 1981). La denominada *historiografía de la represión* (Espinosa, 2014), nos enseña que tanto la “guerra civil española” como sus identidades correspondientes son una construcción ideológica del régimen de Franco, en su campaña de legitimación del golpe militar a la República en 1936. No en todo el territorio nacional se produjo enfrentamiento militar entre bandos de nacionales y republicanos, siendo las identidades de vencedores y vencidos el sello ideológico del nuevo estado (Espinosa, 2014). En nuestra opinión, estas categorías rigen aún este combate por la memoria, encarnándose *diabólicamente* en las identidades que polariza, totalizando un espacio del que nadie puede escapar o al que nadie puede ingresar sin ser interpelado en su deber o en su vínculo de pertenencia. Incluso se ha llegado a afirmar que esta experiencia es determinante del contenido del relato que se pueda llegar a engendrar, no siendo posible ni narrar la experiencia del contrario ni empatizar con lo sucedido (Navarro, 2011). En este sentido, *ni vencedores ni vencidos*, en paráfrasis inversa a la acostumbrada, define nuestra posición inicial de sujeto en esta investigación.

Este tercer descubrimiento, entonces, nos arrojó a nuestra definitiva localización. Acto seguido al hallazgo de las construcciones históricas, nos es posible conjeturar: que son los mismos elementos que nos expulsan del conflicto aquellos que lo despolitizan, singularizándolo hasta rozar los límites del exotismo (...de pandereta) del cual el cine de Berlanga da buena cuenta. Frente a una construcción de la guerra como la que se nos muestra en *La vaquilla*, por ejemplo, las historiografías de Francisco Espinosa Maestre y Paul Preston nos retornan a un espacio de identificación, enseñándonos, entre otras cosas, que la denominada “historia oficial” del estado español, puso los nombres de “guerra fratricida, posguerra y reconciliación”, a la expresión del fascismo en España. Una toma abrupta del poder político, en este caso, con su correspondiente plan de exterminio del

adversario político, posterior instauración de un régimen dictatorial durante cuarenta años y sucesiva transición política a la democracia en la que ahora nos encontramos (1936-2016) (Espinosa, 2014; Preston, 2011). Frente a una lógica de vencedores y vencidos, en el marco de una supuesta guerra entre hermanos, la crónica que presentamos pretende su superación, transformando en presente político precisamente este conflicto entre narraciones de los acontecimientos en el que emerge la sentencia. Esto es, trabajándolo como un problema relativo a los efectos políticos que acarrea la narración hegemónica que se institucionaliza en 1978, según Alberto Medina Domínguez, bajo las formas del consenso y la reconciliación (Medina, 2001).

En este sentido, respecto a dicha hegemonía del lenguaje, que se confunde con el objeto (al menos desde los usos más comunes que se emplean en *el simulacro*, desde los albores de la transición española: “nosotros, hijos de vencedores y vencidos” (Medina, 2001), la apuesta de esta crónica es la identificación de dichos efectos políticos en los objetos que arroja la sentencia, toda vez que se les presupone en la motivación de la propia sentencia suertes de bastiones de aquel consenso. Desde el punto de vista de las investigaciones de Paloma Aguilar, es posible advertir cómo las operaciones realizadas por el estado español desde la emergencia de los movimientos de recuperación de la memoria histórica en 2000 hasta nuestros días (2016), han querido capturar y circunscribir al ámbito privado la reivindicación política que arrojan dichos movimientos (Aguilar, 2008). En este sentido, reivindicamos nuestra posición como sujeto de afectación, de presente, en el marco de una problemática política de presente, vilipendiada de pasado.

En la dimensión política de este conflicto, que oponemos a los usos anacrónicos y privatizadores de la noción de memoria. Oran los cuerpos aún vivos de quienes fueron protagonistas y oran las instituciones que insisten en encerrar ese pasado en bóvedas aún custodiadas (Espinosa, 2014). Oran pues los archivos ocultos (Espinosa, 2014), los mausoleos fundidos (Ferrándiz, 2011a), las fosas enterradas, las amnistías vigentes. Ora la memoria de represaliadas y represaliados y, en general, como decíamos, ora la memoria de vencedores y vencidos, que aun siendo emergente, colectiva e instituyente (Castoriadis, 2002; Agamben, 2004), nos expulsa precisamente por no habitarla. Sin embargo, ora la memoria de un sistema político que no acaba de refundarse, mostrando, según la historiografía de Bartolomé Clavero (2015), evidencias suficientes del vector de continuidad que puede trazarse en el estado respecto al nuevo estado o estado franquista.

Frente a esto, la cuestión de la pertenencia al conflicto se nos vuelve reflexiva, cual boomerang, haciéndonos testigos, cómplices y acaso también “víctimas” de sus efectos en la edificación del presente político del estado español. En este sentido, la pregunta parece casi una graceja: ¿forma parte esta sentencia tan sólo de un combate por la memoria del pasado o en el meollo de un conflicto presente en el cual, aquello que se debate es la cuestión del sí mismo y del otro del sistema político y del gobierno de las identidades en el estado español?

## CAPÍTULO SEGUNDO

### Bases psicosociales de una crónica, más allá de la impunidad

#### *La mirada de segundo orden y la cuestión biopolítica*

#### **Introducción**

En apariencia, el lazo que vincula a España con su pasado es *la impunidad* (Gil, 2009). Decir esto equivaldría a afirmar que el modo en el cual se ha gestionado judicialmente el pasado franquista contempla una construcción que no admite la punición como fórmula. Más de 60 archivos de recursos de revisión o nulidad de juicios sumarios rechazados –así lo certifican, también en apariencia, junto a otras evidencias–, un sinfín de exhumaciones de fosas comunes sin autoridades oficiales, más de 10 denuncias penales archivadas a pesar de las pruebas periciales resultantes de las exhumaciones, un fallido intento en la Audiencia Nacional para “conocer”, investigar/juzgar algunos hechos, un presunto prevaricador absuelto, no obstante, un magistrado apartado de sus funciones, una sentencia confirmatoria/negatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y una querrela en Argentina. En su reverso, todo lo demás, los objetos “en reposo” del *olvido* aunque no perdidos (Ricoeur, 2000), como de hecho se muestran en otras memorias del franquismo que merecen o necesitan ser reconocidos (ARMH, 2012).

Desde nuestra perspectiva, sin embargo, el reconocimiento no pasa por la ganancia de una identidad jurídica de víctima que pudiera conseguirse en un juicio penal contra el franquismo. O, al menos, no sólo por esto. En nuestra opinión, el gran cometido de la lucha política en este terreno tiene que ver con la elevación al plano de la conciencia de los usos políticos de este des-reconocimiento en la edificación y reproducción de un modelo de estado basado en la vulnerabilidad y no en la autonomía. En este sentido, en el cometido de esta lucha, el primer paso debe ser la conquista de una epistemología que permita ver esta funcionalidad que, a nuestro juicio, viene desarrollándose desde la instauración del nuevo



estado y no cambió con la llegada de la democracia, a pesar de la ganancia de la ciudadanía de pleno de derecho, como bien sostiene Bartolomé Clavero en su estudio sobre la desmemoria de la constitución, *España, 1978: la amnesia constituyente* (Clavero, 2015). En este capítulo, nos dedicaremos a preparar esta mirada.

Desde el punto de vista de la teoría de sistemas, es posible aproximarnos al problema desde dos modalidades de observación: *observación de primer orden* y *observación de segundo orden*. Ambas, parten de la premisa de la existencia de sistemas sociales implicados en la producción de las decisiones judiciales. En el mismo sentido, ambas parten del principio de la diferenciación funcional de la sociedad como dato sobre la cualidad del sistema de justicia. Esto es, ambas conciben al sistema de justicia en el marco de la diferenciación funcional de la sociedad contemporánea, como una especialización del lenguaje orientada a la producción de comunicaciones con base en el código legal/ilegal. En este sentido, esto supone pensar el sistema como sistema de derecho, entendiéndolo en su dimensión contemporánea como sistema de derecho positivo. Esto supone, consecuentemente, comprender sus comunicaciones como una función que no prescribe sobre las formas de su consecución, esto es, que éstas pueden dar lugar al resultado legal o al resultado ilegal sin que la pervivencia del sistema se vea afectada. Al revés, el cometido reproductivo del sistema reside precisamente en el cumplimiento del mandato de la producción de comunicaciones bajo este código. Si el sistema decidiera dejar de producirlas, por ejemplo, no atender a las demandas judiciales, entonces sí estaría en riesgo de extinguirse como sistema.

Aun así, en el cometido de garantizar su reproducción, el sistema judicial diferencia ámbitos específicos de comunicación y estructuras que determinan su propia legalidad. Esto es, diferencian su propio ámbito de normalidad y de excepción. La legalidad del sistema no necesariamente coincide con la legalidad que se pretende desde el espíritu de la legislación. Al contrario, la legalidad del sistema judicial se debe a su trayectoria, la cual le permite la interpretación de la ley a través de la cual debe pronunciarse. En el caso de la mirada de primer orden, se trata de comparar las comunicaciones del sistema en relación con el marco normativo que las pretende y aplicar sobre éstas un código de lectura basado en los valores normalidad/desviación. En el caso de la observación de segundo orden, se trata de comprender la producción de las decisiones judiciales en el marco de las relaciones que establece el sistema con sus entornos relevantes, por ejemplo, con el sistema político o

con los individuos. En el marco de esta mirada, la racionalidad de los sistemas se comprende como la capacidad que tiene el sistema para modificar sus estructuras, en el difícil cometido de procurar su reproducción atendiendo a un entorno siempre más complejo. A través de las categorías propuestas, consecuentemente, sugerimos un recorrido en las maneras de mirar la problemática de las decisiones judiciales a la luz de las variaciones en la concepción del “problema de la justicia” que implican. Por lo pronto, en el primer caso, el problema es normativo y tiene que ver con los esfuerzos que realiza el sistema, tendentes a su corrección. En el segundo caso, la problemática de la justicia tiene que ver con *la política*, es decir, con el problema de la institucionalización selectiva del entorno y con la conciencia de saberse en ello a efectos del desempeño de su función. Esto es actualizar y decidir selectiva y autorreferencialmente sobre el entorno a efectos de garantizar la propia reproducción del sistema. En la práctica, tiene que ver con la selectividad y con la cualificación de los ámbitos de inclusión y exclusión del sistema: ¿Cuáles son sus temas de relevancia? ¿Quién es persona para el sistema?

Amparados en este marco conceptual, el recorrido que proponemos en este capítulo transita desde *la gnosis de la excepción* hasta *la biopolítica de la vulnerabilidad*. Con estos nombres, definimos los rendimientos teóricos a los que da lugar la aplicación de una mirada de primer orden y de segundo orden en el estudio de las decisiones judiciales y, concretamente, en el estudio de la sentencia. Describiendo este recorrido, describimos a su vez el de la investigación en general, reservando el segundo capítulo (parte II) al estudio de la sentencia bajo los marcos que caracterizan la *gnosis de la excepción*, y el tercero (parte II), a la construcción de un marco de inteligibilidad sobre la racionalidad de esta sentencia bajo un prisma de segundo orden contenido en la obra de Michel Foucault. El paradigma del poder basado en su concepción estratégica y sobre la producción de la vida como táctica de gobierno. Vale aclarar antes de comenzar, que nuestra construcción de este recorrido ya supone una observación de segundo orden del problema.

## **1. Gnosis normativa**

Cuando hablamos de *decisiones judiciales* (Luhmann, 2002) nos referimos a *comunicaciones* del sistema *judicial* que resuelven desfavorablemente “demandas de revisión” del *status quo* de ese pasado en el presente. Se trata de apelaciones a la justicia hechas por familiares o víctimas directas de la represión franquista así como por

asociaciones que los agrupan u organizaciones diversas de la sociedad civil durante la transición y la democracia.

Los asuntos que resuelven estas decisiones podemos agruparlos en tres tipos: a) las demandas de revisión de los juicios sumarísimos; b) las denuncias por asesinato que resultan de las exhumaciones; c) las demandas de investigación por desapariciones forzadas. El caso que estudiamos se ubica en esta última y contiene, aunque con matices, el patrón general de resolución de todas las anteriores: *se desestima la demanda de revisión...* El primer grupo lo componen interpelaciones a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de Justicia (Gil, 2009), en su mayoría desestimadas en razón del principio de continuidad del estado en el respeto a la cosa juzgada. El segundo grupo, lo componen el conjunto de desestimaciones de investigación criminal hechas en su mayoría por la Guardia Civil desde 2000, bajo argumentos de extinción de la responsabilidad penal por prescripción de los delitos. El tercer grupo lo componen las desestimaciones de tribunales locales y nacionales bajo argumentos que delimitan taxativamente el tiempo y el espacio de la jurisdicción del estado. La sentencia que estudiamos, por ejemplo, se erige en resguardo del principio de la legalidad de las leyes penales, que impide la aplicación retroactiva de los convenios penales internacionales. Se erige también en observancia del principio, *tempus regit actum*, aplicándosele directamente sobre la prescripción de los delitos –y en contra de los convenios de imprescriptibilidad de Naciones Unidas. Finalmente, la sentencia apoya sus desestimaciones sobre la invocación de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, como el argumento definitorio de la expulsión del tiempo presente de esa memoria de la represión que clama espacios de elaboración. La reinterpretación que hace la sentencia de esta ley es taxativa respecto al tiempo que debe regir el marco del vivir juntos: *dejar atrás el pasado en nombre de la reconciliación*<sup>1</sup> – ¿Una memoria instituida en la *episteme* de

---

<sup>1</sup> Es interesante esta apropiación presente de la Ley de Amnistía. Cuando se revisan las sesiones del Congreso orientadas a su aprobación, el significado del debate se centraba en hacer *tabula rasa* con el pasado. Sin embargo, los partidos en contra que ahora la defienden, Alianza Popular/Partido Popular, le daban el significado que tenía el contexto: la amnistía a los presos. Este cambio en la conciencia también puede apreciarse a través de la relectura que se hace del “cuadro de los abrazos”, que ahora quiere recuperar el Congreso como símbolo de la reconciliación nacional y, en realidad, estuvo pintado para pedir la amnistía de los presos políticos del régimen.

las decisiones judiciales? ¿Somos todos: “*nosotros, hijos de vencedores y de vencidos*”? (Fernández-Montesinos, 2008).

La cuestión problemática que nos interesa estudiar en estas decisiones tiene que ver entonces con *su política*. En principio: ¿qué implica para la definición y para la performatividad del “vivir juntos” (Maquiavelo, 2010; Arendt, 1997), la gestión judicial del pasado franquista, durante la transición y la democracia? Concretamente: nos interesa la implicación específica de la decisión judicial contenida en la Sentencia 101/2012.

Desde el punto de vista del fallo de la decisión, es posible advertir en esta decisión un modo análogo o común de gestión de ese pasado en el poder judicial español –al que como veremos suele denominarse *impunidad*. La singularidad inherente a la actualidad de las decisiones judiciales, sin embargo, nos invita a “poner en cuarentena” esta denominación (Luhmann, 2002; Ricoeur, 2000). De hecho, nos compele a comprenderla como una realidad *sui generis*, exenta de transparencia, a la que debemos interrogar por su significado en relación a su propio contexto de producción.

En un sentido restringido, este contexto implica la realización del juicio al magistrado de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, acusado de un delito de prevaricación por haber redactado un auto de competencia favorable a la investigación de los crímenes del franquismo en 2008. En un sentido más amplio, sin embargo, el contexto tiene que ver con la intersección entre la trayectoria del poder judicial en las decisiones arriba mencionadas, y la irrupción de la *memoria histórica* en la escena política de principios del siglo XX. En vista de estas coordenadas tempo-espaciales, la decisión en estudio pareciera ubicarse en una paradoja continuidad/cambio en el *continuum* de la reproducción social en la sociedad española. Desde un punto de vista metodológico, esta paradoja nos permitirá fundar nuestras inferencias, al permitirnos el vínculo de la decisión con una trama del sistema judicial que viene del pasado. Sin embargo, como decíamos, siendo nuestra labor en esta investigación la determinación de su cualidad presente. Signada por esta paradoja, consecuentemente, la cuestión por su política implica atraparla en su propio tiempo: *¿cuál es su escenario de experiencias y cuál es su horizonte de expectativas?* (Koselleck, 1993). En este sentido: ¿Cuál es la memoria constituida en esta decisión? ¿Cuál es la propuesta para el vivir juntos que pretende? ¿A qué debe su continuidad? ¿Y su cambio?

Ahora bien, la captura de la sentencia en su tiempo también implica la pregunta por su eficacia. Si partimos de la *complejidad* como *problema fundamental de la realidad* y a las

normas, leyes y decisiones como formas sociales tendientes a su captura o *reducción*, esta pregunta supone pensar el ámbito de los efectos de mayor complejidad y no predecible desde la decisión. Esto es, a pesar del poder vinculante que se arrogan las decisiones judiciales no predeterminan la cualidad de sus efectos. Esto es, *a priori* no informan sobre el tipo de formas políticas y sociales que acabarían posibilitando en el conjunto de la sociedad. Esto significa, que es en la exploración de la pragmática de las decisiones judiciales en donde podemos llegar a completar su sentido. Entonces, si como hemos dicho, la singularidad de la decisión se entiende como un cambio en la continuidad, podemos presuponer iguales condiciones a los efectos que desprende. En este sentido, esta investigación puede entenderse como la construcción de una mirada que permita la observación de los efectos de continuidad y cambio en la escena del vivir juntos, que se desprenden de las decisiones judiciales “de revisión” del pasado franquista, cuando sus contenidos son capturados por los marcos de cognición de la “sociedad” que los recibe.

Según la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, es posible presuponer de la trayectoria de esta dialéctica la emergencia de sistemas de interacción, actualizando sus contenidos en episodios que llamaremos *vivir juntos*. La eficacia, tendría que ver entonces con la conservación de estas formas, allí donde presuponemos que conservación significa reproducción: renovación, cambio/continuidad.

En hipótesis, en el marco de un Estado de Derecho, estos episodios podrían considerarse *atavismos o desviaciones del sistema*. En el caso español, se trataría de episodios de *excepción*, en los cuales evidencian las consecuencias de la juridicidad del régimen en la *suspensión del derecho* (Agamben, 2004). A juzgar por las reivindicaciones de los movimientos de memoria, los efectos de suspensión se evidencian específicamente en las identidades de hecho o derecho de las personas afectadas (Tébar, 2015). Los niños robados, por ejemplo, siguen evidenciando en la actualidad, hasta que no aparezcan, los efectos jurídicos de conculcación del derecho a la identidad personal (consagrado en la Constitución) que el régimen “vehiculó” a través de sucesivas reformas de la ley de adopción (González de Tena, 2007). En el mismo sentido, episodios que evidencian la falta de indemnizaciones a familiares y víctimas de la represión franquista, cuando ésta hubiera

estado causada en corresponsabilidad con el estado.<sup>1</sup> Es decir, siempre, según la historiografía que la denuncia (Espinosa, 2014; Preston, 2011; Vinyes, 2002). Por supuesto, se trata de faltas que se evidencian también cada vez que existen familias que no han podido conocer el paradero de sus familiares desaparecidos, ni para saber si están muertos, ni para darles sepultura ni para ejercer el derecho a la investigación judicial y demás derechos que le acompañan (AAN 16/10/2008; AAN 17/11/2008). Estas evidencias pueden actualizarse en muy diversas situaciones, desde la conversación en un café en la cual, por ejemplo, aquellas madres *irredentas* que relata Ricard Vinyes, que fueron víctimas de robos de sus niños mientras estaban en prisión, se afligen por saberse madres y no poder ejercerlo (Vinyes, 2002; AAN 17/11/2008). Desde esto hasta todo lo demás, hasta episodios cotidianos de denegación de derechos a familiares por antecedentes penales (heredados de los juicios sumarísimos) hasta la pobreza económica causada por la confiscación de bienes por parte del régimen que nunca fueron devueltos a los familiares. En definitiva, se trata de episodios de interacción que disponen a sus participantes en posiciones de rol desiguales, signados por la falta (aflicción, subordinación, violación de derechos) respecto al “deber ser” contenido en el marco del “vivir juntos” que sostiene el discurso de la democracia y el Estado de Derecho (BOE, 1978, n° 311).

Los esfuerzos por cuantificar “el daño”, adelantados tanto por historiadores como por una comisión interministerial que se organizó en 2004, nos permiten visualizar una cuantía de al menos 132.000 desapariciones. Esto significa una cantidad equivalente de suspensiones del derecho en lo concerniente a identidad, conocimiento del paradero, investigación judicial, reparación. Si a esto sumamos las cuantías que acompañan al robo de niños y a las condenas sumarias, la situación se encuentra esparcida por todo el tejido de la sociedad española. Sin embargo, las evidencias tendrán que esperar “la apertura de los archivos militares”, hasta la fecha bloqueados a la investigación judicial por sus autoridades. A pesar de esto, las evidencias sobre la generalización de estos efectos en la sociedad española, también podemos comprenderlos cualitativamente.

---

<sup>1</sup> *Sotto voce*, esta fue la razón para que la comisión interministerial encargada de determinar el estado de las víctimas de la represión franquista acabara desaconsejando la ilegalización de los juicios sumarísimos. (Ministerio de la Presidencia, 2006).

Desde el punto de vista de las capas de la memoria que nos ofrece Josefina Cuesta (2007), podemos pensar la memoria traumática de la guerra civil como transversal a la sociedad española. Con las apropiaciones político-ideológicas y generalizadas, la pervivencia del trauma como referente generalizado evidencia la identificación presente de las personas con sus consecuencias. Las expresiones de sentido común que observamos al respecto, son elocuentes: “todas las familias españolas, tienen a un padre, un abuelo o un tío que participó en la guerra civil. Podríamos seguir nutriendo esta afirmación, gota a gota, recuperando la memoria de las purgas a maestros y funcionarios, que si bien fueron reconocidos algunos de sus derechos conculcados, jamás recuperaron su trabajo; su honor” (Navarro, 2010). Una *crónica generalizada de la falta*, pareciera poder escribirse entonces, desde el marco del Estado de Derecho fundado a inicios de la transición.

Si recapitulamos, se trataría en hipótesis de los efectos de suspensión del derecho que resultan de decisiones de desestimación de revisión de algunas actuaciones del pasado con valor legal en el presente. Hemos hablado de que se trata de consecuencias para el “vivir juntos” que recaen básicamente en la cualificación de la identidad de las personas afectadas. Esto es, recaen directamente en el *modo de sujeción* de las personas en el orden político que comprenden sus actuaciones (Butler, 2001). En el marco del Estado de Derecho, la ciudadanía de pleno derecho asigna a la persona una condición de realización de la vida, sobre la base de deberes y derechos. La excepción, entre tanto, conculca esta condición, desconociéndole al individuo su condición de *persona para el sistema*. Lo vulnera, como hemos sugerido, desposeyéndolo de la ciudadanía en el desconocimiento de sus derechos. El diálogo que sostenemos en el siguiente capítulo, entre el marco teórico que ahora presentamos y la Sentencia 101/2012, ilustra con especificidad el mecanismo de exclusión de las víctimas del franquismo del ámbito de inclusión del Estado de Derecho.

### *El diagnóstico de impunidad y la necesidad de nuevos enfoques*

La irrupción de la conciencia de la memoria histórica en la escena pública española en 2000, ha permitido generar una conciencia de este estado de cosas. La denominaremos *la mirada de la impunidad*. Básicamente, se trata de una manera de mirar el problema, también en términos de falta, como la ausencia de sanción penal y de reconocimiento político y social respecto a las *atrocidades* cometidas durante la guerra civil y el régimen, contra representantes, simpatizantes y/o colaboradores del gobierno de la segunda

república. También cometidos contra sospechosos y sospechosas de comunión ideológica con ésta (Preston, 2011). Esta conciencia se ampara en el desarrollo precedente del derecho penal internacional y de los derechos humanos, erigiéndose como la voz de los desaparecidos. Ella se expresa en ámbitos muy diversos, tales como movimientos de recuperación de la memoria histórica, asociaciones de familiares y víctimas, escenarios específicos de opinión pública destinados al debate en particular. En el ámbito académico, podemos hablar del *campo de la justicia transicional* para significarlo. Básicamente, las voces acuerdan en el diagnóstico de impunidad pero difieren en el qué hacer respecto a la ausencia de punición.

En la literatura estudiada, el factor clave del debate tiene que ver con el *principio de la legalidad de las leyes penales* y su desatención o relativización en la construcción de una *justicia penal retroactiva*. Este fue el debate que animó a juristas como Hans Kelsen en el contexto de los juicios de Nuremberg, esgrimiendo argumentos en favor de la priorización de valores políticos en la definición y legitimación de la jurisdicción del Tribunal. También despertó el debate correlativo sobre *legalidad/legitimidad*, habida cuenta de la base “legal” que los nazis imprimieron a la solución final. Los testimonios de Adolf Eichmann son esclarecedores respecto a esta problemática (Arendt, 2004). Esto es, según el principio de soberanía y en atención a la necesidad de legalización de sus actuaciones, el exterminio de Hitler fue legal. Estas problemáticas teóricas se expresan también en el debate actual en España, optándose entre una justicia retroactiva o irretroactiva en función de la legitimidad que se otorgue al derecho internacional o al derecho nacional. El debate ha cobrado visos de gran especificidad jurídica, de hecho, contraponiéndose los principios de subsidiariedad o complementariedad entre ambos derechos. En el mismo sentido, se debate sobre si es plausible o no la aplicación de la cláusula novena de la Convención Europea de los Derechos Humanos en la valoración de la responsabilidad del estado español ante estos crímenes. En el mismo terreno del debate retroactividad/irretroactividad, se comparan jurisprudencias entre tribunales europeos y americanos de derechos humanos, particularmente sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha permitido reinterpretar la doctrina respecto a la contabilización de los tiempos de prescripción de crímenes de desaparición.

Las voces que priorizan el derecho internacional en la interpretación del caso español, sostienen que se trata de un estado de impunidad generalizado como consecuencia de:



“...un marco legislativo deficiente, una judicatura que no ha interpretado la ley a la luz internacional de los derechos humanos, fiscales que no han impulsado las investigaciones y la presencia de una ley de amnistía...” (Chinchón, Vicente y Moreno, 2014: 70). De esto también se hace eco Pablo de Grey, quien también sostiene la ausencia de voluntad política del estado español para emprender las correcciones necesarias: esclarecimiento de la verdad, impartición de justicia, reparación a las víctimas (A/HRC/27/56/Add.1).

A veces se emplea el término *gran impunidad* en referencia al *caso español* (Chinchón, 2012a), enfatizándose el carácter generalizado y crónico del que hablábamos. También, se le emplea para significar la magnitud de la criminalidad, *crímenes de sistema o atrocidades*, significándose la conciencia del genocidio, es decir, su probado carácter premeditado y sistemático (Preston, 2011). Sobre la base de esta mirada se erigió el auto de 18 de octubre de 2008, de la Audiencia Nacional, objeto de la sentencia que estudiamos. Según éste, la situación de excepción que hemos descrito más arriba, son las consecuencias de “delitos permanentes de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima (equivalente a desaparición forzada de personas), cometidos en conexión con un delito contra las altas instituciones del estado y las formas de gobierno en el contexto de crímenes contra la humanidad.”

Según podemos observar en la literatura y en foros académicos y divulgativos, la progresión adoptada por las prácticas de los movimientos de memoria desde 2000 también responde a esta mirada. Las exhumaciones de fosas, denuncias judiciales, actividades memorialistas y el impulso de una querrela internacional en Argentina, se orientan casi en exclusiva hacia los derechos humanos. En el mismo sentido lo hacen las consignas que enarbolan algunos sectores de dichos movimientos, *verdad, justicia y reparación*, en tanto asimilaciones de la carta de derechos civiles y políticos y del convenio sobre desapariciones. Las exhumaciones de fosas comunes que vienen realizándose desde el año 2000, también cuentan con el protocolo de Naciones Unidas, con el objeto de desarrollar una labor de peritaje judicial reconocido a nivel internacional y, por tanto, válido para la apertura de cualquier investigación judicial (Sáez Valcárcel, 2009). Con base en la misma mirada sobre estado español y derechos humanos, las asociaciones también claman por el reconocimiento de la condición de “víctima” por parte del estado. Hasta la fecha, sólo se ha reconocido esa condición a las víctimas del terrorismo, en la Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo” (BOE, 2011, n° 229). Muchas

asociaciones, de hecho, claman por leyes inclusivas con todas las formas de víctimas, sosteniéndose bajo esta petición una concepción transversal a la identidad que tiene que ver con la agresión desproporcionada (Argituz, 2011).

Llegados a este punto, proponemos dar el salto hacia la otra mirada: ¿soluciona el problema que hemos descrito emprender el *camino de la víctima*, trazado por los derechos humanos y el derecho penal internacional? (Tamarit, 2013). La mayoría de los cuestionamientos que se hacen a la aplicación de las medidas de justicia transicional basadas en los derechos humanos, tiene que ver con el riesgo de despolitización del fenómeno que atienden. Este es un riesgo que se comparte con el resto de prácticas del sistema judicial, fragmentando la trama de los hechos en torno a un esquema de víctimas y agresores. Cuando se trata de la aplicación de un modelo de justicia transicional al interior de un país, el riesgo de despolitización del fenómeno puede llevar a la sobrevictimización de las víctimas sin que se produzca una transformación integral del sistema político que produjo las agresiones. De hecho, en opinión de François Ost, la función primera de los derechos humanos en la aplicación de una justicia de transición debe ser la apertura de espacios de tiempo para la elaboración de la memoria. Esto es, para la elaboración de la anamnesis que normalmente resulta de las prácticas de exclusión y de olvido de hechos traumáticos del pasado causados por el estado. El autor entiende esta apertura de espacios, de hecho, como la generación de temporalidad al interior de un Estado de Derecho, en sí, estructurado en razón del paso del tiempo como una estructura de captura y conservación del mismo (Ost, 2003). Como también podemos apreciar en la obra de Ana Messuti, *La justicia deconstruida* (2008), el derecho es un gran productor de tiempo social, arrogándose su gestión y monopolio en cuanto a prescripción. En este sentido, sólo si el diagnóstico de problemas apunta a una problemática de tiempo basada en espacios para la elaboración del pasado, las medidas pueden funcionar. Pero esto supone reconocer la política implicada en la decisión judicial, esto es, que su institucionalización responde a una gestión política de la memoria.

Si partimos de la idea de que toda manera de formular un problema condiciona el planteamiento del problema y sus propuestas de soluciones consecuentes, es importante cuestionar las formas de plantear el problema en España. La escasa resonancia que han tenido las demandas de la población en cuanto a la revisión judicial del pasado y el desconocimiento que hace la Ley de Memoria Histórica de la condición de víctima de la ciudadanía, es una buena oportunidad para preguntarse por la razón última del problema: ¿es acaso la impunidad o tiene que ver más bien

con la problemática política que suscita la expulsión de ciertas memorias del tiempo de la política española? ¿Cómo podemos enfocarlo?

## **2. La mirada de la biopolítica**

La razón de los estados no es normativa y comprenderlos en sus relaciones sistema/ambiente puede ayudarnos en la resolución del problema teórico que supone dar inteligibilidad al problema de la conservación de formas de excepción en el vivir juntos del estado. Aun siendo incuestionables los logros del derecho penal internacional en el desarrollo de una suerte de conciencia de dignidad ciudadana respecto a las actuaciones violentas de los estados respecto a sí mismos, no queda claro que sus rendimientos vayan en detrimento de estas. Por lo contrario, la impresión es que las *prácticas de genocidio* proliferan en el mundo, a pesar incluso de los esfuerzos primero de la ONU y después de la UE por fundar órdenes nacionales tendientes a su prevención. Según algunas voces críticas, los derechos humanos parecieran emplearse como una potente arma al servicio de la geopolítica, aplicándosele como *justicia de vencedores* en una estructura norte-sur que sigue siendo colonial. La experiencia de Nuremberg sentó el primer precedente, siendo un tribunal supranacional de países aliados, y generando un derecho contrario a los principios de la legalidad penal de las naciones, en teoría conquistado en los derechos del hombre y del ciudadano.

Se dice que la sorpresa y el miedo ante la grandilocuencia del mal que pueden llegar a causar “los insumos” de la civilización sobre sí misma en la solución final, dio paso a la necesidad de espectacularidad y de aleccionamiento con miras a su prevención. También se dice que no se trataba de miedo sino de estrategia de legitimación del nuevo orden internacional en ciernes. Después se ha visto, de hecho, que en el desarrollo del derecho penal internacional, sólo las naciones subordinadas han sido objeto de estos tribunales: Ruanda, Yugoslavia, Guatemala. Desde el punto de vista del cuestionamiento de Jacques Vergès, las naciones aliadas, salvo Alemania, no se sienten objeto sino sujeto de esta justicia, siendo sus ejemplos más emblemáticos la posición de EUA respecto a los genocidios que comete. Según el autor, Hiroshima y Nagasaki no fueron jamás sancionados como genocidios por parte de la opinión pública internacional (Vergès, 2008) presentándose como una defensa del mundo ante la inminencia de un ataque de Japón después de Pearl Harbour.

Desde 2000, a propósito de los atentados de las torres gemelas en Nueva York, la supuesta universalidad de los derechos humanos ha quedado virtualizada por la razón de la seguridad y la

defensa. En la literatura que habla críticamente del problema, señala la conculcación de derechos civiles en los estados como su primera consecuencia. De hecho, es el debate que acompaña cada nuevo atentado que se produce en las naciones europeas, como es el caso del ametrallamiento a los trabajadores del semanario *Charlie Hebdo* en Francia en 2014.<sup>1</sup>

En fin, desde el punto de vista de la geopolítica norte-sur imperante, pareciera haber una doble vara para medir la violencia, según sea perpetrada por los estados o por los grupos terroristas y contra quien se aplique cada una de estas. Los derechos humanos, en ese sentido, parecieran cubrir apenas una porción de esos vectores: cuando las Naciones Unidas desean conquistar un estado para sus lides, se aplica este modo de justicia para fortalecer la emergencia de su estado.

La posición y, sobre todo, la actitud del gobierno español respecto a la querrela penal contra el estado español por los crímenes del franquismo, da cuenta de este posicionamiento de sujeto objeto desigual respecto a la aplicación de los derechos humanos. Máxime, si recordamos que España jugó un papel decisivo como sujeto de esta justicia en 1999, cuando se juzgaron en la Audiencia Nacional los casos de la represión chilena y argentina de los años 70. Uno de sus episodios más emblemáticos fue la detención de Augusto Pinochet en Londres –a instancias del estado español. Sin embargo, cuando se trata de su aplicación sobre sí mismo, el sistema pareciera no aceptar afirmarse por esa vía. ¿Cuál es entonces la vía de confirmación del estado español? ¿Es decir, qué afirma cuando niega la punición de los crímenes del franquismo?

Puesto que las decisiones judiciales que aludimos se producen como consecuencia de una demanda, ya podemos atribuirles los elementos problemáticos de una *comunicación* engendrada en un sistema social de la sociedad. Se trata, entonces, de un procesamiento de información con sentido judicial producido por el sistema español de la justicia por demanda de asociaciones de víctimas y memorialistas de la sociedad civil. El tema es, en apariencia, *la enjuiciabilidad del tiempo histórico pasado*: el franquismo. Ahora bien, las bases jurídicas que esgrimen las asociaciones, además de los instrumentos del derecho penal internacional ratificados por España, son los testimonios de las víctimas y familiares. En el sentido en que lo plantea Beatriz Sarlo, los testimonios de las víctimas de holocaustos son, en realidad, narraciones de las experiencias de los sobrevivientes (Sarlo, 2007). Según la autora, estas narraciones componen una versión de los hechos permeada por el tiempo presente, es decir, cargada de su

---

<sup>1</sup> Consúltese la noticia en: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/tiroteo-periodico-satirico-frances-charlie-hebdo-3832584>.

“selectividad contextual”. En el sentido de Paul Ricoeur, el testimonio constituye una memoria que selecciona sus objetos de recuerdo y olvido en atención a las interacciones con el contexto; a sus usos en el presente. Por ejemplo, en el juicio cuya sentencia estudiamos en esta investigación pueden observarse los efectos del lenguaje judicial en la narración de los hechos. Sin embargo, sea como fuere, lo interesante es advertir que en la base del testimonio que se emplea en las reivindicaciones de las asociaciones de víctimas y recuperación de la memoria histórica, subyace *una memoria*. Aunque suene redundante, podemos comprender las reivindicaciones de los movimientos de recuperación de la memoria histórica como *una memoria* (Ricoeur, 1997). Es una memoria que clama *inclusión*, que demanda derechos de ciudadanía. Esto es, una memoria que se resiste a los efectos de excepción causados por las decisiones judiciales. Es decir, a los efectos de exclusión del tiempo de la jurisdicción que observamos más arriba y a sus consecuentes efectos de vulneración de la condición de ciudadanía. Pero al hacerlo, al reintroducirse en el sistema clamando espacios en tanto versión legitimada de los hechos del pasado, ejerce un efecto de virtualización del estatus y del contenido de la propia decisión. Es decir, cuestiona la supuesta neutralidad de la decisión, permitiendo pensar su contenido también como una versión de los hechos del pasado. Si consideramos, además, el carácter de actualidad que mencionamos, ello singulariza el presente de la decisión en una trama de continuidad (Bartlett, 1995). Es posible sostener la idea de que las decisiones judiciales que portan el gnomos de la excepción son, en sí mismas, una versión específica de los hechos del pasado. Una memoria.

En este punto, entonces, es donde acontece “lo político” de la decisión judicial. Dicho con otras palabras, esto nos permite afirmar que la problemática que trabajamos puede comprenderse, más bien, cómo la judicialización de un conflicto entre memorias. Acontece en la sociedad española a propósito de los hechos históricos: guerra civil, posguerra, franquismo. Este es un conflicto que acontece en muchos escenarios de la vida política española, habiendo transitado históricamente desde el silencio de la evidencia al ruido de su controversia presente. Sin embargo, no se trata de un conflicto en igualdad de partes, sino las consecuencias de la hegemonía y/o hegemonización de una memoria como fundamento del estado. Concretamente, se trata de la memoria de la reconciliación nacional que se actualizó y hegemonizó como memoria de la transición española. En opinión de Alberto Medina, esta operación se produjo como una especie de extrañamiento melancólico del sí mismo, consistente en la expulsión del pasado franquista del verbo de la política, dejándole ejercerse libremente en el silencio de los procedimientos (Medina, 2001).

Una comparación inicial de las principales *medidas reparatoras* adoptadas por el estado durante la transición y la democracia, nos revelan un cambio en la conciencia de la decisión que probablemente nos pueden ir informando sobre las variaciones de la justicia en relación con la política, y a la inversa (Presidencia, 28/07/2006; Aguilar, 2008). Las variaciones tienen que ver precisamente con el objeto de la reparación, desde compensaciones económicas a mutilados de guerra hasta reconocimientos de derechos de memoria represaliados, dando a entender la incorporación de la conciencia criminal en la perspectiva del estado. Las primeras no se distancian del régimen y conservan el referente de la guerra civil como único foco del trauma. Las segundas, en cambio, se distancian del régimen franquista y le atribuyen responsabilidad en la represión.

Sin embargo, estas son medidas de reconocimiento que, en ningún caso, tienen consecuencias jurídicas respecto a sancionar a los culpables de dichos crímenes o abolir las sentencias sumarias, siendo la constante en todas el argumento de la reconciliación nacional, como razón última de la medida. La sentencia en estudio no escapa a este patrón, es decir, al nuevo patrón de reconocimiento que pareciera haberse dado en las medidas a partir del año 2000: reconocimiento de los crímenes cometidos, no obstante, inhibición del *ius punendi*.

Una exploración del contexto de emergencia de la sentencia prueba de inmediato esta afirmación. Se trató, como veremos, de una respuesta férrea y contundente a una suerte de “atrevimiento” que protagonizó el magistrado en la Audiencia Nacional al redactar un auto de competencia a favor de investigar los denominados *crímenes del franquismo*. La sentencia, como también veremos, se erige entonces para zanjar el conflicto que vino inmediatamente después, articulándose judicialmente en la Audiencia Nacional, el debate entre la memoria hegemónica sobre el pasado, conocida como memoria de vencedores, y la memoria emergente, conocida como memoria de los vencidos, represaliados y demás formas identitarias emergentes.

La dialéctica de objeto que propone la sentencia es, entonces, la siguiente: si bien los crímenes revisten la apariencia de crímenes contra la humanidad, no son sancionables por la legislación vigente, entre otras cosas, por la existencia de la Ley de Amnistía, que es un reflejo de la reconciliación nacional (Espinosa, 2014). Un bucle.

Entonces, la idea que proponemos intenta trascender la autorreferencia de este bucle en el que se encuentran atrapados los debates. Nuestra idea va un poco más allá, precisamente en la pregunta por aquello que constituye el objeto impunidad/reconciliación cuando se proyecta en

un tiempo y un espacio, actualizando sujetos de inclusión/exclusión política. La pregunta que hacemos, entonces, es la pregunta por aquello que se afirma cuando se desactiva el *ius punendi* a efectos de lidiar con el pasado criminal del régimen fascista. El esquema de observación que advertimos en la conciencia de las actuaciones que dieron lugar a la sentencia en el Tribunal Supremo, el esquema impunidad/reconciliación, podría decirse, ya contiene esta idea. Tal como señala Luigi Ferrajoli (1995), que *casi toda la actuación del sistema jurídico es ausencia de punición*, debe servirnos para realizar una profunda reflexión sobre la magnitud del problema en España. No es sólo la ausencia de punición la naturaleza del problema, sino la posible pragmática de un orden político que se actualiza y reproduce, y que sigue rindiendo sus frutos en el mantenimiento de un orden de convivencia determinado.

Según el paradigma que postula Michel Foucault para el estudio de la dominación, se trata de comprender las prohibiciones como dispositivos de producción de la vida. Por ejemplo, en *Historia de la sexualidad* el autor demuestra cómo las prohibiciones sobre la sexualidad en la época victoriana, potenciaron la producción de un saber sobre la sexualidad bastante pródigo (Foucault, 2006). Otro tanto puede decirse del desarrollo y modernización del derecho que produjo la inquisición, en tanto forma jurídica orientada a la generalización de la doctrina de la fe sobre la base de la persecución y prohibición de otras confesiones. Ahora bien: ¿satisface el encuentro con la forma política el hallazgo de la constante de la reconciliación nacional en la base de las actuaciones en justicia transicional a lo largo de la transición y la democracia? –tal y como mostramos más arriba a propósito de la comparativa entre éstas para aislar la conciencia de la decisión judicial.

Ya desde la pragmática del lenguaje que nos ofrece Ludwig Wittgenstein en el *Tractatus*, es posible apreciar el carácter vacuo de las palabras y su significación a cargo de la experiencia, el contexto. En este sentido, el significado que pudiese encontrar la reconciliación nacional en el orden político emergente tras el ejercicio de la impunidad, es el objeto a determinar en esta investigación. El esquema de observación propuesto, impunidad/reconciliación, que soportamos teóricamente en la teoría de la observación y la forma de la teoría de sistemas, es en realidad una suerte de carcasa que contornea la práctica judicial pero que no dice nada respecto a cómo debe hacerse y lo que produce. La labor de esta investigación es, entonces, procurar su significación en el hallazgo de esa forma política resultante que se debe a la memoria y también a la actualidad de la propia decisión.

# Parte Segunda

## El suceso

*Plástica del juicio, estética del tiempo y ética política*







## CAPÍTULO PRIMERO

### El veredicto del Tribunal Supremo como suceso

*Una teorización sobre sentido, cognición y juicio político en la STS*

*101/2012, de 27 de febrero*

#### **1. Ya que hablamos de crónica...**

##### *1.1. Notitia criminis*

#### **JUICIO A GARZÓN POR INVESTIGAR LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO**

##### **Relato del horror franquista en el Supremo**

*Los represaliados de la dictadura declaran como testigos de la defensa de Garzón.*

*Un historiador: “El plan sistemático de eliminación hace pensar en genocidio”*

JULIO M. LÁZARO

**MADRID 2 FEB 2012**

El Tribunal Supremo acogió ayer por primera vez las voces de la memoria de las víctimas del franquismo, aquellos niños del 36, hoy ya octogenarios, que evocaron cómo un día se llevaron de casa a sus padres, a los que nunca volvieron a ver. Fueron testimonios emotivos, estremecedores, de aquellos que fueron a pedir justicia a la Audiencia Nacional porque antes nadie les había hecho caso. Ayer reprodujeron sus historias como testigos de la defensa del juez Baltasar Garzón, que se enfrenta a los 20 años de inhabilitación que exige para él el pseudosindicato del ultraderechista Miguel Bernard, por investigar los crímenes del franquismo.

Junto a las víctimas, un historiador que ha investigado la Memoria Histórica sostuvo que al menos desde un año antes a 1936 existía un “plan sistemático” para eliminar a representantes del Gobierno legítimo de la Segunda República, lo que podría llevar a pensar que se produjeron “actos de genocidio”.

María Martín: “Se llevaron a mi madre y la mataron en un camino”.

Pino Sosa: “Cuando cogieron a mi padre nos quitaron el pan y la sal”.

Las víctimas tuvieron suerte esta vez. A pesar de sus evidentes limitaciones, pudieron expresarse. En junio de 2009, el anterior tribunal, presidido por Juan Saavedra, despachó con un desabrido “absténganse de perturbar al Supremo”, el intento de alguna asociación de víctimas de “autoinculparse” en la causa abierta a Garzón. El magistrado que ayer presidía el tribunal, Carlos Granados, dejó fluir los testimonios con comprensión y respeto. El intento del abogado de Manos Limpias de reconducir a los testigos, -“aquí se está juzgando a Baltasar Garzón...” comenzó a decir-, fue atajado con contundencia por Granados: “Aquí es el presidente el que determina que pruebas son pertinentes”, le cortó.

El testimonio de María Martín, de 81 años, de la asociación Nuestra Memoria, de Sierra de Gredos, resultó el más conmovedor. Enlutada y de pelo cano, la anciana entró en el salón donde se celebra el juicio empujando un andador. "Tengo mal la garganta", se justificó con una voz ahogada y rota, muy difícil de entender. María tenía seis años y vivía en Pedro Bernardo cuando se llevaron a su madre, el 21 de septiembre de 1936. “Le pidieron mil pesetas y como nos las tenía, la echaron a la calle, se la llevaron a Arenas de San Pedro, pero la mataron por el camino. Ese día mataron a 27 hombres y tres mujeres. Solo un hombre se escapó y no lo encontraron”. María describió el lugar donde ella “sabe” que está el cuerpo de su madre, en una fosa cerca de un puente que cruza un arroyo. Todas sus gestiones para recuperarlo han fracasado.

María del Pino Sosa vive en Gran Canaria y, como la anterior testigo, solo conoce a Garzón “de los periódicos y la televisión”. Como representante de la asociación de Arucas denunció, en diciembre de 2006, la desaparición de su padre, al que “se llevaron de casa” junto con otros que no aparecieron. A preguntas del abogado de Garzón, Gonzalo Martínez-Fresneda, relató: “Se los llevaron de casa, los apalearon, se los llevaron presos. Cuando se llevaron a mi padre, se llevaron el pan y la sal de

nuestras casas”. Su madre nunca aceptó una declaración de fallecimiento. “Decía que se lo llevaron vivo, y vivo lo reclamamos”.

Una de las asociaciones que en 2009 quiso autoinculparse junto a Garzón fue la de Pontearreas (Pontevedra). Ayer, uno de sus representantes, el historiador Ángel Rodríguez Gallardo, explicó las razones que les llevaron a presentar una denuncia en la Audiencia Nacional. “Queríamos saber cómo se habían producido esas muertes y dónde estaban los desaparecidos. Muchas personas desconocían el paradero de sus padres. Con la denuncia intentamos saber cómo se había producido el proceso final al que no podíamos llegar en ningún caso”.

El testigo precisó que acudieron “a la Audiencia Nacional”, no al juez Garzón. Como historiador, Gallardo dijo haber promovido varias investigaciones sobre la represión franquista en Galicia que apuntaban un “plan sistemático” para eliminar a los responsables políticos de la Segunda República. Sin embargo, han encontrado muchas dificultades en el acceso a los archivos históricos, y al del Ejército solo fue posible a partir de 1999. “Si pudiéramos acceder realmente a archivos penitenciarios, a archivos de Policía y Guardia Civil podríamos determinar ese plan sistemático, y conocer realmente lo sucedido”, aseguró.

Gallardo explicó que ya en 1978 hubo una primera fase de investigación y apertura de fosas, pero, a partir del intento de golpe de Estado del 23-F de 1981, el proceso quedó paralizado, porque “el Gobierno socialista decidió aparcarlo”. Luego, en distintos momentos se ha intentado saber qué pasó con los desaparecidos, pero será “imposible” sin una intervención judicial. “Lo que se produjo fue una cosa terrorífica”, dijo. “Pero mientras en otras partes del mundo se han denunciado hechos similares, aquí no”.

## 1.2. “El hecho jurídico”

*TRIBUNAL SUPREMO*

*Sala de lo Penal*

*SENTENCIA N°: 101/2012*

*En nombre del Rey*

*La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente*

#### SENTENCIA

*En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.*

*Visto en juicio oral y público y en única instancia la presente Causa Especial núm. 3/20048/2009, tramitada por el Procedimiento Abreviado y seguida ante esta Sala por delito de prevaricación judicial, contra el acusado D. Baltasar Garzón Real, titular del D.N.I. número 26.182.037-X, nacido en Torres (Jaén) el 26 de octubre de 1.955, hijo de Ildefonso y de María, y con domicilio profesional en Madrid, c/ García Gutiérrez s/n, de profesión Magistrado, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional en estas actuaciones en las que no consta haya estado privado de la misma en ningún momento, representado por la Procuradora Doña Virginia Aragón Segura y defendido por el letrado D. Gonzalo Martínez Fresneda; y habiendo sido parte el Ministerio Fiscal en la representación que ostenta, en el ejercicio de la acusación popular el Sindicato de Funcionarios Públicos "Manos Limpias" y la Asociación Civil Libertad e Identidad, representados por el Procurador D. José Carlos Peñalver Garcerán y defendidos por el Letrado D. Joaquín Ruiz de Infante Abella.),*

#### I. ANTECEDENTES

#### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### III. FALLO

*F A L L A M O S: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado D. Baltasar Garzón Real, del delito de prevaricación del que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas procesales causadas. Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos*

*Carlos Granados Pérez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar Perfecto Andrés Ibáñez José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín Miguel Colmenero Menéndez de Luarca*

### *1.3. Inmanencia*

En invocación del principio de la legalidad de las leyes penales (*lex praevia, lex certa, lex scripta, lex stricta*), la sentencia sostiene que la tipificación de crímenes contra la humanidad no puede emplearse para sancionar las actuaciones criminales cometidas por autoridades y colaboradores entre el 18 de julio de 1936 y diciembre de 1952 (STS 101/2012, II, 3º). Si bien los crímenes cometidos “revisten la apariencia de crímenes contra la humanidad”, prosigue el razonamiento, su legislación no estaba vigente en el momento de su comisión. Sobre esta base, la sentencia desestima el mandato de

perseguibilidad perpetua del derecho internacional, empleando en su lugar otros razonamientos de tiempo que apuntan más bien a la extinción de la responsabilidad penal de los crímenes cometidos. *Muerte, prescripción, amnistía* (STS 101/2012, II, 3º). En rigor, la sentencia se reitera en un auto previo de la Audiencia Nacional (AAN 88/2008), de 2 de diciembre, en el que el pleno de la Sala de lo Penal resuelve esta cuestión. En parte, el auto del pleno la resuelve a instancias del fiscal (escrito), ofreciendo una “interpretación correcta de los hechos y del derecho” que justifica por qué no procede la apertura de una causa penal contra el franquismo en la Audiencia Nacional (AAN 88/2008, II).

El punto de partida tanto de este último como de la sentencia que estudiamos, es un auto previo del juzgado de instrucción 5º, de 16 de octubre de 2008, en el cual se declara competente a la Audiencia Nacional para investigar los crímenes de la represión franquista (AAN 16/10/2008, III, 1º). Según el auto, se trata de *delitos permanentes de detención ilegal, sin dar razón del paradero* (equivalentes a desapariciones forzadas de personas) cometidas por responsables políticos del golpe militar de 18 de julio, entre 1936 y 1952 (AAN 16/10/2008, II, 1º, 2º, 3º). Según el criterio de este auto, dichos crímenes *podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad* al haber sido fraguados en un plan deliberado y sistemático de exterminio del adversario político (AAN, 16/10/2008, II, 1º). El auto de 16 de octubre funda así, en los principios de Nuremberg y del *ius cogens* humanitario de finales del siglo XIX y principios del XX, el deber de investigarlos (AAN 16/10/2008, II, 1º). Se trataba entonces de una nueva apuesta “de tiempo”, que el pleno desacuerda, anulando además las actuaciones y los efectos del auto de 16 de octubre (AAN 88/2008, III, 1º).

#### 1.4. *El juicio político*

### TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia se centra en la posible comisión de un delito de prevaricación judicial por parte del acusado. El citado, como Juez de Instrucción, abrió un procedimiento para investigar el paradero de las personas desaparecidas desde 1936 a 1952, durante la Guerra Civil española y la represión ocurrida posteriormente. (...) El Tribunal Supremo afirma la vigencia de la Ley de Amnistía de 1977. Dicha ley se enmarca en

un proceso de transición desde un Estado autoritario hasta la actual democracia. Esta transición se considera modélica y fue fruto del abrazo entre las “dos Españas” enfrentadas en la Guerra Civil. De manera que no es una norma que los vencedores del conflicto impusieran para obtener la impunidad por sus actos. En ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes, sino que es una ley que se promulgó con el acuerdo de todas las fuerzas políticas, con un evidente sentido de reconciliación. Por ello, porque la “transición” fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento. (...) Teniendo en cuenta, entre otros, estos argumentos, el Tribunal Supremo considera que la decisión del acusado de iniciar un proceso penal de investigación, al que antes nos hemos referido, es una interpretación errónea de la legalidad. Pero una cosa es que la interpretación sea errónea y otra que la conducta del acusado sea constitutiva de un delito de prevaricación. Este delito no castiga la interpretación errónea, sino la interpretación que es objetivamente contraria al ordenamiento, en el sentido de que no es admisible. Se considera como tal la interpretación que no se fundamenta en ninguno de los métodos de interpretación que el ordenamiento pone a disposición del Juez. (...) Además, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que el acusado pretendía con su acción mejorar la situación de unas víctimas o de sus familiares cuyo derecho a conocer los hechos y recuperar a sus muertos para honrarles es reconocido por leyes recientemente aprobadas por el Parlamento español, como la Ley de Memoria Histórica.

(...)

*En consecuencia la actuación jurisdiccional del magistrado acusado, aunque haya incurrido en exceso en la aplicación e interpretación de las normas, que han sido oportunamente corregidas en vía jurisdiccional, no alcanza la consideración de injusticia de la resolución que requiere el delito de prevaricación y no merece ser calificada de arbitraria. Por lo que procede su absolución. (SP/STS 101/2012; cursiva nuestra).*

## 2. La sentencia del Tribunal Supremo como suceso

Quizás de forma análoga a las crónicas judiciales, la nuestra también pretende la narración de *un suceso*. Esto es, según la perspectiva de Josep Martí Gómez, el relato de un “hecho judicial” en sus vínculos con el contexto político más extenso, que le imprimen *singularidad y relevancia* (Martí Gómez, 2013). En nuestro caso, nos proponemos el relato psicosociológico del veredicto judicial que arriba reseñamos, en atención a los *asuntos del foro*. Es decir, en atención a una visión integral de la vida pública, capaz de hacer retornar la verdad judicial a su contexto político de emergencia (*Forensis Project*; Sandoval, 2014). Desde esta perspectiva, se trataría de comprender la decisión judicial que nos ocupa no sólo como un episodio singular del sistema judicial del estado español, sino como una acción con sentido en cuyo horizonte se proyecta un modelo específico del vivir juntos. Una *actualización* de la práctica del Estado que constituye su MODO DE SER o su expresión misma en ese instante que es siempre contingente (Luhmann, 1998<sup>a</sup>, 1990). En atención a la hermenéutica jurídica que nos ofrece Paul Ricoeur, la actualización de la que hablamos tendría lugar a través de los mecanismos de la *reconstrucción y la argumentación* jurídica, característicos en la producción del veredicto judicial (Ricoeur, 1997). Sobre “cómo leerla”, la teoría de la argumentación jurídica en Manuel Atienza (2001), nos indica buscarla en el último nivel o “última instancia” de la argumentación, una vez se han producido los juicios de determinación y subsunción inherentes a la producción/presentación del veredicto bajo la forma de una sentencia judicial (Ricoeur, 1997). Ahora bien, las formas de este “vivir juntos” que proyecta la decisión judicial no son ni tienen por qué constituir una deducción de los fines del estado propia de la dogmática jurídica (Silva, 2014). Nuestra tesis es que la decisión judicial realiza el estado pero bajo una forma pragmática que sería, para decirlo en lenguaje de los años ochenta, *el estado realmente existente* (Bahro, 1980). De hecho, los grandes debates que atraviesan la práctica jurisdiccional implican ya estas dos formas lógicas de comprender la realización del estado: a) aquella que deriva de los estudios de Hans Kelsen respecto a cómo fundar una práctica positiva del derecho a partir de la Ley y seguidores que acaban proponiendo una realización deductiva del Estado (Kelsen, 1995); b) aquellas corrientes que comprenden la realización del estado como una práctica inductiva en la cual, el juez, guiado por unos principios “realiza” el estado en cada decisión (Sáez Valcárcel, 2012; 2010). Esta última concepción, como sugerimos, encaja



con la episteme que proponemos para trabajar el juicio que nos ocupa en tanto escenario de producción de “nuevo derecho” en el que podemos inferir una forma renovada del “vivir juntos”. Esta sería su actualidad que, tratándose de la cuestión franquista, vendría a componer la frase completa de nuestro objetivo general. He aquí, pues, su condición de suceso que se opone en nuestra búsqueda a las tesis acostumbradas sobre mismidad o reproducción social de lo mismo. En otras palabras, prepararemos el terreno teórico para observar el presente y no el pasado de dicha cuestión, lo cual implica apreciar el modo en el cual la pragmática de la práctica judicial comporta una producción del sentido, una cognición sobre el mundo y un juicio político como realización inductiva del ser o modo de ser político.

El cuestionamiento de la estructura del suceso que realiza Roland Barthes en sus *Ensayos críticos* (2003), nos permite dar entrada de manera elocuente a la singularidad jurídico-política que deseamos destacar en la sentencia. Es decir, a partir de una idea de suceso que trascienda su adscripción en el orden de lo anómico o de lo monstruoso, intentaremos delimitarlo en la motivación de la sentencia. Según Barthes, aquello que singulariza el suceso es, más que una monstruosidad, su condición de excepcionalidad perfectamente causada por elementos fortuitos. Esto es, repleta de “para colmos”.

¡Y para colmo quedaron Amnistiados!

Según la Sala de Prensa, el juez cometió un error que lo llevó a equivocarse respecto a la temporalidad que debe regir la criminalidad franquista. En principio, debe aplicársele un régimen temporal de pasado, esto es, excluirlos de la jurisdicción. Según los hechos probados de la sentencia, la tipificación de crímenes contra la humanidad no cabe en esta causa, quedando extinta la responsabilidad penal de los crímenes cometidos (comunes) por muerte de los agresores y por prescripción (STS 101/2012). El eje que vertebra el suceso es el tiempo jurisdiccional, su definición, su función y a su elaboración como problema dedicaremos la primera parte de este capítulo.

Como hemos visto, la sentencia remarca que aun en el supuesto de que los dos razonamientos anteriores no se cumpliesen, es decir, que fuesen crímenes contra la humanidad y, consecuentemente, imprescriptibles, los crímenes con intencionalidad

política cometidos entre el 18 de julio de 1936 y el 20 de noviembre de 1975 se encuentra amnistiados (STS 101/2012). Es decir, ¡para colmo amnistiados!

Como ya veremos en el tercer apartado de este capítulo, el asunto o la sentencia pareciera dirimir más de un conflicto en la sociedad española. Por ejemplo, ¡y para colmo lo estaban juzgando por las escuchas ilegales de la “trama Gürtel”!, que es una de las redes de corrupción más extensa y más escandalosa que haya salpicado al “Partido Popular” del momento (*El Diario*, 26/08/2016). De hecho, al momento de la sentencia que estudiamos, hacía tres semanas que el magistrado había sido condenado (9 de febrero de 2012) a once años de inhabilitación como juez por esta causa (STS 79/2012). De hecho, habrían faltado unos cuatro años todavía para juzgar esta causa, que se llevará a cabo en el otoño de 2016 (*El Diario*, 26/08/2016). En cualquier caso, en los argumentos que expone la sentencia de inhabilitación del juez Garzón, como dijimos (STS 79/2012), también es posible rastrear una realización del “Estado de Derecho español”, que conlleva su vigencia como temporalidad que incluye y excluye posibilidades.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> “El derecho de defensa es un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del Estado de Derecho como un proceso con todas las garantías. No es posible construir un proceso justo si se elimina totalmente el derecho de defensa, de forma que las posibles restricciones deben estar especialmente justificadas (...) En este caso, no se trata en realidad de examinar la suficiencia de los indicios o de la motivación, o de cuestiones relativas a la proporcionalidad de una medida que restringe el derecho a la intimidad. Sino de la valoración jurídico penal de dos resoluciones judiciales que, incidiendo directamente sobre el derecho a la defensa suprimiendo la confidencialidad, acordaron la escucha y grabación de las comunicaciones entre los imputados presos y sus abogados defensores, sin que existieran datos de ninguna clase que indicaran que los letrados mencionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos (...). Lo cual resulta inasumible desde cualquier interpretación razonable del Derecho, al conducir directamente a la autorización normalizada de la intervención de las comunicaciones entre el imputado en prisión y su letrado defensor, reduciendo así con carácter general el derecho de defensa exclusivamente con base en la gravedad del delito investigado y en los indicios existentes contra el primero, que son precisamente los que determinan su permanencia en prisión provisional (...). En el caso, el acusado causó con su resolución una drástica e injustificada reducción del derecho de defensa y demás derechos afectados anejos al mismo, o con otras palabras, como se dijo ya por el instructor, una laminación de esos derechos, situando la concreta actuación jurisdiccional que protagonizó, y si se admitiera siquiera como discutible, colocando a todo el proceso penal español, teóricamente dotado de las garantías constitucionales y legales propias de un Estado de Derecho

Asimismo, en la valoración que ofrece Baltazar Garzón sobre su vocación de magistrado en el documental de Isabel Coixet (2011), la respuesta es contundente: “yo siempre he actuado en defensa del Estado de Derecho”. De hecho, en esta misma entrevista que le hace Manuel Rivas, el magistrado aprovecha para enumerar las grandes y polémicas causas en las cuales –según expone– ha realizado este principio en calidad de instructor: *Gal, Banca Catalana, Eta, Scilingo, Pinochet, Gürtel, Víctimas del franquismo*. A través de esta semblanza, Isabel Coixet nos da a entender dónde reside el verdadero suceso: sin duda, en “matar al emisario”. Desde este punto de vista, consecuentemente, la forma política de ambos casos estaría fuera de sí misma, es decir, en la intencionalidad de quienes quisieron apartar a Garzón del Poder Judicial. No obstante, en el cometido de hacer psicología de segundo orden, debemos explorar la *comunicación* en su forma irreductible respecto a la conciencia de las personas. Es decir, según la sociología de Niklas Luhmann, explorar la indivisibilidad del encuentro entre un *alter* y un *ego* que habita en la sentencia (Luhmann, 1998b). Ahora bien, en tanto elemento emergente de este encuentro, la sentencia es portadora del veredicto de un diálogo en el cual, pareciera, la propia significación del Estado de Derecho se encontraba en disputa.

En rigor, podríamos afirmar que toda actuación judicial conlleva siempre este debate, en la medida en que a través del veredicto se pone fin, según Paul Ricoeur, a una situación de inestabilidad generada por la transgresión inicial (Ricoeur, 1997). Esto es, cuando se perturba al sistema a causa de una demanda o interpelación en sentido general, se activa la reconstrucción que lleva implícita la eclosión de la realidad y su posterior reducción al conflicto, a la disputa jurídica (Ricoeur, 1997). Puesto que la acusación por prevaricación judicial se refiere a la propia actuación de la justicia, el estallido de la catástrofe que activó el Poder Judicial en busca de determinación, tuvo lugar en aquel auto de la audiencia nacional objeto de la acusación (AAN 16/10/2008). Es decir, en aquel auto en

---

contemporáneo, al nivel de sistemas políticos y procesales característicos de tiempos ya superados desde la consagración y aceptación generalizada del proceso penal liberal moderno, admitiendo prácticas que en los tiempos actuales solo se encuentran en los regímenes totalitarios en los que todo se considera válido para obtener la información que interesa, o se supone que interesa, al Estado, prescindiendo de las mínimas garantías efectivas para los ciudadanos y convirtiendo de esta forma las previsiones constitucionales y legales sobre el particular en meras proclamaciones vacías de contenido. (STS 79/2012, de 9 de febrero)

el cual, según la sentencia, el juez Garzón declaró competente a la Audiencia Nacional para juzgar los crímenes del franquismo (STS 101/2012). Ahora bien, aunque el pleno de la sala de lo penal de la propia Audiencia Nacional puso fin inmediato a la inestabilidad desencadenada para aquel auto (AAA 02/12/2008), pareciera no haber sido suficiente. En enero del año siguiente, el sindicato Manos Limpias antepuso la querrela en el Tribunal Supremo y esta es la sentencia que estudiamos que, como ya hemos mencionado, es valorada por Bartolomé Clavero como *sentencia de punto final* (Clavero, 2015).

El alejamiento de lo monstruoso que nos propone Roland Barthes en la sustanciación del suceso, entonces, nos autoriza a explorar la sentencia más allá del juicio de impunidad que frecuentemente le acompaña (Escudero, 2012). Nuestra idea es dilucidar cuál es el modelo del vivir juntos que se actualiza en la sentencia, atendiendo a tres ejes que, en nuestra opinión, darían cuenta de la función política del veredicto: *a)* el veredicto actualiza y contiene un debate en torno a la temporalidad de la jurisdicción penal; *b)* el veredicto conlleva una cognición sobre el sistema político nacional en su horizonte; *c)* el veredicto constituye un juicio sobre la verdad judicial al respecto, esto es, sobre el modo de ser del vivir juntos en términos de preferencia o volición. Los indicios que tenemos nos animan a pensar que este juicio político que conlleva la sentencia pertenece al orden de lo estético aunque se vista de razón.

Sólo una cuestión más. En la primera parte de esta investigación, hicimos referencia a la unidad textual que contiene la sentencia. Afirmamos, según Paul Ricoeur y Niklas Luhmann, que la comprendemos en su condición discursiva como un texto, es decir, como una alocución de un *ego* referida a un *alter*, portadora de una referencia del mundo (el que nos interesa estudiar), clausurada en la inmanencia de sus signos, pero abierta a la interpretación de sus lectores (Ricoeur, 1999; Luhmann, 1998b). Desde este punto de vista, su significado es siempre una *pragmática* que se desencadena tras la irrupción de su verbo bajo otros marcos de cognición. Así, irrumpe en el nuestro; en nuestra episteme psicosocial que quiere transformarla en modo de ser político. De otro, sabemos de su irrupción en juzgados locales y en la opinión pública nacional e internacional. De éstos, la que nos orienta es aquella de la opinión pública nacional, que nos habla de su paradoja constitutiva de identidades políticas: “La absolución de Garzón es la condena a las víctimas del franquismo” (*El País*). Por lo demás, estudiamos la unidad textual de la

sentencia y no el acto de celebración de la vista oral, vulgarmente llamado “El Juicio”. Esto significa que sólo estudiamos del veredicto su narración *ex post factum*, que se desarrolla en conformidad con una estructura formal que, en opinión de Claudio Agüero (2009), compone un género narrativo en sí mismo que combina todos. Concretamente, nos centraremos en la argumentación que es, a nuestro juicio, el lugar en el cual se expone la paradoja que nos interesa visualizar. El suceso. En este sentido, asumimos que la sentencia no agota el juicio y, al contrario, goza de vicios bien sean relativos a la propia escritura o bien al orden lógico en que debe circunscribirse dadas las dogmáticas que gobiernan el discurso jurídico (Agüero, 2009). Si se quisiera explorar el juicio, existe su grabación en versión libre en la página de Youtube (ARMH, 2012) y una obra de teatro, que es su transcripción fiel y, por ello, la mejor denuncia que puede hacerse respecto al ocultamiento que hace la sentencia de las víctimas que fueron a testimoniar. La obra se llama *El pan y la sal. Juicio a la memoria histórica*, que se presentó en Madrid en 2015, en Teatro del Barrio. Un indicio, pues, sobre cuál es el *modo de ser* de la política que nos vamos a encontrar en los siguientes capítulos.

### *2.1. El veredicto como un acontecimiento del sentido y el problema tiempo-identidad*

Según Niklas Luhmann, el rasgo distintivo de “lo social” y “lo personal” es la *vivencia – con sentido*. Esto es, tomándose como premisa a la *complejidad*, el sentido define una de las formas de su procesamiento. Otras podrían serlo, por ejemplo, la fisiología de los sistemas orgánicos o la mecánica en el caso de los autómatas. Según el autor, el procesamiento de la complejidad tiene que ver con la selectividad de una multiplicidad de alternativas *a priori* equivalentes en posibilidad. También son igualmente plausibles en *necesidad*, implicando también su procesamiento, un ejercicio previo de *reducción de la complejidad*. Esto es, su “traducción” a un esquema determinado de posibilidades y necesidades para la selección. De acuerdo con este planteamiento, *la vivencia de la complejidad bajo la forma del sentido*, es el nombre que otorga la teoría a la modalidad de *reducción de complejidad* que realizan los sistemas psíquicos y sociales. Se trata del dimensionamiento de las alternativas en coordenadas de *objeto, tiempo y socialidad*, que conllevan las *representaciones de conciencia* y las *comunicaciones sociales* –¿esto o lo otro?, ¿antes o después?, ¿ego o alter? Según esta teoría, puede presuponerse siempre la

autoconstitución de sistemas psíquicos y sociales en el cometido de la producción y reproducción de los elementos del sentido.

Ahora bien, en la reproducción del sentido, el nexo que une a sus elementos entre sí es *comprendivo*. Esto es, a pesar de ser selectivo, significa que la selección del elemento siguiente depende siempre de que las posibilidades generadas por el elemento anterior se comprendan por el siguiente como alternativas proyectadas por esta para su selección. En el caso de la reproducción social, esto significa que la comunicación siguiente se comprende como el resultado de una selección entre expectativas proyectadas en/por la comunicación anterior. Como confirmación de la expectativa de respuesta ante una interpelación, pero con independencia del contenido de la respuesta.

Desde este punto de vista, la sentencia en estudio atiende a dos tiempos: uno, que tiene que ver con su actualidad, unicidad; el otro, con su continuidad como hecho comunicativo de un presente más extenso. Por ejemplo, la Sentencia 101/2012 en el marco del caso Garzón, en el marco de las causas del franquismo, en el marco de las actuaciones del Tribunal Supremo. Si la consideramos como actualidad, la nomenclatura de la sentencia: *STS 101/2012, de 27 de febrero*, pareciera dar cuenta de esta condición de “elemento con sentido”: una sentencia 101 (objetivo), emitida el 27 de febrero de 2012 (temporal), por los magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de Justicia/Poder Judicial (sistema). Asimismo, la sentencia responde a una demanda por el delito de prevaricación que admite la posibilidad culpable/absuelto. En la sentencia se reconoce además a los demandantes: sindicato “Manos Limpias” y la asociación “Libertad e Identidad”. En el apartado “hechos probados”, vemos a su vez la conexión de la sentencia con acontecimientos precedentes que la enlazan en una cadena de continuidad respecto a la causa iniciada en la Audiencia Nacional. El objeto de causa en el juicio oral, recordamos, es la actuación del ex magistrado Baltasar Garzón en las diligencias previas 399/2006, transformadas en sumario a través del Auto de 16 de octubre de 2008 (AAN 16/10/2008).

Ahora bien, en vista de la contingencia que resulta de la complejidad inherente a los procesos sociales, el vínculo que estudiamos entre derecho y política atañe a una paradoja temporal (Luhmann, 1993). Se trata de la paradoja *actualidad/continuidad*, que se verifica en la sentencia: a) de un lado, si pensamos el juicio como un escenario de interacción entre la norma legal, el procedimiento judicial y la memoria social, podemos comprender

la sentencia como una síntesis de actualidad, *in situ* (Luhmann, 1998b); b) como un enlace de continuidad, en un proceso comunicativo generador de un presente más extenso al mero momento de la sentencia, en principio, el presente de la durabilidad de la jurisdicción del estado, el presente de la gestión del pasado franquista, el presente de la impunidad (Luhmann, 1996). Esto es, una jurisdicción penal emerge *in situ*, del proceso de reconstrucción y argumentación jurídica inherentes a la redacción de la sentencia, permitiéndonos presuponer en la propia (STS 101/2012) la delimitación de un ámbito de *inclusión/exclusión* de las identidades políticas en juego. De aquellas identidades que, al ser nombradas por el sistema, son incluidas (aunque sea para ser excluidas, por ejemplo, ser menor de edad). Una jurisdicción que, sin embargo, podemos presuponerla como la repetición de un momento que abre un espacio de acción y continuidad, que es el que interrogaremos en el siguiente capítulo a propósito de la impunidad. Pero que ahora veremos en la sentencia, pues implica el conocimiento del contenido del enlace de la sentencia con el resto. En principio, se trata de un contenido que atañe al tiempo.

Sobre esta base, la cuestión por la prevaricación judicial que resuelve la sentencia pierde relevancia como *operación de la conciencia* del magistrado. Esto es, nos permite desplazar el foco de atención del fallo a los argumentos que lo fundan, teniéndose en cuenta además que éstos contienen una nominación “de este mundo” que tiene fuerza vinculante. Esto es, desplazamos el foco de atención de la cuestión de la prevaricación, el “a sabiendas”, hacia los enlaces temporales del fallo en la reconstrucción y en la argumentación jurídica.

En este sentido, de dónde viene y qué implica esta absolución; ¿con qué se enlaza tanto en el futuro como en el pasado? En la escena del juicio, el interés de la acusación por encontrar en los autos previos del magistrado (caso Paracuellos), una razón de incoherencia jurídica en la tipificación de crímenes contra la humanidad que hace del franquismo (AAN 16/10/2008), ya da cuenta del cauce comunicativo de la sentencia. Pero, ¿se trata de un cauce monolítico que ya da cuenta del tema, del qué resuelve cuando falla? En general, la propia indagación supone la búsqueda de enlaces comunicacionales, por ejemplo, en el mismo juicio puede verse que la acusación popular interroga a los testigos en torno a su intencionalidad a la hora de la denuncia en la Audiencia Nacional de 2006. En su lugar, podemos interrogarla tanto en su función nominativa como de

fijación del tiempo social y presuponer de los espacios e identidades, que construye una función reproductiva de continuidad (Luhmann, 1998b). Muchos autores ven en esta función una racionalidad de conservación del franquismo (Jiménez Villarejo, Doñate y Fontana, 2012), o de estricta conservación de un sistema de impunidad (Equipo Nizkor, 2002; Escudero, 2012). Podríamos ir incluso más allá y conjeturar sobre una *estrategia* implicada en dicha continuidad, en el sentido de Michel Foucault, lo que muchos autores llaman impunidad pero que a nosotros nos gustaría llamar *biopolítica del vacío*, como veremos en el capítulo tercero. Comenzar a pensarla supone, en este momento, apenas una pregunta por el modo en el cual esta decisión judicial se encaja en alguna estrategia más extensa y eso sólo podemos hacerlo al final, una vez hayamos dado con las prestaciones de esta sentencia.

En cualquier caso, el vínculo comunicativo y/o reproductivo de la sentencia se vehicula, en nuestra opinión, a través del dilema jurídico que resuelve: según Javier Chinchón Álvarez, se trata de un dilema de principios entre la *prohibición de sancionar y el deber de investigar* (Chinchón, 2012). Los argumentos que se oponen son relativos al tiempo de la jurisdicción (irretroactividad, prescripción, amnistía), permitiéndonos conjeturar sobre una razón político-temporal de continuidad. Esto es, a partir de la relación entre temporalidad e identidad que nos permite pensar la teoría de sistemas, es posible apreciar en las dos razones de tiempo jurisdiccional que se confrontan en el debate que resuelve la sentencia, la mención/reconocimiento jurídico de unos espacios e identidades políticas determinadas (Luhmann, 1998a).

En el mismo sentido, a través de estas herramientas teóricas podemos pensar también la desmención o *indecibilidad* de la opción resultante en la sentencia, entendiéndolos como *el punto ciego* que subyace a toda observación bajo el esquema legal/ilegal. La conjetura es, entonces, que la sentencia resuelve a favor de la prohibición de sancionar (STS 101/2012 II, 1º- 6º), bajo el uso de argumentos temporales relativos a la jurisdicción penal, contribuye en su actualidad azarosa a la perpetuación de *identidades políticas de excepción*. Esto es, identidades que aun siendo efecto de la aplicación de un código legal/ilegal quedan fuera de su mención y observación. Este es el caso de las *identidades desaparecidas* de las que habla Gabriel Gatti, que en nuestra conjetura equivale a las denominadas *víctimas del franquismo*. (Gatti, 2009).



## 2.2. Cognición e indecibilidad

Ahora bien, ¿en qué sentido un fallo de absolución por prevaricación judicial como el que contiene la sentencia (STS 101/2012, III), nos informa sobre posibles efectos constitutivos de un *homo sacer* en el estado español? *A priori*, no queda tan claro que del juicio a la conciencia de un magistrado se desprendan efectos de la envergadura planteada por la biopolítica de Agamben, como no sea que la idea más general que todo acto de derecho contiene ya una excepción “fundante” (Agamben, 1993). La sentencia cobra relevancia y plausibilidad si consideramos el significado al uso que el contexto político le sigue otorgando, erigiéndosele incluso, según el fiscal Manuel Dolz Lago, como jurisprudencia emblemática en el tratamiento jurídico de los denominados crímenes del franquismo (Dolz Lago, 2012). Esto es, el objeto de la supuesta prevaricación fue un auto, emitido por el ex magistrado en el juzgado de instrucción quinto de la Audiencia Nacional, en el que declaraba competente a la AN para investigar las desapariciones forzadas de personas llevadas a cabo a partir del 18 de julio de 1936 hasta 1953 por autoridades del golpe militar y del “nuevo estado” (AAN 16/10/2008).

La sentencia que estudiamos procede, entonces, de un juicio oral celebrado en el Tribunal Supremo en enero de 2012, en su condición de tribunal de última instancia y de aforados en el estado español, al cual acudieron las “víctimas del franquismo” a dar su versión en calidad de testigos (ARMH, 2012). Era la primera vez que se daba testimonio de las atrocidades del franquismo en sede judicial, a pesar de estar dirimiendo el “a sabiendas” del ex magistrado en la apertura de un sumario con muy poco pronóstico de tener un largo recorrido, como después se vio (AAN 02/12/2008). En cuanto al juicio, a pesar de la absolución, la pragmática del veredicto quedó sellada ya en la primera página de la sentencia: Causa Especial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del derecho e injusticia (STS 101/2012). Pero sobre todo, quedó sellada en sus argumentos jurídicos y en sus usos posteriores, negándose taxativamente la posibilidad de investigar/enjuiciar dichos crímenes (STS 101/2012). Con ello, las víctimas del franquismo quedan en un absoluto limbo jurídico, convirtiéndose, en nuestra opinión, en los habitantes de un tiempo imposible, lleno de vacío, que es el que deseamos elaborar teóricamente junto con sus identidades en este capítulo.

En principio, sugerimos pensar esta suerte de pragmática del subterfugio judicial que acompañó al juicio hasta convertirlo en precedente de no-enjuiciabilidad, como un efecto perverso de la indecibilidad jurídica que, en opinión de Ramón Sáez Valcárcel, se cierne sobre la criminalidad franquista en el estado español (Sáez Valcárcel, 2009). Es decir, en este capítulo sostendremos que existe un problema cognitivo de base jurídica que subyace a la táctica política de esta decisión judicial. De ésta, que no siéndolo, sin embargo, “es”; y que es muy parecida a la que comporta la Ley de Memoria Histórica según Alicia Gil (2009). Ley que, habiéndose vendido políticamente como una medida de reparación a las víctimas, sólo pudo alcanzar el estatus jurídico de medida de gracia. Esto es, pues, una ley que, aun queriéndolo ser, “no lo es” (Gil Gil, 2009).

En nuestra opinión, cualquier estrategia política que se intente, sea ésta favorable o contraria a la revisión del franquismo, encuentra en “las particularidades” del sistema de las leyes del estado español los contornos de su propia decibilidad judicial. Al hablar de indecibilidad penal del trauma, hablamos, consecuentemente, de un marco legal deficiente y, sobre todo, en atención a Javier Chinchón Álvarez, de un andamiaje judicial que impide la mención explícita del franquismo en los términos de su criminalidad (Chinchón, 2012a). Visto desde una mirada más amplia, asistimos a una organización estatal en la cual su propia violencia fundacional es invisible para sí misma en los términos de trauma (Sáez Valcárcel, 2009). Las consecuencias parecieran estar en la base constitutiva de la propia organización estatal, generando vacíos jurídicos en los cuales paradójicamente el derecho no puede penetrar. En nuestra opinión, estos son los vacíos que según Jo Labanyi han ocupado los “fantasmas” en la filmografía de la transición (Labanyi, 2007) y que recientemente pareciera estar ocupando la categoría víctima del franquismo.

Nuestro objetivo general es mostrar, entonces, esta superposición a su vez cognitiva en la cual la noción *víctima del franquismo* amén de sus equivalentes, se pone al servicio de la indecibilidad jurídica de la criminalidad del régimen franquista, llenando el vacío que deja en su interacción con la memoria del régimen o, cuanto menos, con la memoria de la represión –que documenta Francisco Espinosa Maestre (Espinosa, 2014).

En este sentido, la idea es comprender la indecibilidad jurídica de la criminalidad del régimen franquista, en los términos que nos facilita la teoría de Niklas Luhmann, en el

estado español contemporáneo como problemas de cognición, relativos a la propia autorreferencia del sistema judicial (Luhmann, 1996). Al ser conscientes de la demanda de reconocimiento judicial que existe en la sociedad española respecto a esta criminalidad, nos preguntamos a su vez por el efecto de esta cognición —¿“indecible”?— en la delimitación de espacios e identidades de derecho o no derecho respecto a esta memoria. Finalmente, al tener en cuenta estudios precedentes en el estado español y en los casos de Argentina y Chile, como por ejemplo, los estudios de Gabriel Gatti respecto a la indecibilidad del trauma y las estrategias narrativas (Gatti, 2014; Sáez Valcárcel, 2009), esperamos encontrar espacios e identidades de excepción, probablemente, vacíos e identidades espurias, al menos en los concerniente a la sentencia en estudio.

Por último, habida cuenta de la tendencia contemporánea en aumento en los estados occidentales, consistente en la suspensión del derecho para ciertos espacios e identidades a los que el soberano reserva otras “reglas” (Agamben, 1995), nos interesa preguntar si esta biopolítica rige también en el estado español y en qué sentido se vincula con los resultados de la sentencia que exploramos. A esta última cuestión, reservamos el capítulo tercero de esta segunda parte. En este, nos restringimos a formularla como inquietud de exploración.

Según la lógica constitutiva del sentido, cualquier interpelación proyecta siempre la posibilidad de la negación. Esto es, que se entienda como una invitación a realizar una *aportación* respecto a una temática en concreto. *Tematización* de un algo (esto/lo otro), un cuándo (antes/después), un quién (ego/alter). Tanto las representaciones de conciencia como las comunicaciones de la sociedad, se enlazan entre sí mediante un acuerdo sobre estos elementos. La tematización define, entonces, el entorno relevante del sistema. Su objeto de actuación. Desde este punto de vista, su contenido puede entenderse como una cognición.

Según Niklas Luhmann, la práctica del derecho organiza un sistema social, *autorreferente* y *autopoietico* (Luhmann, 1998b). Esto obliga a comprender las actuaciones que bajo este *código* acontecen, como *operaciones* que se desarrollan en un *medio de comunicación simbólicamente generalizado* y especializado, cuál es el de la *Ley* (Luhmann, 1996). Obliga, por tanto, a comprenderlas como *comunicaciones* que resultan siempre de una dinámica *estructura/proceso* que les da forma en este medio. Esto es, abrigar la

perspectiva de sistemas obliga a presuponer la implicación de *estructuras* en la *producción y reproducción* de las comunicaciones del sistema (Luhmann, 1996). Estas estructuras son, por lo demás, *contingentes* y responden a la experiencia del sistema en sus relaciones con el entorno. Se erigen como memoria del sistema o *ganancia de tiempo* en la procura de su repetición (Luhmann, 1996).

En el caso de la sentencia que estudiamos, la teoría nos obliga a presuponer la implicación de estructuras en la producción de su *indecibilidad*. Y entonces, la cuestión que anima a muchos analistas jurídicos surge de inmediato: ¿Qué pasa con la legislación internacional en España?, ¿acaso no forma parte de las estructuras del sistema judicial y, por tanto, obligada a nutrir los procesos en las actuaciones judiciales en el estado español?

En este punto, es crucial diferenciar la *legalidad de los sistemas*, que viene dada por sus estructuras, y la *legalidad parlamentaria*, que resulta de procesos no necesariamente basados en la experiencia del sistema. Ergo, no siempre fáciles de aplicar deductivamente (Luhmann, 1996). La cuestión decisiva en este planteamiento es la *paradoja de la clausura operativa de los sistemas sociales*. Según Niklas Luhmann, *la clausura es la condición de la apertura de los sistemas sociales* (Luhmann, 1996). Es decir, los sistemas sociales operan bajo una clausura significativa que les permite cualificar su entorno para relacionarse con éste (Luhmann, 1996). Esto equivale a decir que entre sistema y entorno no existen relaciones *punto por punto* sino *rupturas y reificaciones de sentido*, que dependen de las estructuras de cada sistema (Luhmann, 1996). Entre sistema y entorno, sólo hay diferencias de complejidad siendo las estructuras el principio de su *reducción*. (Nuevamente aquí, pues, la ganancia del tiempo, la memoria del sistema.)

Esto ya supone un diálogo con aquellos planteamientos que ven en la decisión de esta sentencia y, en general, en el (no)tratamiento judicial del franquismo en el estado español contemporáneo, un hecho de causalidad político partidista. Por ejemplo, es casi un lugar común en la opinión pública española, sostener que la negativa del Partido Popular y del PSOE a juzgar los crímenes del franquismo, se basa en la ascendencia familiar que supuestamente conecta a sus representantes con las autoridades del régimen franquista. De hecho, según Vicenç Navarro, esto explica por qué los denominados “pactos de la transición” fundaron un sistema político basado en la *memoria de los vencedores* y no en

*la de los vencidos* (Navarro, 2010). En nuestra opinión, aun siendo sólido este un argumento, no es explicativo del comportamiento del sistema del derecho, sino, precisamente, una *forma estructural* parlamentaria, que podríamos pensar acoplada al sistema judicial en el decurso de sus relaciones sistema/entorno. Pero tampoco, sin embargo, puede explicarse sólo en relación a lo que Jiménez Villarejo denomina “la pervivencia del franquismo en el poder judicial” (Jiménez Villarejo, 2012).

En cualquiera de los acontecimientos de la vida social, en los cuales la *irreductibilidad de la comunicación a la acción individual* es la condición, ni la volición ni el interés pueden ser sus elementos explicativos (Luhmann, 1996). Sólo si los atributos individuales funcionan como *código* de comunicación, como estructura capaz de generar *resonancia* y *echar a andar* las comunicaciones en los sistemas implicados, puede hablarse con propiedad de una influencia de un sistema sobre otro. Pero, entonces, la pervivencia no sería de “personas” sino de las estructuras del régimen. Por ejemplo, personalismos, normas o procedimientos en el caso del Poder Judicial que resuenan favorablemente frente a la negativa de un juez de juzgar al franquismo en la dirección dispuesta por el derecho internacional penal y de los derechos humanos. Cuando la concatenación es entre dos sistemas sociales, en este caso, entre la ley y la política parlamentaria, la cuestión es siempre presuponer un correspondiente comunicativo legal a la voluntad de los gobernantes. Tales serían las relaciones de *acoplamiento estructural* y/o *interpenetración*, elaboradas respectivamente por Humberto Maturana y Francisco Varela y posteriormente por Niklas Luhmann (Maturana, 1983; Luhmann, 1996). Si este no fuera el caso, el sistema de las leyes no podría acompañar la voluntad política y esta última sólo haría *ruido* en el seno del sistema al que desea influir (Luhmann, 1986). Llamaremos a estas formas estructurales *dispositivos de resonancia*, y lo emplearemos para sustentar la hipótesis siguiente: *la indecibilidad respecto a la criminalidad franquista que mostramos en la sentencia (STS 101/2012), responde a dispositivos de resonancia que bloquean la cognición de este período en términos de “otredad”, como diferente –esto es, como un otro separado del sí mismo* (Sáez Valcárcel, 2009)

Desarrollar esta idea, a su vez, implica un diálogo con las tesis sobre la pervivencia del franquismo en el Poder Judicial. Cada actuación del sistema implica, siempre, un “diagnóstico” del sí mismo y del entorno: una versión del mundo relativa a su cualidad,

permitiéndonos concebir cada una de las operaciones del sistema como *observaciones* (Luhmann, 1996). En este sentido, el contenido de la sentencia judicial (STS 101/2012) puede comprenderse como una observación que realiza el sistema judicial, tanto sobre el sí mismo como sobre el entorno, del sistema judicial, habida cuenta de que esta decisión fue tomada como consecuencia de una presión del entorno cualificada por el propio sistema. En enero de 2009, el sindicato “Manos Limpias” y la asociación cultural “Identidad y Libertad”, antepusieron la querrela por prevaricación judicial en el TSJ que dio lugar al fallo que ahora estudiamos (STS 101/2012). A partir de aquí, al haber cualificado el sistema esta perturbación del entorno como eso, “querrela por prevaricación”, se iniciaron los programas del sistema, en este caso, contenidos en la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (BOE, 1882, n° 260) dando lugar a la instrucción. Una vez celebrado el juicio y motivado el fallo del TSJ en la sentencia, apreciamos en la práctica del *precedente* como fuente de sustentación de la decisión, el ejemplo de la autorreferencia y de la clausura operativa del sistema. La sentencia que estudiamos da buena cuenta de ello en su estructura: I. Hechos probados, II. Razonamientos jurídicos, III. Fallo (STS 101/2012). En resumen, tenemos que el contenido de la sentencia en estudio responde a un conocer del sistema de las leyes del estado español que depende de sus propias estructuras significativas en su juego de relaciones con el entorno. El contenido atañe tanto a lo decible como a lo indecible, permitiéndonos pensar este último como el efecto de no poder conocer del sistema, esto es, elementos del entorno que las estructuras no le permiten ver.

### 2.3. *El veredicto como juicio político*

La singularidad de esta resolución, empero, no se halla en la resolución misma sino en la motivación de la sentencia. El suceso de nuestra crónica es, entonces, el nuevo derecho que emerge en la argumentación ofrecida por la sentencia y que es fruto de un juicio. Según lo que hemos estudiado hasta ahora, se trata de una selección realizada por el sistema judicial en atención a una cognición del sí mismo y del entorno, que le posibilitan sus códigos y programas. Dichas estructuras le permiten diferenciar sus cogniciones en términos de “decibilidad” e “indecidibilidad”. Ahora bien, como ya hemos sugerido, la

selectividad del sistema es arbitraria respecto a las demandas de comunicación y reproducción. Es decir, según la teoría de Niklas Luhmann, el sistema genera todos sus insumos para poder reproducirse y puede hacerlo desde la afirmación o la negación (Luhmann, 1998b). En este caso, podría reproducirse tanto bajo la absolución que bajo la condena al magistrado; tanto si se atiende al deber de investigar como a la prohibición de sancionar. Desde este punto de vista, aquello que pone fin a la incertidumbre acontece en un orden semántico de las cosas en el cual, se rompe con la equidistancia de las alternativas de decisión (Luhmann, 1998b)

Esta es la noción o idea de Juicio, propiamente dicha, que consiste según Paul Ricoeur no sólo en el acto mismo de poner fin a la incertidumbre sino en el proceso mismo de hacerla estallar para después recomponerla como disputa (Ricoeur, 1997) Según la Sala de Prensa del Poder Judicial, el argumento fundamental de la sentencia es mostrar por qué el magistrado, si bien no prevaricó, se equivocó:

Pero se equivocó; ¿en qué? El documento emitido por la Sala de Prensa del Poder Judicial prosigue en su cometido de dar cuenta de la sentencia, señalando: a) que el magistrado pretendía un “juicio de la verdad”; b) que su interpretación de la prescripción y la amnistía son erróneos; c) que el espíritu del legislador encarnado en el abrazo entre las “dos Españas” sigue vigente (PJ/SP STS 101/2012). La operación reconstructiva de *lo real* que significa al derecho, en este caso, pareciera resultar de la descomposición/recomposición del conflicto vivo que atraviesa la sociedad española en torno a los acontecimientos del golpe militar de 1936. Una transformación en “disputa jurídica” del “combate por la historia” que se libra en el marco de este conflicto, en opinión de Francisco Espinosa Maestres (2014). La propia condición de “combate” y de “no resuelto”, de hecho, es una valoración que también comparte la sentencia cuando desarrolla: a) en el fundamento primero de derecho, su tesis sobre el juicio de la verdad como móvil de la apertura del procedimiento de Baltasar Garzón en la Audiencia Nacional (STS 101/2012, II, 1º); b) cuando en el fundamento tercero, expone la fuerza de ley y la autoridad moral que contiene la Ley de Amnistía como fruto de la reconciliación nacional (STS 101/2012, II, 3º). En honor a la verdad, el nuevo derecho que desarrolla la sentencia reconstruye aquello que podríamos denominar el “primer cataclismo reconstructivo” y que tuvo lugar en la Audiencia Nacional a propósito del auto de

apertura del procedimiento para investigar las desapariciones de personas. Podría decirse que se trató de la primera gran *judicialización* de este conflicto, en el sentido del término que emplea José María Mena (2003). La reconstrucción del mismo en disputa jurídica fue conformándose *in situ* desde la incoación de las denuncias de los familiares de desaparecidos en 2006 hasta el propio auto de anulación en 2008.

Es importante señalar, como muestra Javier Chinchón Álvarez, que esta conformación se fue dando en la confrontación viva y encarnizada que sostuvieron el fiscal jefe de la Audiencia Nacional y el entonces juez de instrucción Baltasar Garzón (Chinchón, 2012). En el meollo de la disputa, un supuesto “derecho nacional” y un supuesto “derecho internacional”, que se disponen en suma cero uno al otro en torno a los siguientes aspectos: a) la tipificación de las desapariciones forzadas como delitos comunes o como crímenes de lesa humanidad; b) la consecuente prescripción o imprescriptibilidad de los mismos, pues sólo en el caso de crímenes contra la humanidad se inhibe el principio de *tempus regit actum* que sustenta la *prescriptibilidad* de los crímenes; c) la interpretación del espíritu del legislador en la aprobación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre.

La opinión del fiscal es la misma que ya vimos que reitera la sentencia del supremo, que el espíritu es el de la reconciliación nacional (escrito del fiscal), y no la promulgación de una “ley de punto final” como sostenía Baltasar Garzón en el auto de apertura de sumario (AAN 16/10/2008). El 2 de diciembre de 2008, a menos de dos meses de que se ordenara la verificación de la defunción de Francisco Franco por mandato de ese mismo auto, éste fue anulado por el Pleno de la Audiencia Nacional tras resolver una “cuestión de competencia” elevada por el fiscal (AAN, 02/12/2008 y 16/10/2008).

Sin embargo, la *performance* de la disputa jurídica hubo de continuar, tres años después en el caso que estudiamos. El juicio en el Tribunal Supremo, que muestra en su propio decurso cómo y por qué la realidad de la experiencia no se agota en la palabra. Esto es, sirve para constatar cómo y por qué *la judicialización de los conflictos jamás colma sus exigencias*; y pareciera ser al contrario, el pronunciamiento del tercero excluido que es la voz de la justicia en el modelo occidental (Derrida, 1997), reintroduce más complejidad al asunto. Esto es, lo renueva en sentimientos: indignación y venganza. En este caso, pareciera que al sindicato de funcionarios públicos Manos Limpias y a quienes se sumaron después en la acusación popular (Libertad e Identidad y Falange Española de las



JONS) no hubiesen considerado disputa zanjada la anulación del auto del magistrado por parte del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AAN 02/12/2008). Vistas desde esta perspectiva las palabras de la querrela por prevaricación y de las de la admisión a trámite por parte del juez instructor de la causa en el Tribunal Supremo, las exigencias de este conflicto parecieran haber ganado un nuevo deseo de venganza: un escarmiento para el juez que pronunció esas palabras. Este juicio era la oportunidad para legitimar judicialmente la fuerza del relato que se debilitó por instantes en el auto del magistrado en la Audiencia Nacional (AAN 16/10/2008), y más cosas Después se vio que el veredicto reintrodujo más cosas y la judicialización de este conflicto prosiguió en el inmediato plazo en Estrasburgo, Córdoba y Argentina.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### Tiempo, indecibilidad, jurisdicción

#### *Una teorización sobre prestaciones políticas en la STS 101/2012, de 27 de febrero*

##### **1. La parodia del tiempo (introducción)**

Dice Giorgio Agamben (2014) que “la mejor comprensión de un fenómeno reside en su parodia”. Y he aquí, posiblemente, una buena metodología para introducir un episodio del sistema judicial español que ha sido tildado de algo parecido. Un “frenesí”, en opinión de Javier Chinchón Álvarez, quien así describe aquello que se vivió en la Audiencia Nacional, entre el 16 de octubre de 2008, cuando Baltasar Garzón declarase competente a la Audiencia Nacional para conocer sobre los crímenes del franquismo, y el 2 de diciembre de ese mismo año, cuando el Pleno de la Sala de lo Penal resolviera sobre la cuestión de competencia solicitada por el Fiscal y acordara la anulación de dicho auto.

O tal vez la parodia vendría después, cuando, pasados tres meses de intercambio frenético de documentos jurídicos (escritos, autos, resoluciones) por parte de magistrados, fiscales y procuradores (autos, escritos, resoluciones), se trasladará la escena al Tribunal Supremo, para dirimir sobre la inocencia o culpabilidad del juez Baltasar Garzón ante querrela por prevaricación. La acusación, en principio, se dirigía contra el pronunciamiento del Auto de 16 de Octubre (y contra el del 18 de noviembre), acusándose al magistrado de haberlo dictado “a sabiendas” de que se trataba de una resolución injusta:

...sostiene la querrela que toda la actuación judicial del querrellado se ha realizado con consciente postergación del Derecho y de la Ley y premeditada vulneración del

Estado de Derecho, al mantener un procedimiento a conciencia de no ser competente, e incoarlo sabiendo la preexistencia de lo mismo que luego fundamentó su decisión de inhibirse.<sup>1</sup>

Un año después de su admisión a trámite en mayo de 2009 (ROJ: ATS 6801/2009, de 26 de mayo), el magistrado Luciano Varela en calidad de instructor ordena la apertura de juicio oral (ATS 5560/2010, de 11 de mayo), bajo estos mismos argumentos. Entre el 24 y el 31 de enero de 2012, se llevó a cabo el Juicio, doblemente bautizado como “Juicios de la Verdad” y “Juicios de la Memoria Histórica”; ambas, sin duda, retóricas novedosas al lenguaje de la judicatura española, revelando, a un mismo tiempo: a) que se estaba transformando el Juicio a un hombre en un veredicto político sobre la gestión del pasado; b) que las operaciones de individualización de las causas y las penas, características del derecho penal, constituyen en realidad operaciones de despolitización de la acción, al transformarla en sumatoria de hechos aislados vinculados por una motivación individual (el móvil).<sup>2</sup> No obstante, que lo evidenciara quería decir que los mecanismos que hacen posible la *dramaturgia* del derecho penal no estaban funcionando.<sup>3</sup> He aquí la parodia, que, dadas las expectativas vertidas sobre este juicio y dada la rentabilidad que podía sacársele, no se sabe a ciencia cierta qué o quién parodiaba qué o a quién.

Muchas emociones circundaron los juicios, estos escasos años de la vida política española en los que se empezó a hablar del franquismo en una clave diferente. Lógicamente, dentro

---

<sup>1</sup> El texto del auto de admisión a trámite de la querrela en el TSJ prosigue de la siguiente manera: “Este planteamiento, sea o no acomodado a la realidad de lo sucedido, es en su propia formulación la descripción de una acción cuya subsunción en el tipo de prevaricación no es ‘ab initio’ descartable...”. ROJ: ATS 6801/2009, de 26 de mayo.

<sup>2</sup> El a *priori* de la acción es la complejidad, los encadenamientos de la acción son siempre fruto de una selección, cuando las opciones llegan al individuo, vienen preseleccionadas en virtud de múltiples operaciones en el resto de la sociedad, del sistema judicial, político. A esto hemos llamado dimensión política de la acción. El derecho penal, transforma esa política en causas individuales con motivos individuales, es decir, se queda sólo en el sí y el no de quien decide.

<sup>3</sup> Según Ervin Goffman (1997), en el *establishment* se genera una especie de magia o sinergia, en la cual cada parte o región desempeña su papel. En este caso, de juicio pulcro, de asepsia, de método, de individualización. Cuando esta magia se rompe, cuando la tramoya o región invisible del escenario se hace visible para el público, se produce una situación enojosa, una pérdida de la legitimidad. Cae el rito.

de estas emociones también se encontraba la indignación ante la posible ofensa a la memoria franquista, que, probablemente, percibía ignominiosa y peligrosamente al novedoso lenguaje que renombraba las acciones del régimen, muy ajeno y lejano a la semántica de la gesta o la cruzada.

El Auto del 16 de Octubre denominaba a buena parte de estas acciones: “delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima en el contexto de crímenes contra la humanidad, en conexión con un delito contra las altas instituciones del Estado.” Más adelante realizamos un análisis sobre este particular, por ahora nos interesa rescatar este argumento solamente para sostener que sólo una expectativa o anhelo de venganza muy grande puede hacer comprensible que, a pesar de que el pleno de la sala de lo penal ya hubiese anulado el Auto de 16 de Octubre, en enero siguiente se emprendiera una querrela por prevaricación contra el autor de este auto, en presunción de segundas intenciones. *Parodia sobre parodia*. Pero también, las expectativas de los familiares y víctimas en relación al veredicto del Tribunal sobrepasaban por mucho las de la simple absolución del magistrado. No era para esperar menos.

Se trató de un juicio que convocó como testigos a distintos representantes de las asociaciones de familiares y víctimas de represaliados del franquismo, para que dieran su testimonio respecto a la intencionalidad de sus demandas ante la Audiencia Nacional. Al parecer, si se demostraba en el juicio que las demandas sólo perseguían conocer qué había pasado con sus familiares y, en su caso, exhumarlos y darles una digna sepultura, no sólo se ganaban razones para culpar al magistrado, sino, más importante todavía, se deslegitimaba el recurso a la vía penal para satisfacer las demandas de la memoria histórica.

Pero era la oportunidad de las víctimas del franquismo: aquellos testimonios ofrecidos por éstas en aquel tribunal, además de dar cuenta de las atrocidades cometidas contra esas personas por parte de autoridades del régimen, constituían un hito dentro de sus demandas pues era la primera vez en 70 años que se hiciera una “escucha oficial” de testimonio alguno sobre la represión franquista en España. Claro que este acontecimiento debe haber engendrado en muchos de ellos la esperanza de lograr, con el fallo del juicio, algún

reconocimiento oficial de su relato. Como si se hubiese tratado, en realidad, de un juicio contra el franquismo o de una comisión de la verdad.

Cuando finalmente se produjo el fallo en cuestión, que llegó a través del Auto el 27 de Febrero de 2012, los querellantes anunciaron su intención de recurrir el fallo en el Tribunal Constitucional, mientras la prensa –aparentemente afín– presentaba la noticia con este titular: “El Supremo absuelve a Garzón pese a su instrucción plagada de ‘errores’”.<sup>1</sup> La sensación de las víctimas, por su parte, fue descrita por la prensa –a su vez, afín– en los términos de una “victoria agridulce” (Junquera, 2012).<sup>2</sup> Un año más tarde, en la publicación del libro de Natalia Junquera (2013) sobre las exhumaciones, Baltasar Garzón se expresó así del fallo del Tribunal Supremo en esta causa: “Mi absolución ha sido la condena para las víctimas del franquismo”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> La noticia empieza de la siguiente manera: “El Tribunal Supremo ha absuelto este lunes al ex juez Baltasar Garzón del delito de prevaricación por abrir causa general al franquismo pese a reconocer que la instrucción llevada a cabo por el que fuera titular del Juzgado Número 5 de la Audiencia Nacional estuvo plagada de errores. La sentencia ha contado con un duro voto particular del magistrado José Manuel Maza (...)” (Marthalay, 2012).

<sup>2</sup> Por ejemplo: “...Emilio Silva, presidente de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica. ‘Me parece muy desproporcionado todo lo que han montado para votar seis contra uno. Creo que deja al juez Varela en un papel delicadísimo’, asegura. ‘Los denunciantes pedirán mañana a la justicia que resuelva el conflicto de competencia de urgencia. Detrás de esto hay gente muy mayor. Muchos han muerto en estos años. El Tribunal Supremo nos ha hecho perder mucho tiempo y tiempo es precisamente algo que no tienen los familiares de las víctimas. Se han destruido muchas pruebas durante este proceso porque ha muerto gente cuyo testimonio podía llevarnos a abrir fosas del franquismo’...” (Junquera, 2012).

<sup>3</sup> Así se recogió parte de la noticia en el diario El País.com por parte de Anabel Díez (2013): “...Emoción y sobriedad a raudales. Estas actitudes son las que han sobresalido en los familiares de víctimas del franquismo, que han pasado toda su vida en la búsqueda del cuerpo de los suyos por cientos de cunetas de toda España, en la presentación del libro *Valientes* (Aguilar) de la periodista de EL PAÍS Natalia Junquera. Junto a ella, Baltasar Garzón, que ha prologado esta obra de cuyo contenido tanto sabe y tan caro le ha costado. Hace tres años fue suspendido de su labor jurisdiccional por investigar los crímenes del franquismo; después fue absuelto de esta causa, aunque no hay en su ánimo satisfacción alguna, sino amargura. ‘Me absolvieron pero significó una sentencia condenatoria para todas las víctimas porque se cerró la puerta a la investigación del franquismo’. Esta declaración de principios ha venido acompañada de una pregunta a los familiares de víctimas del franquismo, que han ocupado las primeras filas del salón del

En el trasfondo de esta frase, sin embargo, se encuentra “la paradoja constitutiva” de este juicio, que dada la economía de bienes escasos con las que se ha venido dando cabida institucional a este tema en el Estado Español, se aprovechó para zanjarlo todo a la vez. Si antes ya hablábamos del aprovechamiento del juicio a un hombre para resolver asuntos varios, ahora ya podemos conjeturar en qué consistía la parodia como hecho conjunto: el juicio consistió en una disputa sobre *qué hacer con la cuestión franquista*. Esto explicaría, entonces, por qué el fallo se presenta como una suerte de explicación sobre el buen hacer interpretativo del pasado franquista, en especial cuando afirma que, si bien el Magistrado no prevaricó, éste “...realiza una interpretación errónea de la norma que es preciso poner de manifiesto en esta resolución...”<sup>1</sup>.

Como quien tiene la intención de sentar precedente hacia lo venidero, el *corpus* de la sentencia constituye un verdadero decálogo para las administraciones de justicia sobre cómo afrontar estas denuncias y cuál es el tipo de argumentación que puede ofrecerse (Clavero, 2015; Dolz-Lago, 2012). Precisamente es de esta pedagogía de la que nos ocuparemos a continuación, intentando advertir las implicaciones políticas de sus tres argumentos constitutivos: *la irretroactividad, la prescripción, la amnistía*.

---

Círculo de Bellas Artes de Madrid, donde se ha presentado libro. ¿Qué ha pasado en los últimos dos años? ¿Ha habido ayuda y colaboración de los jueces para la apertura de fosas y localización de los restos de asesinados? No, ha sido la respuesta general. Así es, salvo excepciones de algún juez y fiscal que mantienen el interés de que los familiares entierren a sus muertos, según ha reconocido Garzón...”. Véase texto completo en Díez, Anabel (2013).

<sup>1</sup> El Fundamento de Derecho Tercero establece: “TERCERO.- El auto de 16 de octubre de 2008, dictado por el acusado, realiza una aplicación errónea de la norma que es preciso poner de manifiesto en esta resolución. Ahora bien, como desarrollaremos, el delito de prevaricación no se produce por la aplicación errónea del derecho sino por dictar, a sabiendas, una resolución injusta. El error del magistrado instructor ha sido corregido en vía jurisdiccional por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y a esa resolución ha de estarse por emanar del órgano jurisdiccional competente para esa declaración. La contradicción al Derecho tiene su método de corrección a través del sistema de recursos establecidos en la ley procesal para ajustar la resolución a la ley. La prevaricación supone, por lo tanto, algo más que la errónea aplicación del Derecho y ese "plus" se encuentra en la injusticia de la resolución...” (STSP 101/2012).

## 2. El tiempo y los objetos políticos en la Sentencia 101/2012

Una cuestión sobre *el tiempo de la justicia*, es, sin duda, aquello que subyace a la polémica “zanjada” por la Sentencia del Tribunal Supremo en febrero de 2012. A grandes rasgos, la disputa tiene que ver con sendos modos de reconstrucción jurídica del pasado, *justicia nacional vis a vis justicia internacional* (Bengoetxea, 2013), que se confrontan en un contexto presente en el que se abre la pregunta: ¿es posible juzgar la historia? Así, la primera y gran problemática que plantea la sentencia tiene que ver con el propio tiempo de su emergencia: *un presente político en el cual se ha producido el retorno consciente de un pasado que se pensaba fuera del tiempo*. La disputa en cuestión es, pues, si se abre o no el camino a la justicia española “a recorrer el tiempo hacia atrás hasta el acto y sus huellas ilegales o irregulares” (Ricoer, 2000: 601). Después de una larga disputa de casi cuatro años, la Sentencia viene a certificar que *el pasado franquista se encuentra fuera del tiempo jurídico*, reservándole pues el espacio de la Historia y aquel otro, novedoso, de la “memoria personal y familiar”.<sup>1</sup> Un veredicto que viene a reforzar, jurídicamente, la “política de *olvido y tabula rasa*” sostenida por los gobiernos de la transición y la democracia en relación con el pasado franquista. No obstante, es un reforzamiento pírrico, especie de estertor de la conciencia de la *Reconciliación española*, de cuya eficacia y benignidad para los tiempos contemporáneos ya podemos empezar a cuestionarnos. Que la celebración de un juicio por prevaricación a un magistrado en el Tribunal Supremo se haya transformado en un veredicto sobre *miradas jurídicas del pasado franquista*, es una muestra más de la irrupción/presencia de una nueva conciencia

---

<sup>1</sup> En el razonamiento jurídico primero, la sentencia comenta que la demanda de los familiares de víctimas no era una demanda penal sino una búsqueda de la verdad y que, en tal sentido, correspondía a la historia y no al poder judicial realizar esta investigación, como que si los familiares no estuviesen pidiendo una investigación sobre la desaparición específica de las víctimas. Por otra parte, la sentencia reduce la noción de *memoria* a la necesidad de *enterrar a los muertos* y deposita en la Ley de Memoria Histórica la realización de este mandato. En esta ley, como veremos y como ya sostienen Paloma Aguilar (2008) y Rafael Escudero (2012), la memoria queda reducida a un mero ámbito privado y familiar, no reconociéndosele en ningún caso su condición de pública o colectiva.

sobre el pasado que clama legitimidad en la sociedad española.<sup>1</sup> *La Memoria Histórica* que, paradójicamente, *tampoco puede parar...* El fallo de la Sentencia 101/2012 es, pues, un verdadero veredicto sobre la “disputa del tiempo” en el que, aparentemente, ha ganado la *irreversibilidad*.

Una segunda cuestión sobre el tiempo tiene que ver con la práctica reconstructiva de los hechos y del derecho que caracteriza el proceso judicial, digamos que una actualización meticulosa, en sí misma selectiva/valorativa, que delimita el marco de la jurisdicción. Como ya hemos sugerido más arriba, la disputa librada en la Audiencia Nacional y presuntamente zanjada por la sentencia que nos ocupa, se realizó a propósito de la delimitación de este marco: *derecho nacional versus derecho internacional*; no obstante, bajo el acuerdo tácito de que el derecho penal “encuentra su primera verdad” en este ejercicio de reconstrucción.

Así es, que antes de entrar en la dimensión valorativa en la cual la disputa libró la verdadera batalla sobre el tiempo, conviene hablar de la función reconstructiva en tanto contemporizadora y secuenciadora de realidades *a priori simultáneas*.<sup>2</sup>

Ya sabemos por Paul Ricoeur que tanto la labor del historiador como la del juez se asemejan por ser elaboraciones *ex post factum*, lo cual conlleva la problemática vieja e inacabada de la relación entre el acontecer y el conocer. Es, pues, desde este “conocer” *socrático* cómo se construye la distancia con el devenir y su proyección hacia el pasado.<sup>3</sup> Esto es, pues, con la conciencia nace el punto de vista, el distanciamiento, el tiempo. La jurisdicción y la disputa de su marco son eso, una disputa por el punto de vista que debe conocer y delimitar eso que, a raíz de sí misma, proyecta tanto en el futuro como en el

---

<sup>1</sup> Trabajaremos los hitos de esta conciencia en el capítulo siguiente. Por ahora, mencionaremos sólo el episodio fundacional, la exhumación de la primera fosa en Priaranza del Bierzo, la Comisión Interministerial, la Ley de Memoria Histórica.

<sup>2</sup> Sobre el *a priori* de simultaneidad y la autorreferencia simultaneidad/irreversibilidad, en tanto paradoja del tiempo, véase la obra de Niklas Luhmann *Sociología del riesgo* (Luhmann, 1998a).

<sup>3</sup> Estamos hablando aquí en el sentido de Frederick Nietzsche en *El nacimiento de la tragedia*, advirtiendo cómo lo socrático no sólo crea el distanciamiento de la conciencia con respecto a la dupla entre lo dionisiaco y lo apolíneo. Con la conciencia nace el punto de vista.



pasado, incluso fuera de éste, más atrás del tiempo reconocible, como de hecho hace la sentencia al corregir los supuestos errores de interpretación del derecho cometidos por el juez Baltasar Garzón en el Auto de 16 de Octubre.<sup>1</sup> En este distanciamiento, en esta reconstrucción de secuenciación de hechos, el *continuum* de la *comunicación* se fragmenta en segmentos de acción con sus respectivos *ego* y *alter*<sup>2</sup>; *nuevamente, cae lo dionisiaco y lo apolíneo por la fuerza del deus ex machina* (Nietzsche, 1998).

Este es, pues, el lugar de la explicación –¿qué pasó?– o de la *explicación/comprensión* en el sentido de Paul Ricoeur (2000). Es la fractura del devenir en hechos y actores, en causas y efectos, en razones y sin razones, en perpetradores y víctimas. Es, pues, el lugar de la operación de *individualización y establecimiento de las penas y responsabilidades* que realiza el derecho penal, en el cual *la comunicación*, que es una *fenomenología de los sistemas sociales*, por decirlo así, es fragmentada en segmentos de acción y reintroducida a un contexto diferente, descontextualizado. Es desposeída de su sentido original, y capturada por el *corpus del derecho*, sus leyes, sus normas, sus signos. Por tanto, como decíamos, una nueva temporización de los acontecimientos en la cual la acción criminal cobra rostro e intencionalidad<sup>3</sup> allí donde, en su contexto originario, emerge como mero *acontecimiento* (Ferrajoli, 1995). He aquí, pues, el sentido de la afirmación de Jaques Vergès (2008): *el derecho penal es un arte, un espectáculo que crea sus propios héroes*.

---

<sup>1</sup> La sentencia insiste en corregir dichos errores que, como veremos, constituyen el nuevo marco de jurisdicción propuesto por la justicia internacional.

<sup>2</sup> Para Niklas Luhmann, la comunicación es la operación característica e irreductible de los sistemas sociales. Son sus elementos, que tienen siempre de base la resolución de una problemática fundamental, el teorema de la doble contingencia. Es decir, la comunicación precisa de las conciencias de los individuos para realizar las conexiones entre expectativas y eventual producción de la acción. *Ego* y *alter* se anticipan mutuamente dando lugar a un cruce de expectativas y a una eventual decisión de actuación. Para el sistema social lo importante es propiciar comunicaciones y para ello genera un conjunto de estructuras abocadas a presionar sobre este encuentro para lograr la acción, cualquiera que esta sea, es decir, para proseguir con esto que hemos denominado el *continuum comunicativo*. Sólo un observador de la comunicación, que puede ser alguno de los actores, puede interpretar la comunicación en términos de acción (Luhmann, 1998b).

<sup>3</sup> Es en este punto, a propósito de las operaciones jurídicas de atribución de responsabilidades, donde convergen los debates entre teorías sistémicas y teorías de la acción racional.

La *argumentación jurídica* (Atienza y Ruiz Manero, 2001) que se produce a lo largo de esta disputa, por tanto, y he aquí la dimensión valorativa que ficticiamente hemos distinguido de la dimensión selectiva de la reconstrucción, tiene que ver con la elección de ese marco según el cual los acontecimientos cobrarán visos de acción y de responsabilidad. En nuestro caso, estos son los marcos que componen el derecho nacional y el derecho internacional, pero además, más allá también de los marcos contextuales que hemos sugerido, se encuentran aquel conjunto de principios y directrices relativos a la *dimensión institucional del derecho* (Atienza y Ruiz Manero, 2001). Es decir, a la función que desempeña el derecho en el conjunto de la sociedad o sistema que lo comprende. Según Niklas Luhmann, esta función tiene que ver con la *estabilización de expectativas normativas* en el seno de una sociedad, mediante la incesante producción de comunicaciones bajo el código *conforme a derecho/no conforme a derecho* (Luhmann, 2002).

Estas operaciones *autopoiéticas*, en principio sólo anonadadas por el constante discurrir de ellas mismas, encuentran en la dimensión semántica de las operaciones jurídicas el sentido valorativo de su estructuración. Las instituciones jurídicas y su relación con las instituciones sociales, por ejemplo, la democracia como orden semántico que implica a varios sistemas a la vez, al menos a la economía, el derecho, la política. Aquí es donde emerge la pregunta de siempre, que ocupa juristas y politólogos en su específico campo de conocimiento: ¿cuál es la relación entre el derecho y la moral?, ¿cuál entre el derecho y la política? En el caso del pensamiento Luhmanniano, estas relaciones se producen bajo la forma del *acoplamiento estructural*, lo cual significa que si el sistema judicial y el sistema parlamentario, por ejemplo, brindan la apariencia de trabajar al unísono, orquestados si se quiere por un riguroso plan, es porque desde la autorreferencia de cada sistema se ha desarrollado una semántica que funciona acorde (se acopla) a la semántica equivalente que procede de la autorreferencia del otro sistema.

En la sentencia que nos ocupa, por ejemplo, la argumentación jurídica invoca el pacto de concordia y reconciliación, es decir, el gran pacto fundante del Estado post franquista, o bien, del pacto mediante el cual se emprendió un recorrido simultáneo de continuidad y cambio, esto es, de continuidad del Estado y cambio de régimen político, no se sabe bien si tal a expensas de cual (Morán, 2015). En cualquier caso, esta doble operación que,

como intentaremos mostrar a lo largo de esta investigación, rigiendo a modo de sincronía/continuidad el trabajo conjunto de la justicia y la política en relación con el pasado franquista, ha conducido a la estabilización de un pasado y un futuro político de la “nación española” (con todos sus objetos y sujetos, autorizados y proscritos), que es precisamente lo que se pone en juego en la disputa “técnico-jurídica” que se librara en la Audiencia Nacional y en el TSJ.

Esto explica, entonces, por qué el Juicio a Baltasar Garzón en el TSJ fuera doblemente bautizado, en función de la postura de los protagonistas, como *Juicios de la verdad/Juicio de la Memoria Histórica*.<sup>1</sup> Los marcos implicados en la reconstrucción/argumentación jurídica en el Auto de 16 de Octubre como en la Sentencia 101/2014, condujeron a estas elaboraciones densificadas de la problemática que, en el fondo, se estaba dirimiendo. Mientras que la Sentencia 101/2012, en tanto representativa de las posturas adversas al Auto de 16 de Octubre (Fiscalía y Pleno AN, querellantes, Juez Instructor) advierte que la intencionalidad de los familiares y víctimas de la represión franquista fue/es exhumar y dar un entierro digno a sus muertos/desaparecidos; el Auto de 16 de Octubre, en tanto representativo del discurso de la *Memoria Histórica*, advierte que las asociaciones de víctimas –y en general, todas las víctimas– del franquismo lo que pedían/piden es *verdad, justicia, reparación*. Esto es, entonces, un trazado de sujetos y de intencionalidades que da cuenta o que se sostiene sobre sendos discursos sobre qué pasó; sendas pretensiones de fijar un tiempo para el Estado español. Ambos, en nombre de la seguridad jurídica, entablan pues un arduo debate sobre el tiempo de la jurisdicción que debe conocer de estos hechos... y he aquí lo que sucedió:

*a. El debate sobre la irretroactividad de las leyes penales  
y el problema de nombrar al franquismo*

La primera cuestión que dirime la sentencia del TSJ hunde sus raíces, aparentemente, en la garantía de legalidad y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no

---

<sup>1</sup> En el rótulo de la sentencia se lee: “Causa especial: Juicios de la verdad, prevaricación judicial e interpretación errónea del derecho e injusticia” (STS101/2012).

favorables o restrictivas de derechos individuales, contenida en el artículo 9.3 de la Constitución española, y en su desarrollo en el artículo 25 del mismo texto:

**Artículo 25.** 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

El debate que resuelve la sentencia se remonta a la disputa entre el Auto de 16 de Octubre y el escrito del fiscal en la Audiencia Nacional, respecto a la interpretación del principio de la legalidad de sus exigencias de *lex praevia*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta*. No obstante, el debate va un poco más allá, en el sentido de que lo que está en juego es la mismísima denominación de los hechos, lo cual permite conjeturar con mayor amplitud de miras sobre las implicaciones políticas de esta primera cuestión. Según la sentencia: El Auto de 16 de octubre de 2008 no llega a calificar los hechos como delito contra la humanidad. Califica los hechos como delito permanente de detención ilegal sin ofrecer razón del paradero de la víctima “en el marco de crímenes contra la humanidad”.

Con esta construcción formal pretendía salvar los problemas de retroactividad, de imprescriptibilidad y de prohibición de la amnistía. Sobre este particular, el fiscal jefe de la Audiencia Nacional ya había señalado en su escrito de 20 de Octubre, que la tipificación que realizaba el magistrado era de tipo *ex novo*, forzándose los tipos penales para acreditar la competencia de la Audiencia Nacional. En su opinión, se trataba de delitos comunes, prescritos y amnistiados. El razonamiento de la sentencia es, entonces, el siguiente: “el auto de 16 de octubre incurre en un error en el nombrar de esos hechos, una tipificación conforme al derecho vigente en la época que, no obstante, entrara dentro del espectro de relevancia de la Audiencia Nacional; y esto no podía ser posible más que acogiendo al derecho internacional penal, esto es –prosigue la sentencia– sin realizar una subsunción en el delito contra la humanidad le otorga sus consecuencias”. Según Baltasar Garzón, tanto la incorporación del *ius cogens* en la denominada “Cláusula Martens”, como el estatuto de Nuremberg y la Convención contra Desapariciones Forzadas, permitía aducir un referente normativo en el contexto (1936-1956) capaz de admitir la tipificación. Una vez resuelta la cuestión de competencia en el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la cuestión en el Supremo “queda liberada” de los

delitos contra las altas formas de gobierno, avocándose a establecer una doctrina sobre la temporalidad que debe regir en la cuestión franquista: si bien los crímenes cometidos “revisten” carácter de crímenes contra la humanidad, no pueden aplicársele los convenios pues se ratificaron posteriormente a su comisión , esto es, “es necesaria una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales”. Técnicamente, la sentencia centra así su argumentación en demostrar una paradoja: que si bien los crímenes del franquismo sólo podrán juzgarse mediante el derecho internacional, lo impide la aplicación del principio de la legalidad mediante la garantía de irretroactividad de las normas penales desfavorables.

La institución de la irretroactividad es de reconocimiento general en occidente, siendo uno de los baluartes de la modernidad en dichas naciones. El mismo, cómo no, se encuentra recogido en el derecho internacional, y constituye, por decirlo así, el primer y gran instrumento del derecho positivo para regularse a sí mismo. En las naciones con derecho civil, el principio de la irretroactividad se recoge en el principio de la legalidad, *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, garante a su vez del principio de seguridad jurídica. Como puede verse, una estructura de principios que ya establecen las coordenadas de tiempo dentro de las cuales puede producirse la intervención del derecho penal en la vida civil que atiende, a su vez, al principio de mínima *ratio*.

La filosofía de la acción que soporta estos principios es, a) por una parte, que la acción se orienta consciente y racionalmente hacia un horizonte de realización de fines y valores, en los cuales se incorpora la norma legal como referente consciente de orientación; y b) que esta operación permite que “el individuo” pueda anticipar los efectos de su acción, sobre todo si vulnera la norma. Y he aquí en principio el carácter prospectivo que pretende el derecho penal –el famoso *saber a qué atenerse*. Nadie, por tanto, podrá ser juzgado ni penado con normas que no hayan sido formuladas en el momento en el cual se cometió el acto delictivo, principio que ya reza en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y que empieza a incorporarse en las Constituciones durante el siglo XIX, considerándosele en la filosofía del derecho como uno de los elementos constitutivos de la única moral posible del derecho positivo.

En atención a esta mecánica de la acción del derecho positivo, se supone que las acciones criminales son contextuales y correlativas a la norma que las sanciona, esto es, pues, que un asesinato puede tener nombres y propósitos diferentes, según la legislación penal vigente, y que los individuos que lo cometen lo codifican de manera idéntica a la norma legal a la hora de su comisión. Esto se conoce como el principio del TEMPUS REGIT ACTUM, como veremos en el siguiente apartado, en tanto máxima rectora de la interpretación de los hechos en la práctica de individualización del derecho penal, esto es, en la práctica mediante la cual se procede a la tipificación de los hechos con base en el derecho penal y a la atribución de la responsabilidad penal a un individuo por la comisión de un hecho objetivamente sancionado como un acto de crimen por el código penal.

En este sentido, la función atribuida al principio de la legalidad en tanto máxima rectora del derecho penal en España es doble: a) por una parte, es un principio que pretende la protección al individuo de cualquier posible arbitrariedad en la atribución de la responsabilidad penal sobre los hechos, susceptibles de interpretación, que a su vez tienen que haber estado previamente tipificados como delitos; y b) es un principio que presupone que existe una conexión directa –aunque no exclusiva pues existen los agravantes y los atenuantes– entre la norma penal, la racionalidad de la acción y la acción misma, de forma tal que mientras se afirma la autoridad moral del código penal en su supuesta representatividad de la conciencia colectiva, se dice que ésta se encuentra incorporada por esa misma razón en el horizonte del actor que comete el crimen, para así hacer coincidir su denominación con la que profiere la ley; *Can there be Genocide without the intent to commit a Genocide?*

He aquí, pues, el debate que se suscitó en la comunidad académica internacional –y en la prensa normal– a propósito de los Juicios de Nuremberg. En los acuerdos de Londres se tipificaron los crímenes como genocidio, procediéndose a instruir causas y a enjuiciar perpetradores a la luz de este concepto, en principio, novedoso. Por tanto, según la propia práctica del derecho positivo, se desarrolló una aplicación retroactiva de las leyes penales.

Sin querer entrar ahora en los usos políticos de estos juicios, aspecto que seguramente recuperaremos cuando hablemos de los problemas de la justicia transicional y de la espectacularización del castigo como fuente de exculpación y legitimación de guerras y

atrocidades, es interesante advertir sobre el “reto” que se planteó en las naciones occidentales al conocer de una criminalidad vanguardista como lo fue el exterminio nazi. Innombrable, pues, en sus dimensiones espectaculares, racionales, técnicas y monstruosas, que cuestionaban a su vez cualquier reflexión sobre la relación entre la acción y su norma, al menos en el sentido en el cual lo plantea Hannah Arendt al cuestionar la tesis sobre el antisemitismo que dominaba la opinión pública internacional sobre el nazismo en los años sesenta. La racionalidad de la acción exterminadora era, al mismo tiempo, salvífica, técnico-instrumental, jerárquica. La ciencia de sus perpetradores, un sistema, una mecánica, se reducía a consignas, a pensamientos, hechos y adoctrinamientos de partido.

La academia del exilio judío en Estados Unidos, asimismo, se preocupó por explicarse el exterminio, bien intentando pensarlo desde sus orígenes ilustrados, bien atendiendo a experimentos en los cuales la racionalidad de la jerarquía o el poder de las situaciones pueden ser mecanismos fabricantes de atrocidades sin que las conciencias individuales que en ello participan puedan ejercer poder alguno sobre la tendencia colectiva. Se desindividualizan, se alienan al colectivo o no atinan a producir resonancias, tesis misma de Durkheim a la hora de hablar de la solidaridad mecánica, expresión viva de la conciencia colectiva en la explicación de un hecho no menos colectivo.

Los estudios y teorizaciones de Giorgio Agamben sobre los campos de concentración nazis, asimismo, nos enseñan los mecanismos que hacen posible el aniquilamiento del otro, desposeyéndolo de su humanidad, de su *bios*, por tanto, rompiendo el mecanismo de identificación mutua que supone la empatía, el reconocimiento en el otro en tanto fundamento de las éticas tradicionales, como la judeo-cristiana en el *no matarás*. En este último, no se especifican animales, ni cosas... El genocidio en Ruanda tiene otro tanto del mismo ingrediente, una ideología racista colonial que intervino en la transformación de las diferencias sociales de Tutsis y Hutus en diferencias étnicas que aseguraban una supuesta procedencia diferente de un grupo y otro. A ello se le superpuso una representación de los Tutsis como genocidas y, sobretodo, una campaña constante de despersonalización o deshumanización de este grupo. No son personas, son cucarachas (*escarabats*). En el mismo sentido, la conformación y legitimación de prácticas genocidas en Argentina y Chile, auspiciadas por las ideologías de la guerra fría, permitió la

perpetración de una brutal violencia de estado sobre representantes de la supuesta ideología comunista o de izquierda, después contra cualquiera que se opusiera al régimen, con la colaboración de civiles y personas comunes.

Las ejemplificaciones pueden ser infinitas, llegando por instantes a convertirse en una suerte de crónica de la reiteración. Sin embargo, sirven precisamente para eso, para repetir incesantemente el reto que supone a la realidad del derecho positivo del siglo XX y XXI hacerse cargo de las consecuencias jurídicas de estas atrocidades vanguardistas, masivas, mecánicas y sistemáticas. Por una parte, el reto que planteó Nuremberg fue entonces el de la legitimidad de unos juicios sobre hechos que, internamente, gozaban de legalidad pues se fragmentaban en acciones individuales y medidas, en sí mismas, incorporadas al ordenamiento jurídico alemán y legitimadas por una intencionalidad de salvación de una raza. El reto era, por tanto, renombrarlos a la luz de una meta-justicia o justicia otra, que, sin dejar de ser *ius positivismo*, debía poder capturar la MAGNITUD del fenómeno.

Claro, en su renombrar, aun cuando es una intencionalidad no sólo cognitiva de comprender las dimensiones de los hechos sino una respuesta a una racionalidad de justicia liberal, se sobrevienen los problemas intrínsecos del derecho que la acompaña. La irretroactividad, o su debate, que plantea el dilema de cómo congeniar una tipificación *ex post facto* de los hechos y su aplicación con el reconocimiento por parte de los vencedores, aliados, del Estado de Derecho como sistema de dominación y, por tanto, del papel del derecho penal como garante hipotético de la prospección en la persuasión o prevención. En el trasfondo, claro está, supone en ese renombrar la necesidad del vencedor de retomar el poder, de afianzarse y, por tanto, de hacerse con el estado. Limpiarlo, desnazificarlo, como se dijo, y lógicamente, dada su eficacia, castigar a sus perpetradores emblemáticos. Lógicamente investigar, saber, conocer; ¿hacer justicia? Pues, en nombre de ésta y de una visión integral del papel del Estado de Derecho y de la legalidad internacional se optó por privilegiar el aleccionamiento a una defensa a ultranza del principio de la legalidad, evidenciándose además el carácter político de los mecanismos del derecho positivo.



Incluso Hans Kelsen, el teórico más consagrado del derecho positivo consigna esta contingencia en un artículo publicado en 1945, en el cual reflexiona a su vez sobre la relación entre la norma penal y la acción advirtiéndole que la aplicación retroactiva de las leyes penales, en este caso, encierran una problemática análoga que se presenta al principio de la aplicación ciega del derecho penal, *el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento*, al señalar, que sería lo mismo que la aplicación de una norma no publicitada. En un sentido general, Kelsen apuesta por la paz internacional antes que por el derecho positivo a ultranza y sin conexión con la realidad.

De esta razón de estado supranacional se ha desarrollado todo el derecho penal internacional y de los derechos humanos, a través de sus instrumentos más emblemáticos. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Comité contra la Tortura, el Comité contra las Desapariciones Forzadas, el Tratado de Roma; lógicamente, el Estatuto de Nuremberg, los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda; y como antecedentes, la Conferencia de la Haya, a finales del siglo XIX, en la que se elaboraron los primeros elementos y mecanismos que componen la conciencia de la denominada “justicia internacional”, que tiene todo un andamiaje conceptual de instituciones políticas y jurídicas supranacionales, que se riñen, complementan o subsumen a las nacionales, jurisdicción universal, bienes jurídicos internacionales, del bien humano internacional y de sus crímenes: crímenes de guerra, crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad. Estos fueron aquellos invocados por el Auto de 16 de Octubre de 2008, en los inicios de ese debate por nombrar jurídicamente al franquismo y sobre el tiempo en el que arraiga, puede o quiere arraigar, el Estado Español al invocarlos.

Es así, pues, que una vez superada la cuestión de competencia en el Pleno de la Audiencia Nacional, la cuestión del Auto de 16 de Octubre se transforma –en el Juicio en el Tribunal Supremo–, en un asunto relativo a la intencionalidad de Garzón al tipificar los hechos. Se le presupone un “a sabiendas” que fue denunciado con virulencia por el Sindicato Manos Limpias, la Asociación Libertad e Identidad y, sin que prosperase, por Falange Española de las JONS. Así lo recoge el auto de admisión a trámite de esta querrela en el Tribunal Supremo:

...El 16 de octubre de 2008 dicta Auto en que primero califica los hechos como “crímenes contra las leyes y costumbres de la guerra y leyes de la humanidad” (Fundamento Segundo), luego como “delitos contra la Constitución del Título II del Código Penal de 1932” (Fundamento Segundo), después como “Crímenes contra la humanidad” (Fundamento Cuarto) aunque finalmente termina diciendo: “la calificación jurídica que se acoge (...) es la de un delito permanente de detención ilegal sin ofrecerse razón del paradero de la víctima en el marco de crímenes contra la humanidad salvando así los problemas de irretroactividad que pudieran aducirse respecto a esta figura” (Fundamento de Derecho Cuarto. STS 101/2012).

Y así, pues:

DISPONGO: Que procede ordenar y ordeno la apertura de juicio oral en la presente causa contra el Ilmo. Sr. D Baltasar Garzón Real por los hechos objeto de acusación en cuanto constitutivos del delito de prevaricación definido en el artículo 446.3º del Código Penal...

Durante la realización del juicio, la acusación quería demostrar a toda costa, incluso a costa del testimonio de las víctimas, que el juez Garzón se había apropiado de la causa en la Audiencia Nacional, tergiversando las demandas de las personas físicas y asociaciones de víctimas que habían puesto sus denuncias por demanda de tutela judicial en 2006. La corrección de la argumentación ofrecida por la sentencia, que rebaja a “error” la sospecha de prevaricación, mientras reconoce aquello del revestimiento de los hechos como crímenes contra la humanidad, zanja –salomónicamente– una posible disputa encubierta por nombrar el franquismo.

Fallada en un contexto de ausencia de versión oficial sobre los hechos, en un juicio que se autodenomina “de la verdad” –por no querer serlo–, sumado a la magnitud del revuelo que tuvo en la sociedad española a aquel primer auto de Garzón (16 de Octubre) y sus diligencias posteriores, más la acogida “bipolar” que tuvo el fallo en la prensa nacional e internacional, nos permite la sospecha: *la sentencia zanja una disputa por nombrar el franquismo.*

En otras palabras, entre lo ya dicho y lo que queda por decir, hace difícil reducir el cariz de estos juicios, si bien a un “simple” trámite de corrección del Estado de Derecho, al ensañamiento en contra de un hombre. O, mejor dicho, aun cuando ambas descripciones

hagan inteligible las razones de estos juicios, *nuestra hipótesis es que no lo colman en sus explicaciones a no ser que consideremos el tema en conflicto o disputa en la prevaricación: el tratamiento jurídico del pasado franquista; su denominación*. Si atendemos a la máxima de Emile Durkheim referidas a las relaciones entre el crimen y el castigo, siendo para el autor el segundo el que define la naturaleza del primero, al encarnar la conciencia colectiva, queda claro que aun cuando sea cierto que la prevaricación es uno de los delitos más graves que pueda imputarse a un juez o magistrado, en tanto significa la extralimitación del poder del estado a través de estas personalidades, constatamos en la simultaneidad de las reacciones de la población ante los dos juicios seguidos a Baltasar Garzón en el Tribunal Supremo (ambos por prevaricación), una contundencia disímil en la sanción ante este crimen aparentemente “el mismo”, es decir, cometido dos veces por el mismo juez.

Es decir, no pareciera ser lo mismo prevaricar para delatar una trama de corrupción que prevaricar para denominar las atrocidades cometidas en el franquismo en los términos ya expuestos. Así pues, mientras en el caso Gürtel, la indignación y festejo fue protagonizada por el Partido Popular y por los cabecillas de la trama de corrupción al recibir el fallo de culpabilidad al magistrado que de hecho indignaron más a la población que el hecho que se hubiera comprobado que el Juez prevaricó. La causa que estamos trabajando polarizó a la población y a los diferentes actores y protagonistas, enfrentándose entre sí y con virulencia, siempre, claro está, a través del lenguaje del derecho positivo del Estado de Derecho. Podría incluso afirmarse, *stricto sensu* sociológico, que se trató de delitos diferentes, no obstante, podrían encontrarse en la afinidad política –presunta, si aún queda– entre los representantes del Partido Popular y Falange Española de las JONS, lo cual a su vez permitiría comprender el posicionamiento de la población y la opinión pública frente a ambos casos como una actualización del combate “izquierda”/“derecha”, que podría revivir el posicionamiento ante los discursos y experiencias de la guerra civil y el franquismo. Pero había algo más, algo que estaba en juego, de hecho, muy atragantado, se diría que se trataba de algo ignominioso.

Así, entre decir que los hechos en cuestión constituyeron: “...arrebatos irrefrenables (que) que han vertido todo su depósito de irritaciones justísimas, y, una vez aligerado de ese peso, el español ha vuelto a su andadura normal, tendiendo la mano a aquellos de sus

adversarios que lo fueron por ignorancia o engaño, recorriendo junto a ellos, en casi todos los casos, el espinoso azar de la hora presente, recuperándoles para el trabajo noble y desinteresado del engrandecimiento patrio... [y en especial de “Militares de vida en flor (que) se ofrendaron en holocausto del ideal patriótico], y decir que son, en realidad: “...delito de detención ilegal, sin dar razón del paradero de la víctima (equivalente a desaparición forzada de personas) cometido en el contexto de crímenes contra la humanidad, en conexión con un delito contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno”, se teje la disputa política de este juicio.

No existe diferencia alguna en cuanto a función del discurso en la apropiación y reconstrucción del pasado y de su uso con fines políticos. El primero, constituye la poética que acompañó al prólogo de la publicación informativa, *La Causa General*, en 1943, y la segunda, la tipificación de los hechos del alzamiento, de la guerra y de la posterior represión, protagonizada por los nacionales, desde el punto de vista del lenguaje judicial de la Audiencia Nacional en 2008.

Aun cuando no son discursos exactamente equivalentes en rango y procedencia, el primero es el prólogo de un libro y el segundo es un documento jurídico, un auto de la Audiencia Nacional, sí que lo son en cuanto a documentos descriptivos de los hechos, en perspectiva general y no historiográfica, pero sobre todo, polémicos en cuanto a su juridicidad. No obstante, remiten a causas instruidas, sobre los hechos de un ámbito de soberanía, en la misma época, dando cuenta cada uno de las atrocidades cometidas por el otro bando durante la guerra. A partir de aquí se diferencian, claro está, porque el Auto de la Audiencia también se refiere a hechos posteriores a la guerra, a las represalias y desapariciones durante el franquismo, esas que probablemente el discurso de *La Causa General* alcanza a decir que son los gestos de traer y acoger al enemigo, cuando no es criminal, y también cuando lo es, por tanto, habría que explorar el discurso de los *Tribunales Contra la Masonería y el Comunismo*, el *Orden Público*, etcétera.

Sin embargo, queda claro que la semántica punitiva del régimen franquista fue transitando desde una marcada por la *cruzada*, clave desde donde están escritas las referencias iniciales, hacia una de la *paz*, que reinó hasta mucho después del cambio de régimen, bajo la semántica de la concordia y la reconciliación. Fue entonces esta

evolución semántica la que también acompañó, nutrió y produjo los documentos jurídicos que habrían de escribirse sobre el pasado franquista durante la transición.

Aunque no sea de contenido penal, las distintas jurisprudencias del Tribunal Constitucional, en los asuntos de continuidad del estado y del orden jurídico del franquismo, hechas en la transición, en la reconciliación y la concordia, no mencionan el período franquista con ese nombre. Épocas pasadas, se viene, antes de la Ley de Amnistía, y en el mismo sentido, la pasada contienda, la gran guerra, haciendo ver o siendo muy cuidadosos con la posible casación de heridas a QUIEN nos concedió la libertad. En el terreno penal, que la mayoría se iniciaran en 1984 con la petición de revisión de sentencias de los Tribunales de Excepción, el bloque de las sentencias, antepuestas en la sala de lo militar, arrojan siempre el mismo resultado: sobreseimiento. Argumentos: respeto a la cosa juzgada...

No obstante, el Auto del 16 de Octubre ya fue diferente, evidentemente porque no era un auto de sobreseimiento sino un auto de declaración de competencia de un órgano del estado para sancionarse a sí mismo por sus actuaciones pasadas, aunque también por ser un auto construido *dentro de la semántica de la memoria* que hablábamos en el capítulo anterior, en su vertiente del derecho internacional y de la justicia transicional. Una conciencia ética, internacional, se introduce entonces para conocer de los hechos del pasado en España.

El auto fue entonces una irrupción, digamos, una profanación nominativa que viniera a injuriar el discurso que hasta el momento se había sostenido para hablar del franquismo, incluso por la opinión pública: el fascismo de derechas, la ultra derecha, el franquismo. Epítetos domésticos, por decirlo así, que si bien se encuentran cargados de plausibilidad, fueron absorbidos todos o se desprenden de la misma estructura que hizo posible al franquismo, la guerra entre dos discursos, la guerra entre las dos Españas, en tanto reduccionismo que posiciona a la población y la mantiene siempre confrontada, y en el mismo sentido neutralizada, controlada, despolitizada en su supuesta politización. Ese conflicto devino en el bipartidismo que ha gobernado desde las elecciones la primera legislatura. El discurso escrito en clave de derechos humanos fue tan irruptor, que no sólo era comprensible la reacción del fiscal jefe de la Audiencia Nacional y del posterior juez

instructor del Tribunal Supremo, ambas de virulencia, sino de sectores críticos con el franquismo, incluso, que se referían a Garzón, el autor del auto, como el desubicado, a estas alturas, por qué ahora, tildándosele casi de ridículo por haber dictado orden de detención contra Franco.

De aquí, pues, que la sentencia vuelva a nombrar, aunque son crímenes contra la humanidad no lo son de derecho, advirtiendo que ese pasado y nuestro presente no pueden conectarse en acto jurídico ninguno. Según la sentencia, el pasado y el presente político español son inconmensurables en cuanto a significación penal de aquello “no juzgado”. La cosa juzgada, empero, sí se conserva, aun cuando se hubiese tratado de la aplicación retroactiva de una norma penal que, a su vez, portaba unas identidades trastocadas.

*b. El debate sobre la prescripción y los tiempos del trauma*

La institución de la *prescripción* impone a la complejidad del fenómeno un marco racional de tiempo, comienzo y finalización de los hechos previamente delimitados en la tipificación y de sus consecuencias jurídicas. Concretamente, establece el tiempo efectivo dentro del cual un acto punible puede ser sancionado, teniéndose como punto de partida el momento en el cual se consuma el hecho. Se habla, en este sentido, del *dies a quo* y del *dies ad quem* para expresar estos límites de tiempo, fundados en una concepción lineal y estandarizada del tiempo que presupone un cese generalizado de las consecuencias perniciosas del crimen así como un cambio en la vida del perpetrador. *La prescripción está fundada pues en la avasallante interpretación del tiempo como cambio irreversible y, por tanto, del tiempo como mecanismo de sanación basada en el olvido.* Es el tiempo de Zeus que, según François Ost, devora cualquier intento, brote o florecimiento de tiempo simultáneo mediante la violencia de lo venidero, del cambio, del remplazo; en fin, del olvido.

La *prescripción* es, en este sentido, la institución temporal por antonomasia del sistema penal, engendrando no pocas ni pueriles polémicas en relación con su “justa”, “idónea” o simplemente “racional” temporización de la vida. En 1999, una sentencia del Tribunal Constitucional estipula que el *dies a quo* de los delitos de agresión sexual a menores no

puede empezar al momento de haberse consumado el acto, habida cuenta de que la víctima necesita un *tiempo* antes de comenzar a hablar. Este es el tiempo del trauma, sin duda caprichoso que, en el caso de tragedias colectivas, se mide en generaciones: *la primera lo vive, la segunda lo piensa, la tercera ya lo habla* (Aguilar, 2008).

He aquí, entonces, la hipótesis sobre la cual se yergue la respuesta a la pregunta que algunos juristas se hacen sobre las víctimas del franquismo: ¿por qué ahora? La respuesta ofrecida en el propio juicio a Garzón por parte de una de las víctimas es significativa: *es ahora cuando tenemos la conciencia y nos sentimos con poder para hacerlo; somos la generación de los nietos*. En otro lugar, las víctimas se expresan conforme a la misma lógica, no obstante, acusando un nuevo *dies ad quem* para estos crímenes: *no nos queda mucho tiempo de vida*.

Un debate sobre el tema de la *prescripción* pareciera circundar entonces la problemática de la gestión presente de los crímenes del franquismo. *Un pasado que no pasa*, suele ser también una de las frases que acompaña las reivindicaciones de las víctimas, anteponiendo la legitimidad de la memoria viva, *de su inscripción en el alma en tanto vivencia imprescriptible* (Ricoeur, 2000), sobre el cálculo lineal del tiempo y de la prescripción de los crímenes del franquismo, por ejemplo, de asesinato, según la tipificación vigente en el derecho nacional al momento de su comisión. *Al tiempo de ahora están prescritos, y aun si se les empezara a contabilizar a partir de la muerte del dictador, aun así...* de aquí, en parte, también viene la pregunta; ¿por qué ahora, por qué no en aquel momento? La sentencia 101/2012, por eso, es también portadora de un debate sobre la *prescripción* que, en principio, resuelve el tema planteado por el Auto de 16 de Octubre y el escrito del Fiscal de 20 de Octubre, sobre la cuestión de competencia, a favor de considerarlos prescritos.<sup>1</sup>

Uno de los razonamientos de Baltasar Garzón en dicho auto, tenía que ver con la necesidad de superar esta problemática temporal mediante la aceptación de una tipificación, que, asumiéndose la convención contra desapariciones forzadas, sostiene que

---

<sup>1</sup> La sentencia asume el dictamen del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AAN 02/12/2008).

mientras no aparezca el cuerpo del delito el crimen continúa cometiéndose. Es decir, según el auto se trataría de un “crimen permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima” que el juez subsume a la tipificación de la convención bajo *desaparición forzada de personas*. Este “juego” de subsunciones y la intención manifiesta del auto de estar anticipando problemas, escollos temporales, ¡despertó “emociones jurídicas”! Tanto en el fiscal como en los querellantes, quienes hacían de la palabra “escollo” tanto un signo de burla de Garzón a las instituciones jurídicas como la prescripción como un argumento para determinar la conciencia de la prevaricación.

El debate tiene que ver, entonces, con que *si pasó o no pasó lo que pasó*. En palabras de Baltasar Garzón en su auto de 18 de Noviembre, advierte sobre la pervivencia de los efectos jurídicos de dichos crímenes, por ejemplo, del robo de niños durante el franquismo, quienes aún no han podido ejercer su derecho a la identidad (Auto de 18 de Noviembre). Sin hablar de propiedades, herencias y demás efectos también determinables en lo jurídico.<sup>1</sup> En este sentido, la pervivencia de los efectos jurídicos de los crímenes del franquismo pareciera incuestionable, vulnerando la taxatividad con la cual se presenta el instituto de la prescripción en la sentencia y en el debate previo en la Audiencia Nacional.

La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de desapariciones forzadas es un instituto del derecho penal internacional.

### *c. El debate sobre la Amnistía y la disyunción del tiempo de la transición*

El tercero de los “errores” interpretativos que el Tribunal Supremo corrige a Garzón en la Sentencia, tiene que ver con el hecho de saltarse la Ley 46/1977, de 15 de Octubre de Amnistía. En términos generales, la Ley de Amnistía sostiene:

---

<sup>1</sup> Aunque aquí no toca todavía esta decisión, es un secreto a voces que la Comisión Interministerial para estudiar la situación de las víctimas del franquismo, en 2004, consideró la posibilidad de declarar la ilegalidad de los juicios sumarísimos del franquismo. Una de las razones para desestimar esta decisión fue el cálculo económico que supondría indemnizar a las víctimas y el colapso judicial (Ministerio Presidencia, 2004). Esto prueba que los efectos aún perviven en la sociedad española.



1. Quedan amnistiados: a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis. b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España. c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas. (BOE-A-1977-2493).

Entonces, la sentencia sostiene que, aun en los supuestos en los cuales tanto la tipificación realizada por el Auto de 16 de Octubre como su carácter imprescriptible prosperasen como argumentos de enjuiciamiento del pasado franquista, se toparía con este texto. En cuanto a su invocación, se realiza en contraposición a los argumentos esgrimidos por el Auto de 16 de Octubre, respecto a su ilegalidad desde el punto de vista del derecho internacional. Recuerda que las fuentes de donde deriva la prohibición de las Amnistías, a saber, el Tratado de Roma (estatuto de la Corte Penal Internacional) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, nos son aplicables retroactivamente, particularmente la primera, advirtiendo que la defensa del principio de legalidad es superior a cualquier derecho de las víctimas a la tutela judicial y de cualquier otro deber desprendido de dichos tratados.

En cuanto a las demandas de derogación al Estado español, realizadas por los órganos encargados de la vigilancia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España en 2007<sup>1</sup>, la sentencia sostiene:

---

<sup>1</sup> Las dos fuentes del derecho internacional de donde procede la prohibición de decretar Amnistías para los crímenes contra la humanidad son, según la sentencia, el Tratado de Roma (ICC) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en 1966 y adoptado por España en 1977 (antes de la Ley). Según la sentencia: "...comprobamos cómo, desde estos órganos vigilantes del cumplimiento del Pacto, se han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la ley de amnistía (Resolución 828 de 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa; observación General 20 del Comité de Derechos Humanos de

...Se trata de recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento pero, no obstante, en lo que aquí interesa, nos servirá para poner de manifiesto la cultura jurídica imperante en esta materia y la razonabilidad de opiniones contrarias interpretando nuestro ordenamiento... (STS 101/2012).

La apuesta por un razonamiento político y no jurídico es clave, en este aspecto, pues suponemos que si se hubiese seguido con el razonamiento estrictamente apegado a Derecho se habría tenido que explicar por qué, si la sentencia es tan taxativa con la interpretación del principio de la legalidad, no lo aplica sobre la cronología que siguió la aprobación de la Carta de Derechos Civiles y Políticos y la Ley de Amnistía. Esta última fue posterior, de ahí que se obvие y se exponga “...En otro orden de cosas, ha de recordarse que la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977...”. Además, si el argumento del tiempo es válido para declarar prescritos unos crímenes, sobre los que se cuestiona su naturaleza jurídica de *crímenes contra la humanidad*, como hemos visto, la sentencia echa mano a un acto de renovación de la legitimidad de la misma, como que si al hacerlo se renovasen los cimientos del consenso de la transición:

Esta ley ha sido confirmada recientemente en su contenido esencial, por otro acto de naturaleza legislativa: el pasado 19 de julio de 2011 el Congreso de los Diputados rechazó la proposición para modificar la Ley 46/1977, de Amnistía... [Añade:] Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. Si lo hubiera hecho, carecería del sentido reconciliatorio que la animaba y que se perseguía. No puede olvidarse que la idea que presidió la “transición” fue el abandono pacífico del franquismo para acoger un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se estableció en la primera línea del primer apartado del primer artículo de nuestra Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), aprobada muy poco tiempo después de la indicada Ley de Amnistía. En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes. (STS 101/2012).

---

Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1992), o se ha recordado la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 94 período de sesiones, Observancia final nº 5 sobre España) (STS 101/2012).

Habría que ver hasta qué punto la España de ese pacto habita en todo el Estado o sólo en la jurisprudencia de esa sala, lo cierto del caso es que en la Sentencia, la Ley de Amnistía está considerada como una Ley, aunque no de rango, de función equivalente a la Constitución, permitiéndonos hacer inteligibles las opciones de la sentencia al primar la seguridad jurídica sobre los derechos de tutela judicial. Como veremos, la carga histórica de la Ley de Amnistía es incluso superior a la propia Constitución:

...La idea fundamental de la “transición”, tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico. Debe recordarse que la Constitución, que realizó una derogación expresa de diversas normas, en modo alguno menciona entre ellas la Ley de Amnistía, lo cual es lógico pues constituyó un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que éste suponía. Conseguir una “transición” pacífica no era tarea fácil y qué duda cabe que la Ley de Amnistía también supuso un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento... (STS 101/2012).

...y acaba con una remisión a la primacía del legislador, la cual, si bien se basa en el principio de la democracia como proceso, constituye uno de los polos de la siempre polémica y ambigua relación entre derecho y política. En este caso, se trata del bucle de la impunidad, que va de la *judicialización* a la *politización* y, de vuelta, de la *politización* a la *judicialización* (Mena, 2010):

...Precisamente, porque la “transición” fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento... (STS 101/2012).

Las implicaciones políticas de esta ley en relación con las fisuras que produce en el tiempo y en la convivencia son radicales. Piénsese que la Amnistía se presenta como un ejercicio de “borrón y cuenta nueva”, como si se tratase de aquella *pócima para olvidar los males* que arrojaban las Musas (Yerushalmi, 1998). Mientras lograba su efecto, la persona no sólo olvidaba los hechos (la pérdida, el acto en sí) sino que, además, olvidaba

su propio rencor. Como veremos en el siguiente capítulo, la ubicación de un horizonte de futuro en la realización de la democracia, todo lo cual supone la promesa de cambio y de salida de un régimen anquilosado en el tiempo, pudo haber fungido como especie de *elixir* de los tiempos pasados, al menos en los protagonistas del cambio político.<sup>1</sup>

No obstante, esto supuso una fractura en el tiempo de mucho cuidado, que dado el embelesamiento por el consenso no se quiso ni se pudo y a lo mejor ni se supo ver: *al futuro político se le dejó sin ese pasado criminal, y al pasado sin un futuro dónde anidar*. La continuidad legal entre pasado y futuro, sin embargo, se conservó como garante de la continuidad del Estado en el tránsito de un régimen a otro.

### **3. La morfología política de la impunidad en España: ¿justicia o funcionalidad?**

Nuestra labor ahora consiste en dar inteligibilidad a la cuestión fundamental de este capítulo –¿por qué no se investiga?– mediante la determinación del *dispositivo de resonancia* que convierte en *ruido* cualquier demanda judicial en esta materia. Como bien avanzamos más arriba, este dispositivo se entiende como aquella dotación estructural del propio sistema –sea el jurídico o el político– que canaliza la comunicación en un sentido o en otro: *si el sistema no tiene oídos preparados para escuchar ya se le puede montar una serenata*. En un sentido aun más constructivista, en Maturana y Varela (1984), se dice: “lo que usted escucha de lo que yo digo, tiene que ver con usted y no conmigo”. Aquello que hemos visto en el usted del sistema judicial, son un conjunto de principios y directrices de actuación que, frente a una denuncia penal, se activan inmediatamente para desestimarla. Aunque hemos visto que las interpretaciones jurídicas que hacen posible

---

<sup>1</sup> El discurso de aprobación de la Ley de Amnistía impresiona por su poética: “cambio de régimen”, “promesa de futuro”, “precio a pagar”. Tal como nos comenta Alberto Medina (2001), en esta forma de la simulación de la realización eterna del consenso en el procedimiento, en el espacio del acuerdo en el cual la palabra lo podía todo, pues, los pequeños detalles no se miraban. Esas pequeñas excepciones que, en el caso de la Ley de Amnistía, puede tratarse de una memoria individual de un sufrimiento más bien atragantado en el aliento del pacto.

este rechazo son fruto de decisiones contingentes,<sup>1</sup> nuestra hipótesis es que anidan en la estructura de una relación de *acomplamiento estructural* con sus equivalente semánticos en el sistema de la política.

Cuando analizamos las tres interdicciones mediante las cuales se vehicula la negativa a realizar la investigación –*irretroactividad, prescripción, amnistía*–, descubrimos inmediatamente que su aplicación tiene efectos claros en el establecimiento de un tiempo para el vivir juntos. A esta implicación la hemos llamado *fijación del tiempo social*, para significar que ésta, al igual que cualquier otra decisión judicial, en virtud de su contingencia y de la función de estabilización de expectativas normativas en la sociedad, tienen a su cargo la proyección de sí misma en un horizonte de futuro y de pasado. Es decir, una decisión judicial se temporaliza en razón de un precedente y de una proyección hacia el futuro: el mantenimiento de la seguridad jurídica, por ejemplo, que el individuo sepa a qué atenerse.

Al realizarse esta operación, que es siempre selectiva, los resultados *arrastran consigo a los objetos y a los sujetos que pertenecen o forman parte de esos horizontes*. En un sentido pragmático, sus efectos se dejan ver en la selección de aquellos objetos y sujetos que tienen cabida dentro de ese arreglo temporal. En el caso que nos ocupa sería: la proyección de un tiempo lineal hacia el espacio de la política, cual es el tiempo de la *irreversibilidad*, que proyecta y legitima al franquismo como una realidad ya pasada, *prescrita* pues, dejando sin pasado a las víctimas y a los crímenes sin cabida en el futuro: *amnistiados*.

En este dibujo tan técnico, se ve reflejado el consenso de la transición, que supuso como mencionamos el *mirar hacia adelante, todos a una y con buena educación*.<sup>2</sup> Según el esquema, pues, el futuro de la unidad de España, cual es nuestro presente, anida en un pasado de reconciliación, melancólico con la guerra que, sin embargo, no puede repetirse

---

<sup>1</sup> El voto concurrente de Julián Sánchez Melgar pone de manifiesto que existen recorridos legales para juzgar. Este también es el espíritu del relator de Naciones Unidas, Pablo de Frei, refiriéndose en enero de 2014 a la situación de las investigaciones en España (STS 101/2012).

<sup>2</sup> Un poco de ironía para reflejar el tono del consenso tan exhaustivamente descrito en su corrección procesal por Alberto Medina (2001).

nunca más. El franquismo fue prácticamente un trámite, una larga posguerra que apenas se menciona, y de ahí que su legalidad sea asumida como plataforma de la continuidad del Estado. En estas circunstancias, autodenominadas *víctimas del franquismo*, en realidad, no tienen existencia jurídica en el derecho nacional, pues los crímenes no están reconocidos, convirtiéndolos en una especie de *homo sacer*, como veremos en el capítulo siguiente, después de estudiar el conjunto de medidas tomadas –y no tomadas– por el Parlamento español a objeto de su reconocimiento.

En lo concerniente a la memoria judicial, la sentencia muestra como única cabida posible para estas víctimas el reconocimiento de su memoria como suerte de deseo privado de conocer el paradero de sus familiares represaliados, desenterrarlos y volverlos a enterrar. Lo demás es simple ruido judicial.

Uno de los cuestionamientos más feroces que se hace al sistema judicial tiene que ver con su tiempo, básicamente con su lentitud y la desincronización creciente de éste con las necesidades de sus usuarios. Sin embargo, como acabamos de ver, los problemas con la temporalidad que genera el sistema judicial no tienen que ver sólo con el seguimiento de unos procedimientos garantistas en un contexto de escasos recursos, sino con su propia función de estabilización del tiempo social en una sociedad completamente simultánea. El derecho moderno, por decirlo así, temporaliza la vida que prescribe en ejes lineales de futuros y pasados irreversibles, encargándose por todos los medios de transformarlos en reversibles mediante un conjunto de procedimientos que pretenden la repetición, el trámite, para garantizar la justicia. La propia filosofía de la justicia penal busca, sin duda, hacer reversible el tiempo, toda vez que procura la compensación del daño mediante una sanción.<sup>1</sup>

Pero “la justicia sólo puede ser poética” (Nussbaum, 1997) al menos la justicia penal, ya que ella jamás restituye el tiempo material y/o biológico; lógicamente, su realización o no realización dependerán de la semántica empleada en las medidas a adoptar. Este es el ámbito de la justicia transicional, por cierto; aparte de todo lo que ya nos cuentan Jon

---

<sup>1</sup> No entraremos a debatir en este momento sobre las distinciones entre *justicia retributiva* y *justicia reparadora*, y entre la primera, si es retributiva en sentido del sistema o de la víctima.

Elster, Josep Maria Tamarit, Joxerramon Bengoetxea, entre otros, *¡los gestos, ay, los gestos!*<sup>1</sup> Cuando estos no existen, suponiendo que tuvieran su eficacia simbólica en la impartición de justicia, ocurre la decepción pero también el aniquilamiento, que entonces sería doble, *(re)victimización* que llaman,<sup>2</sup> y sobre lo que volveremos en el capítulo tercero, cuando hablemos de la victimización sin víctimas.

En lo concerniente a la ausencia de gestos y sanciones, que en el estado español se ha contado con algunas medidas de reconocimiento económico al principio de la transición y con la aprobación de la Ley de Memoria Histórica 25 años más tarde, los efectos de la doble dimensión de tiempo que se arroja la práctica del derecho en el Estado de Derecho, revierten directamente sobre la memoria de las víctimas. En realidad, sobre cualquier otra forma de temporalidad que queda simplemente arrasada, ignorada, devastada, ultrajada, según sea la relación de su existencia con su temporalidad. En perspectiva del *desin*, del *ser en el tiempo* (Heidegger, 1974), se trataría sin duda de su propia vulneración, la de su propia existencia pues el ser no existe más que en el tiempo de su propia experiencia, que es lo que hemos visto implica para las víctimas, al menos para su relación con el franquismo, esto es, para su memoria.

Según nos cuentan los testimonios, en la memoria, “*el pasado no pasa*”; he aquí, pues, la otra temporalidad, un presente eternizado en el dolor; en el *goce* de una *repetición traumática* o, sencillamente, en una *malestar*.

Es precisamente por este hecho –*lo atroz evocándose a diario*– que la pretensión de vulneración del ser de la memoria por parte de las amnistías no conduce a su aniquilamiento. La Ley no tiene el poder para matar aquello que aún rechina y hace daño

---

<sup>1</sup> Se habló mucho de los gestos en el Congreso Jurisdicción Universal en el Siglo XXI, celebrado en Madrid por la FIBGAR (2014). Se sostenía que eran decisivos para la percepción de justicia. No obstante, aquí pienso en Alberto Medina (2001), cuando nos habla de cómo la política española se instaló en la simulación en la era del simulacro, y ahí se quedó.

<sup>2</sup> Es un concepto bastante en boga en la medicación judicial en justicia transicional y tiene que ver con los efectos perniciosos de la impartición de justicia sobre las víctimas, por ejemplo, hacer por vía de norma procesal que una mujer ultrajada tenga que declarar varias veces en público los detalles de los ultrajes de los que fue objeto.

en la conciencia, *lo inolvidable, imprescriptible*.<sup>1</sup> El verdadero poder del derecho es la sobrecodificación, por tanto, la captura del sentido y su transformación en otra cosa, un constructo jurídico –por fuerza– reduccionista que se empeña en sacarla del tiempo, y, ciertamente, la saca del tiempo de las instituciones y la relega a otros ámbitos, familiares, personales, *solipsista*.

Como es oportuno volver a mencionar, la Sentencia 101/2012, aunque incorpora el vocablo “memoria” –en realidad, porque la fuerza de esta semántica ya es imparable– y la reconoce como el insumo de una traumática existencia pasada, pero al precio de su (re)apropiación: “...dicha resolución se produce sin perjuicio del derecho de los afectados a la *memoria personal y familiar*”, por tanto a recuperarla mediante lo establecido en la Ley 52/2007, es decir, en un ámbito estrictamente personal y familiar, bien lejos de *los asuntos del foro*.

Cuando se aprobó la Ley de Amnistía, se confundió el procedimiento de legitimación de una política gubernamental con *la complejidad del sentido de la vida o, cuanto menos, del vivir juntos*; se pensó, tal vez no mucho, o se creyó simplemente que, pactándose unos mínimos entre las fuerzas políticas que inauguraban la transición, la memoria de los represaliados y victimizados por el régimen franquista dormiría el sueño eterno que prometía ese consenso (Medina, 2001). Entretanto, el antídoto para “olvidar los males” era el *futuro, la democracia*; y tal vez rindió sus frutos en la generación de expectativas de una vida diferente o, a lo mejor, simplemente esa memoria ya había sido acallada por el régimen e, incluso, tergiversada en su condición de victimizada.<sup>2</sup> Pero *el desencanto* llegó de inmediato; y con éste, como dijimos más arriba, la sensación de *gatopardismo* en la sociedad. Entonces, como las aguas freáticas que comienzan su discreto retorno después de haber sido burdamente desplazadas, irrumpe lo reprimido en la escena política española 35 años más tarde. Esta vez, bajo la forma de una memoria y una identidad

---

<sup>1</sup> Lo inolvidable se trabaja en Yerushalmi (1998). Lo imprescriptible en Ricoeur (2000).

<sup>2</sup> El trastrocamiento de las identidades de víctima y victimario en el franquismo se produjo de manera brutal. Luego esa memoria se mantuvo durante cuarenta años. La idea fue que los rojos eran vándalos, y eran los verdaderos rebeldes y causantes de la guerra y de los cuarenta años siguientes.



colectiva: *Asociación de Familiares y Víctimas del Franquismo para la Recuperación de la Memoria Histórica*. Vocación de retorno de la memoria a la esfera pública.

Se trata de una irrupción que se percibe virulenta, elaborada, como si llevara tiempo rumiando su estrategia. No obstante, y como ya van comentando sus representantes a diestra y siniestra, ésta se configura en virtud del azar, “como todo en esta vida”.<sup>1</sup> Una primera exhumación o, mejor dicho, la *primera exhumación secular* en la larga lista de exhumaciones realizadas en España a lo largo del siglo XX. Una historia de España podría escribirse a propósito de sus entierros y desentierros, comenzando por la mismísima práctica de enterrar a los muertos –¡y en fosas comunes!–, seguidas de un *quasi* voto de silencio que acompañaría a los enterradores hasta el lecho de su muerte o hasta la mismísima tumba.

No casualmente, una de las primeras reivindicaciones de la naciente Asociación de Recuperación de la Memoria Histórica, tuvo que ver con este tópico de las fosas, demandando de los gobiernos del Estado y de las Autonomías la elaboración de un mapa de localización de las fosas comunes.<sup>2</sup> Durante el período que va de 1939 al 1959, hubo desenterramientos y enterramientos en toda España (Ferrándiz, 2007; 2011a), agudizándose después de la finalización del Valle de los Caídos, adonde fueron a parar casi todos los muertos del bando nacional y buena parte de los republicanos. Ahí yacen, ocultados, incluso algunos calcinados y fusionados con la estructura de la edificación. (Ferrándiz, 2011a).

Cuando Franco muere, se realizaron exhumaciones espontáneas en Navarra, por ejemplo, cuya única finalidad era encontrar a los familiares y darles un entierro digno. Esta misma

---

<sup>1</sup> Aunque aquí empleamos la expresión “como todo en esta vida”, a modo de coletilla “poética”, cabe pensar aquí en la distinción entre *estrategia* y *táctica* en el pensamiento de Michel Foucault, refiriéndose a la configuración de los procesos históricos y los “grandes arreglos” de poder, que no proceden de ningún origen ni aspiran la conquista de ningún *telos*. Se trata sólo acontecimientos, azar y, lógicamente, dispositivos de dominación. Véase, por ejemplo, el capítulo “Método” de *Historia de la sexualidad* (Foucault, 2006).

<sup>2</sup> Cuando la elaboración del sumario del auto de 16 de octubre, sólo Catalunya había elaborado este mapa, 8 años después.

demanda permanece en las nacientes ARMH, sólo que le suman los objetivos de la denuncia judicial. La necesidad de determinar qué fue lo sucedido, de ofrecer pruebas sobre la comisión de un asesinato, emprender las denuncias y demandar justicia, también por la vía penal, es lo que renueva y hace diferente la primera exhumación llevada a cabo en 2000, más de veinte años después de que se produjeran las primeras del postfranquismo. La generación de una prueba judicial se convierte en un leitmotiv en esta causa, empleándose para ello los protocolos de Naciones Unidas y contando con profesionales expertos en el ámbito nacional e internacional.

Las exhumaciones de estas fosas, hoy por hoy, convocan gente de muy diversos intereses, estudiantes, historiadores, lógicamente además de los interesados de siempre. Sin embargo, al día de hoy todavía no se ha presentado ninguna autoridad judicial en estos procesos, ofreciéndose las mismas o similares razones a las expuestas en la Sentencia 101/2012. No se avanza más allá de las preguntas lógicas –¿acaso no deben investigar el crimen, determinar los culpables y después ver si están prescritos o amnistiados?–, y de denunciar que dada esta negativa se está violando un conjunto de convenios internacionales en los que, al suscribirlos, España se compromete a investigar los crímenes de lesa humanidad. Otra vez el bucle de las denominaciones, perteneciente a algo que podríamos denominar *cultura de la impunidad*, precisamente para significar ese *silencio inmovilista*, ya no tan silencioso, que se instaló en el poder judicial durante la transición, y que hemos dicho más arriba que la sentencia estudiada constituye uno de sus estertores. Puede decirse que la sociedad española ha ido despertando progresivamente del *elixir del olvido* arrojado por el pacto de la transición, lo que ha venido dejando en evidencia al Poder Judicial en su incapacidad para gestionar este renacer consciente del pasado franquista.

A estas alturas conviene distinguir en qué sentido comprendemos la memoria y, en su caso, la memoria del pasado franquista. Hasta el momento, hemos trabajado con una primera noción general –que nos ofrece Ricoeur (2000) en su exhaustivo trabajo *La memoria, la historia, el olvido*–, y que nos permitió en su momento delimitar nuestro ámbito de observación. Lo que hemos visto aquí es, entonces, una de las formas de su captura por parte del estado: *su captura judicial, cual es, la legalidad de la impunidad*, sus formas, sus implicaciones.

En los capítulos venideros, nos dedicaremos a explorar otras capturas de esta memoria; la primera, aquella que acaece en el Congreso de los Diputados desde 2000, cuando se produce un cambio en la semántica que la gobierna y se pasa del discurso del silencio al discurso de la memoria histórica, lo cual concluye, de hecho, con la institucionalización de este vocablo y con su “vulneración” definitiva. Analizaremos también la captura de la memoria franquista por parte de las asociaciones de víctimas, intentando valorar hasta qué punto el “discurso de la víctima”, su apropiación, es el único recorrido o el más eficaz en la consecución de los objetivos.

No obstante, al no ser nuestra labor estrictamente descriptiva, necesitamos claves que nos permitan comprender el sentido de la impunidad de la que habláramos más arriba y de sus objetos políticos correspondientes. En este sentido, la cuestión por su función política se revela impostergable.<sup>1</sup> Como Jacques Vergès nos enseñara, que los castigos no se infligen por principios sino por intereses políticos, aquello que debemos buscar es qué es esto que se continúa reproduciendo gracias al exceso o radicalidad en la impunidad. La cuestión por la función de esta impunidad, en tanto forma y en tanto proceso, debe estar asociada con la prestación de alguna función específica del estado. De otra forma, hace mucho tiempo que se hubiese procedido al enjuiciamiento, incluso penal, de ese pasado, y esto es una deducción cuasi lógica, explícita en el estado español, al menos en las propias invocaciones de la Ley de Amnistía.

Lo que queremos poner de manifiesto es, sin embargo, que estos intereses no tienen que ver con las personas individuales, en el sentido de la existencia de poderes fácticos, sino

---

<sup>1</sup> El método funcional es un método que sirve para la comparación de aquellas acciones de un sistema que, no siendo iguales, se convierten en equivalentes a la luz de una función. Esta última, no prescribe sobre las formas de su cumplimiento; tan sólo constituye una labor, una tarea que debe desempeñarse por la propia fuerza de su producción y reproducción. Un asunto vital, *autopoiético*. La semántica del sistema, no obstante, se erige como una dimensión significativa de la función, pudiendo haber varias, incluso no deseadas por una de éstas. Pongamos por ejemplo la forma legal de ejecutar una política pública y su forma “desviada”: jamás podría decirse que la segunda, sobre todo en lugares en los cuales es endémica, sea una forma corrupta del sistema, sino, precisamente por ello, una forma diseñada por el sistema para continuar su reproducción. En el caso del sistema judicial, éste debe seguir produciendo sentencias, juicios, es decir, debe seguir pronunciándose en torno a la legalidad/no legalidad de los casos que le son introducidos, so pena de su propia reproducción. Ver Luhmann (1998b).

con una racionalidad que, perteneciéndole al sistema, se le impone a las decisiones judiciales y es, a su vez, performada por ésta.

Hemos sugerido que dicha racionalidad anidaba en la *conciencia colectiva*, ejerciéndose desde ahí sobre todo bajo la forma de la sanción sobre quien la contraviene. No obstante, esto es importante matizarlo en tanto no quiere decir que anide en el código penal sino que puede hacerlo en un sinnúmero de prácticas y escenarios.<sup>1</sup> Por ejemplo, como ya hemos sugerido, el gran revuelo de la Ley de Memoria Histórica que se levantara tras su aprobación, y el propio frenesí vivido en la Audiencia Nacional y de profuso eco en los medios de comunicación, pueden comprenderse como una reacción de defensa ante una afrenta, aquella que se le hace a esta racionalidad. Incluso, si quisiera vérselo en el derecho penal, cual es nuestro caso hasta ahora, ésta también puede anidar en su doctrina.

Hasta ahora lo que hemos hecho es analizar un cuerpo de doctrina e intentar sistematizarlo y extraerle sus significaciones políticas. Pasaremos entonces a interrogarlas, en tanto elementos corpóreos de la impunidad y por su función en el sistema judicial, el de la política y en el conjunto de la sociedad. Al hacerlo en el judicial, observamos rápidamente dos elementos que lo vertebran: la defensa del principio de la legalidad y la seguridad jurídica, en tanto subsidiaria de una aplicación irrestricta del primero. Piénsese, sin embargo, que si acaso la aplicación del Estado de Derecho sería contraria al ejercicio de la justicia, puesto que ya sabemos sobre la relación problemática que guardan entre sí en relación a este caso, que es radical.

Si nos situamos en el mismo orden de lo abominable, no obstante, todo aparentemente al revés, el Estado funge como el gran amenazado, se diría que se autoadjudica la categoría de víctima del terrorismo si nos atenemos a las últimas reformas del Código Penal, las

---

<sup>1</sup> En *La división del trabajo social*, Emile Durkheim nos plantea una conexión entre solidaridad mecánica, sanción, definición del delito, objetivación en el derecho. Esto último, sin embargo, no necesariamente es un veredicto que aceptamos sin cuestionamientos. Creemos que la conciencia colectiva, que en el caso que estamos trabajando tiene relación con la racionalidad, puede anidar, objetivarse, en otros escenarios e, incluso, si anida en el derecho penal no necesariamente lo hace *en el código penal* sino que puede ser *en su práctica, en el propio proceso de interpretación*. Volveremos sobre esto; mientras, véase: Durkheim (1987).

acción de éste también destaca por su radicalidad, hemos dicho que opuesta pero radicalidad al fin y al cabo. En materia de terrorismo, “el Estado no tiene límites”, decíase y dicese incluso en el seno de agrupaciones de magistrados con intereses opuestos a la semántica del franquismo en España.<sup>1</sup>

La lucha en contra de ETA, que ha tenido diferentes niveles de transgresión de los límites del Estado, contó en su etapa novedosa con dos medidas que, atañendo directamente al tema del tiempo y de la temporalidad desprendida del ejercicio de la justicia, son significativos a los efectos de dar inteligibilidad a la razón jurídica de la impunidad. Se trata de la reforma del Código Penal de 2003 y la denominada doctrina Parot.

En el caso de la primera, cambia la manera de contabilizar las penas, elevándose a 40 años el tiempo máximo de cumplimiento y restringiéndose los beneficios penitenciarios al cumplimiento de los porcentajes de pena calculada sobre el tiempo de la condena. Puesto que en las formas de calcular la pena de los terroristas, las condenas exceden por muchísimo el tiempo de la vida, se trata de una política de cumplimiento absoluto de la pena, es decir, penas de cárcel a 40 años y de cumplimiento íntegro. A su vez, implica lo mismo en alejamiento del lugar de residencia y sin otro beneficio adicional que no sea el ya negado. Una vez aprobada esta reforma, a los etarras y violadores que estaban a punto de salir de la cárcel, es decir, a los ya juzgados, se les empezó a aplicar retroactivamente esta forma de contabilización de la pena. Esto es la doctrina Parot.

Si comparamos las formas de aplicación del principio de la legalidad, del todo a la nada, ambas bajo estricta defensa de la seguridad y aparte de la polisemia del nombre, nos permite remitirnos provisionalmente a la conjetura siguiente: habitamos un estado que se describe inseguro, tambaleante, que constantemente tensa de la cuerda en lo referente al IUS PUNENDI, desactivación/extralimitación, como si no pudiese más que estar en “estados alterados”. Si, efectivamente, podíamos empezar a conjeturar sobre el porqué de este “estado alterado”, con qué conecta y a qué objetos nos remite. En busca de todo ello,

---

<sup>1</sup> La Magistrada del Tribunal Superior de Euskadi, Nekame San Miguel, contaba esta anécdota para explicarnos por qué estuvo un tiempo alejada de Jueces por la Democracia (San Miguel, 2014).

presentamos a continuación el segundo método de captura de la memoria: concordia y reconciliación, en tanto discurso de sustento de la impunidad.

\* \* \*

*La sentencia fue muy esperada, no obstante, llegó tarde a una opinión pública ya cansada y desmoralizada –ya desde la aprobación de la Ley de Memoria Histórica el juicio al franquismo se había transformado en una pantomima, y desde el estallido de la denominada crisis económica y la corrupción, volvió a desviar la atención de su sí mismo. El paradigma de la concordia se agota, pues, y esta resolución es uno de sus estertores...*

## CAPÍTULO TERCERO

### Transición española, ofuscación del tiempo, conservación del estado y biopolítica

#### *Una hipótesis sobre la reproducción del vacío en el estado español contemporáneo*

#### **1. Tiempo, juicio estético, estado y reconciliación (Introducción)**

La semántica erigida para vincular a España con su pasado fue “la reconciliación” (Juliá, 1999; Molinero, 2010). Mientras tuvo vigencia el discurso de “la transición”<sup>1</sup>, “la reconciliación” pretendía fungir de “pegamento moral” entre unas almas separadas por el odio y, por esta razón, incommensurables. Se venía de cuarenta años de obsesión discursiva por los hechos y principios fundacionales del régimen: enaltecimiento perpetuo de los vencedores y ensañamiento obstinado y material contra “los vencidos” como estrategia de conservación y defensa del Nuevo Estado. Hasta que dejó de serlo.

Se venía, pues, de un régimen del recuerdo que anidaba en la guerra civil y, desde ahí, a modo de piedra filosofal, se desprendían los sentidos –objetos, tiempos e identidades– que componían ese estado y la sociedad en su conjunto (Tébar, 2015). *Una crónica sobre el hartazgo del pasado* –consecuentemente– podría describir la asunción de esta *semántica de la reconciliación*, suerte de *tratado de capitulaciones de suma cero*, ex

---

<sup>1</sup> Según Carme Molinero, la fecha de finalización del proceso de transición es un debate inacabado entre los historiadores. Mientras algunos sitúan el final del proceso con la aprobación de la constitución de 1978, otros lo ubican en la conjura del alzamiento del 27F; otros, a su vez, marcan el final en las elecciones en las que triunfa el PSOE en 1982 y otros tras la entrada a la OTAN (Molinero, 2010).

*temporáneo, que vino a sellar la unión entre unos hermanos otrora fratricidas* (Muñoz, 2009). Desde cierto punto de vista, la asunción del discurso de la reconciliación se hace comprensible como estrategia, ya no de supervivencia sino de mera existencia política en un régimen de facto que represalia adversarios en nombre de su propia interpretación de los hechos (Muñoz, 2009). Una nueva generación –*culta, formada, educada* (Medina, 2001)– toma el rumbo del Estado (Aguilar, 2008; Medina, 2001; Muñoz, 2009; Cuesta, 2007); el objeto era proseguir en el camino, esta vez hacia adelante: ¡Olvidemos el pasado!; dejémoslo atrás, por favor (Juliá, 1999). Entretanto, cuarenta años de no se sabe qué, de vacío, de postguerra (Ferrándiz, 2007).

Como puede verse, *la reconciliación* constituye uno de los grandes *objetos* de la historia política nacional del siglo XX, emergido como posibilidad en el horizonte semántico del franquismo, cuando cambia la episteme de “guerra contra el invasor” a la de “guerra fratricida” (Juliá, 1999); eso sí, sellado como relato único sobre los hechos (alzamiento, guerra, régimen, represión), sobre su legitimación y sobre su superación.

Es que el verdadero triunfo del franquismo es el de su interpretación de los hechos, asumida como corolario único, corolario resignado o corolario desesperado por parte de la oposición (Muñoz, 2009): *si todos los españoles nos volvimos locos en aquella guerra, ahora debemos reconciliarnos como buenos hermanos que somos*. Un gran dispositivo semántico de transformación de la complejidad política en estructura maniquea, que anida en la hipótesis del alzamiento como necesidad y se extiende aún a nuestros días a modo de advertencia: *cuidado con abrir viejas heridas*. De esta forma, *el olvido* como práctica de “no mirar para atrás”, de borrón y cuenta nueva, emerge consustancialmente a la reconciliación, iniciando una nueva temporalidad en el tiempo del Estado (Medina, 2001).

En apariencia, esto supuso un dejar de contar el tiempo hacia atrás para empezar a contarlo hacia adelante: el futuro, la democracia –o bien, según Alberto Medina–, *su simulación, su simulacro* (Medina, 2001). Al decir de la melancolía encarnada en la cultura política nacional, el franquismo fue borrado de la materia para imprimirse en el espíritu que llena su vacío, dando lugar al desencanto (Vilarós, 2005). Comenzaban así, en simultáneo, las paradojas que regirían los destinos de España hasta nuestros días: la *ruptura pactada* o la *transición democrática*, según la versión hegemónica que se



profese; no obstante, en cualquiera de los casos, empezaba la paradójal tarea de procurar un *cambio de régimen político*.

De hecho, una retórica y una ley consecuente, como fue la Ley de Cambio de Régimen Político, a través de la cual el régimen se dotó de todos los insumos para promover un cambio en la continuidad (Clavero, 2005). *Los indultos, las amnistías, las pensiones, el silencio...*, todos, conforman este manto de prolongación del *Estado* (Clavero, 2015; Muñoz, 2009) y son parte del *gobierno* en este proceso.

En coincidencia con la entrada de siglo, sin embargo, el Congreso de los Diputados se puso a hablar del franquismo y comenzó a hacerlo en una clave diferente –e inédita. Se trata de inaugurar el debate sobre “la memoria” de las víctimas y sobre la “memoria histórica”, conceptos que cambian completamente el tono de las reivindicaciones. Hasta la fecha, los discursos de investidura de los presidentes comenzaban siempre con un elogio al pacto de reconciliación y un llamado a la concordia, a dejar en el pasado los viejos conflictos (por ejemplo, el de Jose María Aznar en 1996). No obstante, sin mediar palabras, del silencio se pasó a la verbosidad, resquebrajándose además la equidistancia que hasta entonces había regido la interpretación de los hechos del pasado.

Entre los albores de 2000 y hasta la promulgación de la “Ley de Memoria Histórica” en 2007 (Aguilar, 2008; Cuesta, 2007, 1998; Rodrigo, 2013), una nueva identidad emergió bajo el cielo del hemiciclo: *las víctimas del franquismo*, especies incómodas a los dispositivos de lectura de la realidad que, a su vez, ponen en evidencia una enorme injusticia –aún por reparar. Todo cuanto se hiciera en estos dos congresos (2000-2004 y 2004-2008), es interpretado por algunos como “avance” en la construcción de la democracia –anhelo de aquel espíritu de transición. No obstante, se trató de un proceso que no dejó conforme a muchos, por ejemplo, las filas del Partido Popular acusaron a José Luis Rodríguez Zapatero de haber roto el pacto de la transición, y en especial se le acusaba de haber roto el espíritu de concordia, que abrió nuevamente las heridas –supuestamente cerradas– de la guerra civil.

Los críticos de esta Ley de Memoria Histórica, sin embargo, condenan y desglosan su espíritu continuista y de simulación, *a lo gatopardo*, como ya nos expresara Alberto Medina en su fantástica semiótica de la transición española (Medina, 2001). *¡Los gestos,*

*los gestos, ay los gestos!* Desde entonces, las asociaciones de víctimas del franquismo se dividieron entre favorables y contrarias a la Ley.

Al momento de la escritura de este trabajo, sin embargo, el presupuesto de dotación de la Ley se ha transformado en inexistente; las exhumaciones siguen desarrollándose a título privado, con capital privado; y las asociaciones de víctimas tienen ahora su foco en la querrela presentada contra el estado español en Argentina.

Son estas razones, entonces, las que nos retornan a la cuestión sobre los marcos semánticos que albergan o dejan de albergar al franquismo en el presente de la acción política en España, para formularnos las siguientes cuestiones: ¿qué implicó este cambio de vocablo y de actitud hacia el pasado en los marcos de cognición del pasado franquista en el Congreso de los Diputados?, ¿puede decirse que sobre este tópico el régimen de signos ha variado o nos encontramos aún en el proceso de transición?

Hablaremos, entonces, de *políticas de la memoria* con miras a significar todas aquellas premisas, directrices y medidas emprendidas por el estado español con el objeto de relacionarse con su pasado. En este sentido, la noción de *política* le imprime al *recuerdo* un plus de *conciencia y deliberación*. En muchos casos, la cuestión del recuerdo es mera *beligerancia* y, en otros, su conculcación en un *pacto*. Asimismo, si bien cualquier relación con el pasado en nuestro contexto es *memoria*, la direccionalidad de la *política de la memoria* también se incorpora a ésta, con independencia de que lo haga en el sentido planteado por la intencionalidad de la política de la memoria en sí.

En otras palabras, la intencionalidad de la política de la memoria no determina su resultado final, toda vez que ésta aún debe interactuar con su ambiente, con el resto de *tramas de memoria* (Cuesta, 2007; Ferrándiz, 2007) que habitan en la sociedad. Hablaremos, pues, de *régimen del recuerdo* para significar el resultado del proceso de *evocación* del pasado (Luhmann, 2002), toda vez que las intenciones y las realidades han dado lugar a un objeto, un producto, una realidad sui generis, que en sí no es consciente ni inconsciente sino que es *la actualidad* de cada recuerdo, que marca con su emergencia la distinción entre la memoria y el olvido y, presumiblemente, desempeña una función.

De aquí pues –y aunque nos estemos avanzando unos cuantos párrafos–, que no resulte concluyente en nuestro trabajo la determinación de las intenciones de las decisiones

políticas que condujeron la transición –o, en su caso, que dieron lugar a la institucionalización de la memoria histórica en el Congreso de los Diputados–, sino sus *efectos de actualidad* en un contexto discursivo más amplio. Esto es, nos interesa su pragmática en la configuración de la política, verbigracia, de los tiempos, objetos y sujetos de su inclusión y exclusión (Luhmann, 1998c). Esto es, *atenderemos a la función desempeñada por las políticas de la memoria en el contexto de un sistema de toma de decisiones vinculantes que se describe a sí mismo como un Estado (Social) de Derecho* (Luhmann, 1990).

Ergo, comprenderemos las políticas de la memoria como aquel conjunto de decisiones colectivamente vinculantes que han sido tomadas con el objeto de vincular el presente político con el pasado, en nuestro caso, con el pasado franquista. Aunque será en un momento posterior cuando podamos determinar la semántica implicada en las medidas adoptadas por el parlamento, las distinguiremos de entrada en función del período histórico-político que presumiblemente las cobijó, es decir, las clasificaremos históricamente en dos bloques: uno que va desde 1975 a 1999, englobando las 4 amnistías, la Constitución y la asignación de pensiones del Estado a determinados actores no reconocidos –más bien vejados– por el régimen de Franco; en el otro grupo, ubicamos las medidas promovidas desde 2000 a nuestros días, contemplando aquéllas de reconocimiento de víctimas, medidas de condena y promulgación de la Ley de Memoria Histórica.

Con relación al primer grupo, asumimos como premisa su promoción bajo la intencionalidad de emprender la reconciliación nacional, no importa ahora lo que esto quiera decir; en el caso de las segundas, asumimos su apariencia de haber sido formuladas bajo una semántica *otra*, la Democracia, que nos permite por ahora interrogarlas como resultado y fuente de un *proceso de institucionalización* (Berger, 1986) del vocablo *memoria histórica* –en tanto derecho subjetivo y novedoso (Ruiz, 2006)–, emergido en las sociedad española a principios de 2000, aunque de gran influencia internacional desde los años 80 (Cuesta, 1998).

Ahora bien, la metáfora de Paul Ricoeur (2000) sobre la memoria –un objeto paradójal de “luces y sombras”–, nos permite comprender *la memoria* como una operación selectiva que incluye tanto el recuerdo como el olvido, incluimos también aquí –a modo de

*recuerdo negativo*– aquellas medidas jamás emprendidas aunque sí formuladas y presentes en el horizonte político del momento. Son los grandes “No” de las políticas de memoria, muy relevantes precisamente por las razones e implicaciones de su denegación. Nos referimos, concretamente, a la inadmisión a trámite de sendas proposiciones no de ley, cuya admisión y aprobación –conjeturamos– hubiese cambiado radicalmente la relación del estado español con el pasado criminal franquista y, probablemente, con su propio presente. Estas son: a) *“Proposición no de ley Del Grupo Parlamentario Socialista, relativa a la anulación de los juicios sumarios de la dictadura franquista”* (CD/DS 10/09/2003, 14344); y b) *Proposición de Ley – Del Grupo Parlamentario Mixto, de modificación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.”* (CD/DS 19/07/2011).

Tal vez, si al aprobarse ambas proposiciones el Estado se hubiese declarado corresponsable de aquellas matanzas –al menos de aquellas desprendidas de las leyes sumarias–, no hubiese sido necesario seguir insistiendo con este tipo de proposiciones que, al menos una vez al año, son denegadas en el Congreso de los Diputados: *“Proposición no de ley, sobre la declaración del 18 de julio como día oficial de condena de la dictadura franquista”*. (CG/D 21/05/2013)

La cuestión sigue siendo la misma que en el capítulo anterior: ¿por qué no?, ¿qué andamiajes soportan estos silencios, ya tan reiterados y tan bulliciosos? Al analizar estas medidas, los objetos del olvido se nos muestran incandescentes. La noción de *víctimas del franquismo*, por ejemplo, es engullida y desahuciada por el proceso de institucionalización de la “memoria histórica”, iniciado en 2000, condenándosele al *destierro de “sus labores”* al no entrar dentro de los códigos que profieren esta identidad política en la actualidad. Sólo la ley de víctimas del terrorismo define esta categoría en el derecho nacional, empleándosele como criterio de la definición por antonomasia: *sólo si eres víctima del terrorismo eres víctima*. Claro está, pues, como vimos en el capítulo anterior: desde el punto de vista de las leyes del estado español, los crímenes cometidos durante el período franquista están muy lejos de considerarse “terrorismo”. La experiencia con otras formas de victimización en el estado español, ha probado ser un verdadero desastre semiótico, que ha llevado incluso a algunas víctimas del terrorismo a renegar de otras (Gatti, 2016).

Ni qué decir, pues, de la relación de estas víctimas, que llamaremos *hegemónicas*, respecto a otras, más bien autoproclamadas o así consideradas por el derecho internacional, como son las víctimas del franquismo. Este conflicto es muy interesante y, necesariamente, elocuente respecto a la función desempeñada por el olvido: que la incapacidad de la institucionalidad del estado –democrático– para admitir más de una casuística en la construcción del tipo *víctimas*, nos habla, o eso probaremos, de un sistema estructuralmente precario que descarga sus funciones en otros subsistemas, bien en la ciudadanía, bien en el sistema judicial. En el primer caso, es interesante apreciar, no sólo el conflicto entre diferentes identidades de víctimas, sino el hecho mismo de la victimización como semántica de inclusión en el sistema, esto es, pareciera ser una paradoja que la forma escogida para reclamar derechos de memoria sea a través del reclamo de derechos a ser una identidad sin agencia, que lo abordaremos en nuestro tercer capítulo.

La cuestión a dilucidar en este apartado es: ¿cuáles son los objetos de la memoria y el olvido contenidos en la pragmática de las políticas de la memoria, y qué función desempeñan en la actualidad de la toma de decisiones vinculantes? En particular, ¿cuál es la relación existente entre los objetos del olvido y el sistema que los expulsa?

Los grandes *suicidios políticos* de la historia –ya sabemos– no lo son en realidad a los efectos de los sistemas políticos que los comprenden<sup>1</sup>, y qué mejor ejemplo que la aprobación de la Ley de Cambio de Régimen Político en las cortes franquistas en 1976. Al haberse construido la paradoja decisional según la cual la aprobación de aquella ley que extinguía las cortes orgánicas sería su principal supervivencia, el proceso de transición –entonces liderado por Adolfo Suárez– nos despertaba al siguiente razonamiento de teoría de sistemas: *mata más a la política una huelga de brazos caídos en el parlamento que una decisión de bombardear el propio cielo del hemiciclo que la secunda.*

Es por esta razón que nos gustaría poner estas políticas y sus objetos de la memoria y el olvido al servicio del Estado, esto es, presuponerlas interviniendo en la reproducción de

---

<sup>1</sup> Esta es la tesis sobre la autopoiesis del sistema político. Más se suicida un sistema cuando deja de decidir que cuando decide sobre los bombardeos.

este sistema social y como parte de una estrategia diseñada por este mismo para lidiar con su entorno. Una vez aquí, aspecto que trabajaremos en el siguiente apartado, interrogarlas en su semántica, es decir, apreciar su significado y su orden en relación con el contexto político más extenso, actual, del que forman parte.

Veinte años han pasado desde la entrada de España en la OTAN, permitiendo la internacionalización del ejército español y acabando definitivamente con la amenaza golpista o tutelaje de éste sobre la vida política; esto es, como si Arias también lo hubiese dicho: “Españoles, la Transición ha acabado”<sup>1</sup>. Así, se hace coherente la pregunta sobre *si las medidas adoptadas durante el proceso de institucionalización de la memoria histórica que tuvo lugar en el Congreso a partir de 2000, responden a una estrategia de gobierno orientada a garantizar el tránsito de un régimen político a otro –como se presume fue el espíritu de las medidas en la transición– o si, por lo contrario, la brega democrática les ha impreso una nueva significación, cual fuera al menos el espíritu del discurso de promulgación y el debate de la Ley de Memoria Histórica en 2007.*<sup>2</sup>

Las pistas halladas en sus distintos *momentos históricos* no dejan de sorprendernos. Corregimos y decimos, más bien, *momentos políticos del estado Español* en relación con la promulgación de medidas en la primera y en la segunda legislatura de 2000. En lo que se refiere a las actividades de la Comisión Constitucional, que dieron lugar a unas cuantas medidas de reconocimiento de víctimas y a una supuesta proclama de condena del régimen de Franco, compartieron debate muchos de sus parlamentarios con la Comisión de Interior y Justicia, abocada entonces a la emersión definitiva del *discurso de la seguridad ciudadana* como problema de estado. En el caso de la comisión constitucional, Se emprendieron las enmiendas de “condena” que hemos visto más arriba y se dieron los pasos para la aprobación en 2007 de la “Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura” (BOE, 2007, nº 310). En el caso de la comisión de Justicia, las investigación de la doctora Lohitzune Zuloaga, *La*

---

<sup>1</sup> Carne Molinero (2010) habla de esta fecha como una de las señaladas para determinar este fin.

<sup>2</sup> En el contexto de aprobación de la Ley de Memoria Histórica, el presidente Rodríguez Zapatero fue duramente atacado en la prensa, acusándosele de haber roto el pacto de la Transición con su aprobación.

*priorización de la seguridad ciudadana como problema*, es fundamental. En el Horizonte de su demostración, la configuración de la problemática de la seguridad hasta su elevación a política de Estado y estrategia, más allá del discurso partidista (Zuloaga, 2011). Así pues, en simultáneo a la comisión que debatía sobre una posible Ley de Memoria Histórica y sobre reconocer milicianos y condenar por vez primera el franquismo, en la comisión de justicia se produjeron las distintas reformas del Código Penal, que traerían consigo el incremento de las tasas de encarcelamiento a cifras insospechadas (Zuloaga, 2011) y crearía las condiciones para restringir aun más los derechos penitenciarios a los encarcelados de ETA. La doctrina Parot se fundamenta en esta reforma que se produjo concretamente en 2003 (BOE, 2003, n° 156). En este contexto, un compendio de reformas legislativas, incluyendo las negociaciones con ETA y el pacto de una tregua, marcaron el clima de este período, no obstante sacudido en sus inicios por los efectos del atentado del 12M en 2003.

Una lectura en términos de excepcionalidad podría dársele a las actuaciones políticas que circundan la institucionalización de la memoria histórica, es decir, una intencionalidad de generación de excepcionalidad como estrategias de gobierno y control social, que hace preguntarnos por sus relaciones con las afirmaciones y negaciones de las políticas de memoria. En particular, nos invita a preguntarnos por la posible equiparación, en términos de amenaza a los límites del Estado, entre el terrorismo de ETA y la ilegalización de los juicios sumarísimos del franquismo; o entre la amenaza terrorista y el reconocimiento de las víctimas del franquismo –reconocimiento legal, queremos decir.

Puesto que es la política criminal la generadora de la excepcionalidad, nos preguntamos si la postergación del reconocimiento de los derechos de las víctimas apunta a la estrategia de priorización generada por la excepcionalidad de la lucha antiterrorista y de la seguridad ciudadana como problema, convirtiéndose el régimen del recuerdo, en particular los objetos del olvido, en uno de los tres pilares de la política criminal. Ya la máxima del derecho penal lo establece, el Código Penal es una Constitución al revés: ¿qué quiere decir, entonces, la inhabilitación del *ius punendi* del Estado? Esta cuestión concluirá nuestro capítulo.

## 2. La institucionalización de la Memoria Histórica y la renovación de la excepción

La aprobación en el Congreso de los Diputados de la “Proposición de Ley sobre la declaración del año 2006 como año de la Memoria Histórica”, puede interpretarse como el *summum nominativo* en la institucionalización de esta semántica novedosa, *la memoria*, que “asistiría” al Estado desde 2000 en la “atención” a las reivindicaciones de las emergentes Asociaciones de Recuperación de la Memoria Histórica (ARMH). “...Con motivo del 75.º aniversario de la proclamación de la Segunda República en España, se declara el año 2006 como Año de la Memoria Histórica, en homenaje y reconocimiento.”<sup>1</sup>

Este proceso de institucionalización proseguiría en ese mismo Congreso, un año más tarde, tras la aprobación de la apodada “Ley de Memoria Histórica”, en realidad, “Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura” (BOE, 2007, n° 310). A pesar de las expectativas engendradas por su *alias*, la aprobación de esta ley sólo permitió estabilizar legalmente el vocablo “memoria histórica” en torno a un derecho individual, *desconociéndose en nombre de los muchos* (Luhmann, 1989) reconocimiento de una identidad política bien determinada y por tanto el derecho a una memoria pública y colectiva<sup>2</sup>:

La presente Ley parte de la consideración de que los diversos aspectos relacionados con la memoria personal y familiar, especialmente cuando se han visto afectados por conflictos de carácter público, forman parte del estatuto jurídico de la ciudadanía

---

<sup>1</sup> El texto completo de la Declaración reza así: “1. Con motivo del 75.º aniversario de la proclamación de la Segunda República en España, se declara el año 2006 como Año de la Memoria Histórica, en homenaje y reconocimiento de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la guerra civil, o posteriormente de la represión de la dictadura franquista, por su defensa de los principios y valores democráticos, así como de quienes, con su esfuerzo a favor de los derechos fundamentales, de la defensa de las libertades públicas y de la reconciliación entre los españoles, hicieron posible el régimen democrático instaurado con la Constitución de 1978. 2. Los poderes públicos promoverán y apoyarán la celebración de actos conmemorativos que estimulen la reflexión sobre aquellos hechos y el recuerdo y reconocimiento de la labor de aquellas personas, asociaciones e instituciones”. LEY 24/2006, de 7 de julio, sobre declaración del año 2006 como Año de la Memoria Histórica (BOE, n° 162).

<sup>2</sup> Entonces no como un derecho colectivo, o a un derecho basado en la experiencia colectiva de un sujeto político concreto, cual es la reivindicación del ser nombrado o reconocido como “víctima del franquismo”.



democrática, y como tales son abordados en el texto. Se reconoce, en este sentido, un derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano... (BOE, n° 310, Exposición de motivos, p. 22296).

Sea como fuere, la institucionalización de la “Memoria Histórica” en el Congreso de los Diputados (2006-2007), puede entenderse como un proceso de *captura semántica* iniciado en una comisión parlamentaria, que inaugura el siglo XXI con un catálogo de proposiciones no de ley tendientes al reconocimiento: “...de todos los hombres y mujeres que padecieron la represión del régimen franquista por defender la libertad y por profesar convicciones democráticas”; “...a las víctimas de la guerra civil desaparecidas y asesinadas por defender valores republicanos y a reconocer el derecho de familiares y herederos a recuperar sus restos, nombre y dignidad”, entre otras.

Todas estas proposiciones se atendieron bajo una multiplicidad de actores y de casuísticas<sup>1</sup>, ante las que valdría la pena preguntarse por qué en 25 años no habían sido mencionadas bajo una identidad coherente con su experiencia?<sup>2</sup>

En cualquier caso, el movimiento se inició en una comisión Constitucional que también inaugura el siglo con el acuerdo unánime de una “enmienda transaccional”, cargada de

---

<sup>1</sup> El listado completo de estas proposiciones no de ley es el siguiente: 1. Sobre el reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que padecieron la represión del régimen franquista por defender la libertad y por profesar convicciones democráticas. 2. Por la que se declara y se insta a los poderes públicos a reparar moralmente a las víctimas de la guerra civil desaparecidas y asesinadas por defender valores republicanos y a reconocer el derecho de familiares y herederos a recuperar sus restos, nombre y dignidad. 3. Sobre desarrollo de una política de estado para el reconocimiento de los ciudadanos y ciudadanas exiliados. 4. Para proceder a las exhumaciones de fosas comunes de la guerra civil. 5. Sobre la devolución de la dignidad a los familiares de los fusilados durante el franquismo. 6. Sobre el reconocimiento de Blas Infante como padre de la patria andaluza. Cortes Generales. (DS, 2002, n° 625, p. 20502).

<sup>2</sup> Como de hecho se intenta con la semántica de la *memoria*, o, por ejemplo, la atribución inmediata que podía hacerse de la semántica de *víctimas*, tan ratificado como usado por el Congreso para referirse a quienes han sido afectados por otro tipo de violencia, como es el caso –casi en exclusiva– de los afectados por el terrorismo de ETA. Una comparativa entre la Ley de Víctimas del Terrorismo y la Ley de Memoria Histórica ya nos puede dar pistas sobre el carácter distinto de las personas afectadas. También vale la pena recordar el conflicto entre las varias asociaciones de víctimas del 11M, y el estatus distinto de estas últimas respecto a las reconocidas como las legítimas AVT, que son las del terrorismo de ETA.

elocuencia sobre el modo en el cual –entonces y en lo venidero– el sistema político español lidiaría con este asunto:

“...Por todo lo anterior, el Congreso acuerda. Primero. El Congreso de los Diputados, en este vigésimo quinto aniversario de las primeras elecciones libres de nuestra actual democracia, reitera que nadie puede sentirse legitimado, como ocurrió en el pasado, para utilizar la violencia con la finalidad de imponer sus convicciones políticas y establecer regímenes totalitarios contrarios a la libertad y a la dignidad de todos los ciudadanos, lo que merece la condena y repulsa de nuestra sociedad democrática. Segundo. El Congreso de los Diputados reitera que resulta conveniente para nuestra convivencia democrática mantener el espíritu de concordia y de reconciliación que presidió la elaboración de la Constitución de 1978 y que facilitó el tránsito pacífico de la dictadura a la democracia. Tercero. El Congreso de los Diputados reafirma, una vez más, el deber de nuestra sociedad democrática de proceder al reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la Guerra Civil española, así como de cuantos padecieron más tarde la represión de la dictadura franquista. Instamos a que cualquier iniciativa promovida por las familias de los afectados que se lleve a cabo en tal sentido, sobre todo en el ámbito local, reciba el apoyo de las instituciones, evitando en todo caso que sirva para reavivar viejas heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil...” (DS, 2002, n° 625).<sup>1</sup>

¿Qué estaba pasando, entonces, en este Congreso durante la primera década de 2000 que de repente se puso a hablar del pasado y se puso a hacerlo bajo la semántica de la *memoria*?

La entrada del siglo XXI supuso un cambio importante en *la epistemología* que hasta entonces había regido la relación con el pasado franquista al interior del estado español.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> El texto de la enmienda prosigue: “...Cuarto. El Congreso de los Diputados insta al Gobierno para que desarrolle, de manera urgente, una política integral de reconocimiento y de acción protectora económica y social de los exiliados de la Guerra Civil, así como de los llamados niños de la guerra, que incluya la recuperación, en su caso, de la nacionalidad española y su extensión a sus descendientes directos, con conocimiento del derecho de voto...” (DS, 2002, n° 625).

<sup>2</sup> Entenderemos por *epistemología*, en este caso, tanto los marcos como las formas de “conocer” ese pasado, es decir, un cambio tanto en el código como en los contenidos y en los mecanismos y sujetos que elaboran

*Desde la tupida bruma que dibujaba el encuentro de la indeterminación del atormentado recuerdo individual y el angustiado silencio en procura de la reconciliación*<sup>1</sup>, irrumpe un discurso público sobre el pasado –cada vez más hilvanado– con identidades y reivindicaciones bien determinadas.<sup>2</sup>

Este es, pues, el *espacio político de la recuperación de la memoria histórica* que inaugura el siglo bajo la forma de distintas asociaciones de familiares que, en atención a ese pasado franquista, ese de las experiencias individuales, se identifican y reivindican en torno a una experiencia colectiva de *victimización* (Tamarit, 2012) causada por la persecución, la represión y/o la desaparición forzada (directa o de familiares, respectivamente) por razones de militancia política tanto en la guerra civil como en el franquismo.

Tras el decurso de sus reivindicaciones, que inicialmente vindicaban conocer el paradero de sus familiares desaparecidos y llevar a cabo las respectivas exhumaciones y enterramientos, poco a poco se fueron haciendo con los instrumentos de la justicia

---

ese pasado, transformándose desde el silencio político y la elaboración historiográfica a la evocación y reivindicación ciudadana y la voz parlamentaria.

<sup>1</sup> Aunque es *vox populi* y ya lo hemos venido mencionando, *el silencio* configura el espacio de encuentro entre la memoria individual de las víctimas y las instituciones del estado. Incluso fue el espacio en el cual se desarrolló la memoria al interior de las familias.

<sup>2</sup> Algunas reivindicaciones de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica son: a) Un decálogo por la memoria histórica; b) Velar por el cumplimiento del marco jurídico nacional e internacional para la búsqueda de desaparecidos, tanto del periodo de guerra civil como de la posguerra, promoviendo oficialmente las investigaciones, exhumaciones e identificaciones de acuerdo con los protocolos internacionales elaborados por arqueólogos, antropólogos y forenses. Es una tarea básica que nos debemos en el campo de los derechos humanos (...) f) La creación de un museo estatal de la guerra civil y de la oposición franquista. Una iniciativa más del más alto rango político que impulse la elaboración del nuevo discurso oficial que dé por acabada la igualación ideológica de la transición, que equiparó la resistencia opositora al franquismo con los más recalcitrantes reaccionarios que apoyaban al antiguo régimen (...) j) La creación de una comisión de historiadores que con los esquemas de una comisión de la verdad generen una gran investigación de la guerra civil y de la dictadura que posteriormente sea admitida como una versión oficial de los hechos ratificada por el Parlamento (...).” (ARMH, “¿Quiénes somos?”). La enumeración es nuestra.

internacional para casos de genocidio y desapariciones forzadas<sup>1</sup> y con sus banderas, *verdad, justicia y reparación*. De esta manera, su discurso ha ido robusteciéndose no sólo simbólicamente sino también en el terreno de lo jurídico y judicial, haciendo emerger y crecer con su quehacer *la evidencia judicial* que prueba la comisión de un crimen en masa por parte del estado español durante el período franquista.<sup>2</sup>

Es así como, sobre el manto de una *memoria autobiográfica* –en el sentido de Maurice Halbwachs (2004)– las asociaciones de familiares y víctimas han ido tejiendo una *memoria histórica* –novedosa– valiéndose de una narrativa tercera, en este caso los derechos humanos, que rompe tanto con el discurso de los caídos como con la retórica de la equidistancia.

Esta irrupción, que vino a socavar consensos históricos en la sociedad española, es, sin duda, el resultado de varios elementos conjuntados: *a)* el auge del discurso del derecho penal internacional y de los derechos humanos, acabándose de convertir España (1998) en

---

<sup>1</sup> En un documento de autopresentación de la página web de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica puede leerse: “Desde el inicio entendimos que nuestra labor se encaminaba a la defensa de los derechos humanos y nos asesoramos con algunos de los abogados que llevaban en la Audiencia Nacional los casos de desapariciones en Chile, Argentina o Guatemala. En la primavera de 2002 iniciamos los trámites ante el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el fin de que exigiera al gobierno español la aplicación de la legislación internacional con respecto a la desaparición forzada. Nuestra gestión hizo que en el año 2003 España apareciera por primera vez en el informe del Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada de la ONU”. (ARMH, “¿Quiénes somos?”).

<sup>2</sup> En un documento de presentación de la Asociación de Recuperación de la Memoria Histórica puede leerse: “Debe tenerse en cuenta que los únicos que ven y tienen contacto con el lugar del crimen son las personas que trabajan en la apertura de una fosa. Ahí es donde radica la importancia de documentar todos y cada uno de los pasos que se da durante la exhumación de los restos, con el fin de que el informe que se elabore al finalizar los trabajos tenga una validez judicial estricta. Por ello, además, las fracturas, los proyectiles o los orificios que estos últimos provocan en los huesos son importantísimos para determinar y corroborar la causa de la muerte de estas personas. Durante la excavación, la ARMH denuncia en el cuartel de la Guardia Civil más cercano la aparición de unos restos humanos con evidentes signos de violencia, con el único propósito de poner en manos de la justicia estos asesinatos; el sobreesimismo por parte de los juzgados españoles sigue desamparando a los familiares de las víctimas y dejando en manos de asociaciones como la nuestra la recuperación e identificación de los cuerpos”. (ARMH, “¿Quiénes somos?”).

el primer bastión importante de esta empresa<sup>1</sup>; b) la diseminación de la sensibilidad y de los estudios sobre la memoria en ámbitos académicos y literarios de la sociedad; y c) los efectos de descontento transformados en acción –y en discurso– en quienes padecieron la violencia por parte del régimen franquista y la *desconfirmación*<sup>2</sup> por parte de las instituciones políticas de la democracia.

Sin duda, esta novedad ya reorganizada –o reorganizándose– semánticamente obliga, a su vez, a los órganos del Estado no tan permeados por la novedad a re-organizar *la episteme* desde la cual “conocer” y “lidiar con” esta suerte de “crónica de una muerte anunciada” en la sociedad española de fin de siglo. Aquí nos abocaremos al estudio de este proceso –de *institucionalización*<sup>3</sup>– en el Congreso de los Diputados, en el período comprendido entre 2000 y 2007. No obstante, cabe destacar que las diligencias ante el Congreso de los Diputados marcharon paralelas a las denuncias ante el comisionado de derechos humanos y ante la comisión de desapariciones forzadas (ONU), que lograron respuestas de presión sobre el estado español.<sup>4</sup> Lo propio sucediera en la Comisión Europea en 2005, dando

---

<sup>1</sup> Nos referimos a la detención de Augusto Pinochet en Londres, en 1998, a instancias del juez Baltazar Garzón, como parte de la querrela a Chile y Argentina, por la Audiencia Nacional.

<sup>2</sup> Este concepto se emplea en psicoanálisis para expresar la distorsión que se genera en los procesos constitutivos de la identidad, “que el alter no confirme tu existencia”. Es decir, parte de una teoría de la identidad que la considera como el resultado de una doble constitución entre *alter* y *ego* –*confirmo que confirmas que estoy aquí, y al hacerlo yo también lo confirmo*–; por ejemplo, en la teoría de George Herbert Mead sobre el significado, *el gesto en el gesto del otro crea el significado*. Se trata, entonces, del efecto de no confirmación del gesto en el gesto del otro en la identificación de las personas. Véase Mead (1973).

<sup>3</sup> Por medio de este concepto queremos describir el proceso mediante el cual, al interior de un sistema, se produce una nueva codificación de algún elemento de su entorno. En el sentido de la sociología más clásica, es el proceso mediante el cual una externalidad es objetivada por los diversos escenarios sociales donde se llevan a cabo legítimamente. Por ejemplo, en los medios de comunicación. En el sentido clásico de Durkheim, se trata de lo que estamos hablando, del proceso mediante el cual un hecho social se hace visible en la sociedad, haciéndose visible en su derecho.

<sup>4</sup> Nuestro trabajo se aboca a la captura semántica de esta memoria en el estado español. Sobre la captura que hace de esta realidad la perspectiva de los derechos humanos y de la justicia internacional, puede consultarse el informe del Equipo Nizkor: “El Sistema de la Impunidad en España”.

como resultado una condena al régimen franquista por parte de esta institución.<sup>1</sup> Sumada esta condena al incesante sobreseimiento de las causas judiciales del franquismo en los tribunales locales, las asociaciones de recuperación de la memoria histórica se cargarían de razones morales y jurídicas para la presentación de las denuncias ante la Audiencia Nacional en 2006 y ante el Tribunal Supremo de Argentina en 2012.<sup>2</sup>

Si atendemos al propio discurso de “retorno” de “este pasado”, debemos tener claro que se trata de la “crónica de una muerte anunciada”, como decíamos, un enano que creció durante la transición y se hizo adulto en la democracia. Se coló por las rendijas de este proceso inacabado, dando luces sobre dónde empezar a buscarlo. Como bien relata Alberto Medina en su obra, la simulación de la concordia era casi tan perfecta que lo pequeño no parecía importar, de hecho no existía a los ojos de una escena preocupada por las formas, por no desagradar. Lo dejado por fuera del consenso, que no era poco sino mucho, tarde o temprano clamaría su lugar en los dispositivos de objetivación y lectura de la sociedad.<sup>3</sup>

Aquello que no se esperaba, sospechamos, es el cambio de discurso: *aquellos que se sintieron protagonistas de la transición, por haber sido represaliados del franquismo, no podían creer que hubiese quienes, también represaliados pero sin ser protagonistas, pudiesen autodenominarse víctimas...* Así, pues, el inevitable retorno del “pasado no

---

<sup>1</sup> Esta se produjo no sin incomodidades por parte del representante del Partido Popular, Jaime Mayor Orejas, quien contó con un aliado inesperado, el representante de Polonia, que loó al régimen franquista en su lucha contra el comunismo. A este representante le censuraron el discurso por considerarlo fascista. La condena se produjo y Mayor Oreja salió airoso. Él no era partidario de la condena...

<sup>2</sup> La primera es la presentada en 2006, que demandaba tutela judicial para conocer el paradero de sus familiares, presuntamente enterrados en fosas, y para esclarecer las razones de su muerte. Véase, por ejemplo, Auto de 16 de Octubre de 2008. La segunda se corresponde con la querrela presentada por dichas asociaciones en 2012, en el Tribunal Supremo de Argentina. Esta estuvo motivada, de hecho, por el fallo que estudiamos en el capítulo anterior, en el cual se sienta jurisprudencia, oficiosamente, sobre la imposibilidad para investigar causas sobre hechos acaecidos durante el franquismo o la guerra civil.

<sup>3</sup> Hablamos, en este sentido, de los mecanismos mediante los cuales se objetiva y hace visible a los ojos de todos un comportamiento o costumbre. Desde un punto de vista de teoría de sistemas, se trataría de aquellos focos de reflexión de la sociedad, las leyes, el congreso, los medios de comunicación. Hablamos, sin más, del reconocimiento o conocimiento reflexivo de la sociedad.

resuelto” que anunciaba sin más la socavación de los cimientos del poder que sostenía el silencio de la reconciliación, que invadieron por indignación o por contagio los espacios públicos de opinión y decisión de aquel presente político español de cambio de siglo.

Las alertas encendidas ante esta amenaza dieron sus frutos en sendas respuestas de captura semántica de la *recuperación de la memoria histórica*, aquellas emprendidas en el Poder Judicial y en el Parlamento.

La primera, como hemos visto en el capítulo anterior, evidencia a *la impunidad* como dispositivo de relación con ese pasado, naturalizado hasta hace poco y virtualizado por el propio movimiento de recuperación en sus distintas fases. El último episodio de esta virtualización, que en nuestra opinión hace que no se sostenga por más tiempo, lo tenemos en la negativa del Gobierno a acatar la orden de Interpol de apresar a 12 ex miembros del último gobierno franquista. Los argumentos esgrimidos por el Ministro de Justicia ya sonaban a mera arbitrariedad, y cuando esto sucede en el terreno de las decisiones políticas ya puede decretarse la caducidad de su legitimidad:<sup>1</sup> “No tenemos por qué entregarlos porque se les acusa de unos crímenes ya prescritos en España...”.

La otra captura, de hecho emprendida en el Congreso unos años antes del juicio a Baltazar Garzón<sup>2</sup>, nos conduce en este apartado a un nuevo descubrimiento: todo lo emprendido por el Estado que suene a *reparación*, al menos aquello emanado del Congreso desde 1975 hasta nuestros días, se concibe –*stricto sensu*– como *medidas de gracia*. Esto es, el punto de vista de ese espíritu que anida en las leyes y que es, en última instancia, el que mientras codifica echa a andar los procesos administrativos en un sentido o en otro, sólo permitiendo la codificación de las medidas como “graciablemente por el legislador” y no como derechos.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> En el sentido de Max Weber, la autoridad se basa en la credibilidad, básicamente. Un gobierno que debe sacar la fuerza a la calle para hacer cumplir las leyes, es un gobierno débil, sin autoridad.

<sup>2</sup> En el capítulo anterior, trabajamos fundamentalmente la sentencia absolutoria del juicio por prevaricación, que se hiciera a Baltazar Garzón en el Tribunal Supremo en enero de 2012. La causa era la redacción de un auto en el cual declaraba a la Audiencia Nacional para conocer los crímenes del franquismo.

<sup>3</sup> En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede leerse lo siguiente: “Aunque legalmente vengan denominadas como ‘indemnizaciones’, estas prestaciones, a cargo de los Presupuestos públicos, no pueden

Este descubrimiento, nos permite asistir en este capítulo a la comparación entre *la semántica de la transición (reconciliación y silencio)* y *la semántica de la memoria (memoria, reconocimiento, víctimas)* en torno a una primera función que las hace equivalente –para repetirlo, la Gracia del Estado. A partir de aquí, entonces, la conjetura sobre la continuidad y sobre su contrapartida –lo impune–, pueden revelarse interesantes como punto de partida para una nueva teorización sobre las políticas de memoria.

En este subapartado, por tanto, prepararemos el camino, presentando la comparación entre ambas semánticas, *reconciliación y memoria*, sobre sus objetos, tiempos y sujetos, planteándose al final una hipótesis de llegada y de partida: ¿con qué funciona la gracia?

### *2.1. La semántica de la reconciliación y sus objetos políticos: silencio, futuro, combatientes y viudas*

En aquella ocasión, cuando el conjunto de los partidos políticos que integraban la VII Legislatura en el Congreso de los Diputados pactaron y votaron unánimemente la Enmienda Transaccional, el debate se inició con las siguientes palabras del diputado Alcaraz Masats:

---

calificarse técnicamente de resarcimiento de daños por un funcionamiento anormal de la Administración Pública, de la Justicia o por un error judicial (art. 121 C.E.). Son, más bien, prestaciones establecidas graciamente por el legislador, de acuerdo a una decisión política que, como sugiere el Abogado del Estado, ha de relacionarse con la legislación sobre amnistía, pese al distinto sentido de una y otra normativa. Así como la amnistía eliminó la responsabilidad y los efectos penales y, en general, sancionatorios por la comisión de ilícitos de intencionalidad política (SSTC 122/1984, 76/1986 y 147/1986, entre otras), la regulación ahora en cuestión no pretende ya remover las consecuencias jurídicas de la condena o de la sanción sino compensar en alguna medida perjuicios que se derivaron de una privación de libertad, durante determinado tiempo, por hechos de aquella intencionalidad. Ya la STC 76/1986 se ha referido a la legitimidad del reconocimiento de derechos económicos que responden a una voluntad de reparar en lo posible las consecuencias que para muchos ciudadanos tuvo la Guerra Civil y las situaciones de desventaja y los perjuicios ocasionados por esa tragedia, facilitando la plena reincorporación social de los que durante muchos años se mantuvieron fieles a unas ideas y a unos compromisos, que el nuevo orden constitucional ha podido acoger y garantizar (STC 76/1986, fundamento jurídico 2º).” STC 361/1993, de 3 de diciembre. (BOE, nº 311, Suplemento, p. 71).



Señor presidente, el silencio es uno de los poderes más fuertes porque parece que nadie lo ejerce. Yo creo que hoy aquí, 20 de noviembre, que conmemoramos también la muerte del señor Franco, un dictador, vamos a hacer entre todos un ejercicio de memoria, de intentar recuperar si no una memoria unánime, que sería importante, sí una memoria respetable para todos, una memoria que nos permita un edificio mucho más habitable... (DS, 2002, n° 625, p. 20502).

Aquello que resulta, entonces, de la irrupción del discurso de la recuperación de la memoria histórica en el Congreso de los Diputados es, en principio, una amenaza de socavación de los cimientos de la *dominación ejercida por el silencio* a instancias de una nueva narración sobre el pasado. Más adelante observamos en esta misma intervención que, en realidad, aquello que se llama “silencio” se parece más a la necesidad tácita de olvido: “...Sin embargo, aquí parecía como si la transición hubiese pactado –cosa que no conocemos, no está firmado por nadie– el olvido de toda esta gente...”<sup>1</sup>. Digamos, pues, que el silencio constituye una actitud, una consecuencia y un modo de relación con ese pasado que se genera, consciente o inconscientemente, a partir de la generación de un espacio común desde donde recordar.<sup>2</sup> Se trataba, pues, del *espacio reconciliado*, “suerte de prolongación –con otras formas– del campo de batalla y de las trincheras de la guerra civil”, tal vez evocando la inversión que hace Michel Foucault respecto a la concepción de política de Clausewitz.<sup>3</sup> En este naciente Congreso se autogenera un régimen del recuerdo que, tal como dice el diputado Alcaraz 30 años después, se impone el silencio y la necesidad tácita de olvido, ambas en priorización de las formas y del naciente tiempo de la transición. El futuro.

La fascinación por el futuro que animara la transición, de hecho, era compartida por propios y ajenos, podría decirse incluso que es esta suerte de anonadamiento por el futuro

---

<sup>1</sup> Prosigue el diputado Alcaraz Masats, representante del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, “sobre el reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que padecieron la represión del régimen franquista por defender la libertad y por profesar convicciones democráticas”. (DS, 2002, n° 625, p. 20502).

<sup>2</sup> En *La memoria colectiva*, Maurice Halbwachs nos enseña la relación entre el recuerdo y el espacio, constituyendo este último uno de los marcos de la memoria (Halbwachs, 2004).

<sup>3</sup> “La guerra es la continuación de la política por otros medios”, a lo que Foucault contesta: la política es la continuación de la guerra por otros medios.

deseado aquello que verdaderamente define al proceso transicional en España.<sup>1</sup> La declaración en la televisión de Arias Navarro, en su famoso discurso de compromiso ante las cortes españolas en junio de 1974, sirve para visualizar cómo la vivencia del futuro era aplastante:

Si me dejase ganar por la tentación de la comodidad sin interponer el dique de la reflexión, me resultaría fácil alejar de mi pensamiento la preocupación por el futuro, instalarme e instalar la política del Gobierno en el ámbito estricto del presente señoreado por el magisterio, la autoridad y la seguridad del Caudillo. Mi conciencia no me permite tal actitud. El pulso de la realidad y el deber de la previsión me dicen que precisamente ahora debemos servir la causa de hacer transitable el paso desde un régimen personal y fundacional a un régimen objetivado e institucional desde una legitimidad carismática a una legitimidad racional, desde el protagonismo político de Franco al protagonismo del pueblo español vertebrado en el entramado jurídico de nuestras instituciones y culminado por la Monarquía, tan dignamente titularizada (Arias Navarro, 2006).

Se trataba, sin duda, de una crónica de desbordamiento y de la pérdida de control de la población, también de una necesidad de anticiparse a lo venidero para controlarlo por otros medios. Podría decirse que así renació el tiempo en el sistema político español de los últimos 25 años del siglo XX.<sup>2</sup>

Los dos grandes actos de refundación del estado español vividos en ese Congreso, a saber, la aprobación de la Ley de Amnistía en 1977 y la aprobación de la Constitución del 1978, dejan clara la institucionalización de una nueva narración o relato sobre los tiempos presentes que sirvió para determinar, en simultáneo, no sólo la relación con el pasado y el futuro sino, consecuentemente, el espacio de la política y sus objetos y sujetos *relevantes*.<sup>3</sup> Sobre un *metarrelato* del progreso y de la *transición política* –o de cambio de

---

<sup>1</sup> Izquierda Unida reclama este inicio, que es el inicio de la semántica de la reconciliación, en el denominado espíritu del 56. El famoso contubernio.

<sup>2</sup> Puede decirse que, durante 40 años, el tiempo estuvo suspendido en España en una especie de bucle que iba y volvía sobre la guerra civil. La melancolía de la que nos habla Alberto Medina.

<sup>3</sup> Como ya expresábamos en el capítulo anterior, la fijación del tiempo social se produce en relación con una actualización, un relato del presente, que no sólo articula ejes temporales sino también una situación en

régimen político— que marcarían los tiempos presentes, la concordia y la reconciliación se erigen en determinación de la semántica y la gramática política que regiría el momento. Se trataría de la apertura hacia un glorioso futuro, el de la libertad y la democracia, que precisaba no mirar hacia atrás, sobre todo hacia el atrás inmediato, sino recuperar el pasado fundacional de la guerra como una lección que no puede repetirse.

Es un pasado de culpas generalizadas, de unos hermanos que se mataron los unos a los otros y que, consecuentemente, ahora tienen que reconciliarse y aprender a compartir un espacio común. Y con buenas formas. He aquí, entonces, el marco donde anidaron las medidas de supuesta reparación que se implantaron desde entonces —y como veremos—, lógicamente, en beneficio de las únicas identidades políticas reconocibles por el vocablo “reconciliación”. Porque, ¿quiénes se reconcilian si no los que se pelearon? Los combatientes y sus viudas. Esto es, 40 años después, se asumían intactos los actores de la *Gran Guerra de España* que debían igualarse, tal vez como el discurso mismo de la equidistancia lo requería.

Sin embargo —y esto sobre todo en relación al presente desde dónde escribimos este trabajo— es interesante advertir que en aquel Congreso se generó “el olvido político” como una de esas formas de la concordia, pero también se entendió como un acto progresista, incluso revolucionario como sostienen algunos historiadores (Molinero, 2010; Paloma Aguilar, 2011), argumentando que la dominación franquista, precisamente, se basó en una política del recuerdo de la guerra civil y de honrar la memoria de los caídos del bando nacional (Rodrigo, 2003). En general, de esta suerte, deliberada o no, se generó durante la transición una suerte de división del trabajo narrativo, en la cual la concordia y la reconciliación se ejercían a modo de olvido y de silencio en el Congreso, mientras que en la calle la historiografía se erigió representante de la verdad, la otra

---

un espacio, y unos sujetos. Véase: *Sociología del riesgo* (Luhmann, 1998a). El relato, en tanto narrativa del presente, puede asimilarse a la noción “memoria colectiva” en el sentido planteado por Maurice Halbwachs, como una evocación individual interaccionada con referentes no vividos (vividos, escuchados) que ayudan a dotar de sentido o a resignificar la experiencia propia. Este relato sería entonces la reconciliación, y la cuestión que debate el capítulo es averiguar si hemos salido de este relato o si las políticas implantadas en 2000 sobre la memoria histórica atienden a otro, a lo mejor encubierto o a lo mejor revelado, como es la mismísima “memoria”.

verdad a través de un –en este caso muy útil– derramamiento narrativo.<sup>1</sup> Esta división del trabajo narrativo aún pervive en el imaginario político contemporáneo, actualizándose en las voces que se oponen a la recuperación de la memoria histórica: *tanto en el Congreso de los Diputados como en el Tribunal Supremo, pueden escucharse descalificaciones reticentes a las voces de diputados o jueces que la defienden, tildándoseles de “historiadores pretendidos.”*<sup>2</sup> Esto es, pues, el pasado –y particularmente el franquista– no estaba hecho para ser objeto ni de los diputados ni de los jueces de la transición.

Como decíamos, pues, la concordia y la reconciliación, que gobernarán la actividad legislativa hasta la irrupción de la semántica de la memoria en 2000, permitió legislar en su nombre y por tanto sin escándalos, con un conjunto de medidas de “reparación” e “indemnización” de diferentes “grupos” o “colectivos” de personas que el Congreso entendía como “...adelantos notables hacia el objetivo de una mayor igualdad en el régimen aplicable a los combatientes y víctimas de un signo u otro...”<sup>3</sup>.

La necesidad de superar las diferencias que dividieron a los españoles durante la pasada contienda, cualquiera que fuere el Ejército en que lucharon, hace que sea obligado establecer igual trato a los familiares de aquellos españoles que, habiendo fallecido como consecuencia de la guerra civil 1936-39, no tuviesen aún reconocido el justo derecho a su pensión...

---

<sup>1</sup> la cuantía de textos sobre la guerra civil producidos durante la transición es infinita casi.

<sup>2</sup> Véase el Razonamiento Jurídico Primero de la Sentencia 101/2012 del TSJ.

<sup>3</sup> “Ciertamente, con la restauración de la Monarquía se inicia en España un proceso normativo encaminado a superar las divisiones originadas en la guerra de 1936, que ha cristalizado en una serie de disposiciones que son la Ley de Amnistía, el Decreto 670/1976, de 5 de marzo, por el que se conceden pensiones a los mutilados de guerra que no pueden integrarse en el Cuerpo de Mutilados completado por los Reales Decretos 3.025/1979; el Real Decreto ley 6/1978, de 6 de marzo, por el que se regula la situación de los militares que tomaron parte en la guerra civil; el Real Decreto-ley 35/1978, de 10 de noviembre, por el que se conceden pensiones a los familiares de los españoles fallecidos como consecuencia de la guerra de 1936-39; el Real Decreto-ley 43/1978, de 21 de diciembre, por el que se reconocen beneficios económicos a los que sufrieron lesiones y mutilaciones en la guerra civil española y el Real Decreto 40/1978, de 21 de diciembre, por el que se regulan las pensiones de mutilación de los militares profesionales no integrados en el Cuerpo de Caballeros Mutilados.” (BOCG B - 011-II 24071979)

Es curioso como el pasado franquista no se concibe como pasado, se le ignora enraizándose al presente en aquella época, la pasada contienda, y definiéndose a este presente como “la Monarquía”, que comienza a contar desde el momento de su “Restauración”. Así prosiguieron los actos narrativos sobre el tiempo político en España, a través de la proposición, debate y aprobación de más indemnizaciones, obteniéndose pequeñas variaciones en cuanto a la definición del sí mismo y a los alcances de la medida en una proyección espacio temporal. Un año más tarde:

Con la restauración de la Monarquía Constitucional se inicia en España un proceso normativo que ha cristalizado en una serie de disposiciones de las que las más importantes son la Ley cuarenta y seis/mil novecientos setenta y siete, de Amnistía (...) En consecuencia, por la presente Ley se amplían los beneficios concedidos por los Reales Decretos-leyes cuarenta y tres/mil novecientos setenta y ocho y cuarenta y seis/mil novecientos setenta y ocho, y al hacerlo se ha considerado que era obligación inexcusable del legislador prestar atención a los legítimos derechos individuales de todos los ciudadanos, hombres o mujeres combatientes o civiles, que sufrieron mutilaciones como consecuencia de la guerra, y simultáneamente contemplar el interés de la sociedad global, el bien común de la misma, que exige recompensar especialmente al mutilado de guerra y a continuación al que lo fue por razón del servicio. (BOE, nº 165, Exposición de Motivos)

Después pasó lo mismo en 1980, 1981, 1984, 1990, esta última de gran polémica en el constitucional, pero sin modificaciones en lo concerniente a nuestro planteamiento.<sup>1</sup> Una semántica del tiempo nuevo moldeaba el pasado y el futuro en razón de este último, hasta que la propia semántica cambia con el advenimiento de la memoria, o es lo que se piensa: ¿sigue vigente la transición en el régimen del recuerdo que se instaurase en el Congreso a partir de 2000?

## *2.2. La memoria instituida y la renovación de la excepción: personas que padecieron, mas no víctimas*

---

<sup>1</sup> Un listado completo y exhaustivo sobre estas medidas puede verse en el Informe de la Comisión Interministerial (Ministerio Presidencia, 2004).

En atención a la perspectiva del Congreso de los Diputados, podría decirse que el punto de inflexión entre las dos semánticas vino marcado por aquella Comisión y aquel documento en el cual TODOS creyeron o hicieron creer que condenaban unánimemente al franquismo. La composición de la enmienda, como ya sugeríamos, viene a delimitar hasta dónde está dispuesto a llegar el Estado con este asunto, es decir, a fijar los límites ya fijados en la transición;<sup>1</sup> marcando definitivamente la posición de algunos partidos políticos que nunca más en lo venidero accederían a volver a hablar de la *memoria histórica* o de la *condena al franquismo* en el Congreso de los Diputados, argumentando que en este documento ya habían expresado todos sus pareceres al respecto.

No obstante, cabe decir que tal enmienda es genérica y no aclara específicamente que se trate de una condena expresa al franquismo. Sin embargo, y esto es una de las cosas más interesantes, cuando se invoca esta enmienda transaccional se hace en nombre de la condena al franquismo que se supone suscribe, y no de la circunstancia que queremos resaltar, que es que a través de ésta, por decirlo de una manera hosca, el Estado “le mostró los dientes” a las asociaciones de familiares y afectados por el franquismo. Lo hace primero en la Exposición de Motivos al invocar una y otra vez la Ley de Amnistía, y después en su articulado, cuando advierte sobre el espíritu de concordia y la constitución del 1978 y, sobre todo, cuando “previene” que ese pasado no iba a regresar para “reavivar el conflicto” sino para ser reconocido en su esfera familiar e individual. Es decir, hubo que mostrar los límites que demarcan hasta dónde el Estado estaría dispuesto a llegar con este asunto.

Es por tal razón, que estos mismos elementos se vuelven a invocar en la Exposición de Motivos de la Ley 52/2007 (o Ley de Memoria Histórica) y, por supuesto, en la Declaración del Año 2006 como Año de la Memoria Histórica. En el caso de la primera, que podríamos afirmar que es la visión más acabada de esta posición, la invocación del Pacto de Concordia y de la Constitución del 1978, marcha cónsona al reconocimiento por

---

<sup>1</sup> La enmienda prosigue de la siguiente manera: “...Cuarto. El Congreso de los Diputados insta al Gobierno para que desarrolle, de manera urgente, una política integral de reconocimiento y de acción protectora económica y social de los exiliados de la Guerra Civil, así como de los llamados niños de la guerra, que incluya la recuperación, en su caso, de la nacionalidad española y su extensión a sus descendientes directos, con conocimiento del derecho de voto” (CD/DS/CC 20/11/2002) (el subrayado es nuestro)

parte de la ley del carácter injusto del pasado y del reconocimiento del derecho a la memoria individual como derecho de ciudadanía. Es decir, por un lado, la ley RECONOCE a la memoria como un derecho individual, subjetivo y moral, y por el otro, invoca al espíritu de concordia y a la constitución de 1978 en tanto límites infranqueables de este concepto de memoria.

Para las instituciones del Estado –como después se dejará más claro en el juicio a Baltasar Garzón– la memoria que puede asumir el estado español es una memoria apenas adjetiva, que nada más puede atenderse en el plano moral en tanto demanda de un “ser nombrado”, incluso nombrado por primera vez de manera digna; no obstante, es una memoria que no genera efectos penales que son, precisamente, parte de las reivindicaciones de las AMH y que, por lo contrario, genera todo tipo de salvedades.

Ciertamente, no fueron procesos parlamentarios unánimes aquellos que precedieron la aprobación de las distintas proposiciones que hemos mencionado, haciendo que lógicamente la *memoria institucionalizada* difiera tanto de la significación que le otorgan las asociaciones de víctimas del franquismo (a través de sus crecientes catálogos de reivindicaciones) como de los significados en disputa en el finisecular debate académico sobre la memoria.<sup>1</sup>

Digamos, para resumir, que mientras las asociaciones de recuperación de la memoria histórica se han hecho cada vez más con los principios de verdad, justicia y reparación (a través de instrumentos de la justicia internacional), la filosofía política y las ciencias sociales en general (entre éstas la historiografía) definen, reclaman y otorgan legitimidad a la experiencia individual y al relato de esa experiencia como verdades generadas en un mundo socialmente producido. Debido a su propia experiencia a través de escenarios de acción diferenciados, este relato ya no admite construcciones unívocas sobre su propio pasado y, abriendo el espacio a las experiencias individuales de cada ámbito, se erige como la versión legítima de ese contexto social, justamente por estar producida por este

---

<sup>1</sup> Llamaremos *proceso de captura semántica y/o sobrecodificación de la realidad* a este proceso del nombrar legislativo consistente en emplear los mismos términos de las reivindicaciones ciudadanas y resignificarlas en función del lenguaje parlamentario, de su historia y de las lógicas de poder internas (bipartidismo en este caso).

mismo. En este sentido, *la memoria o, mejor dicho, “las memorias” constituyen esos relatos relativos a un contexto social que, al ser dialógica, es decir, relativa a un interlocutor, también devienen ellas mismas una acción social* (Vázquez, 2001).

La Ley de Memoria Histórica, por ejemplo, si bien se centra en el reconocimiento de la memoria individual como proceso histórico, no le otorga la legitimidad suficiente para transformar estas memorias en verdaderas fuentes de constatación y determinación de los hechos del pasado (fuentes de verdad); no se les reconoce tampoco y por esta misma razón como el fruto de las actuaciones socialmente producidas de un régimen político que significó al estado español durante cuarenta años, de forma tal que de este reconocimiento se desprendieran efectos jurídicos claros, orientados hacia la realización de los mencionados principios invocados por las AMH (verdad, justicia y reparación).<sup>1</sup> La Exposición de Motivos de esta ley, en este sentido, ya deja claro los escuetos alcances jurídicos y cognitivos de la legislación, rechazando cualquier insinuación de investigación o establecimiento de comisiones de la verdad para investigar formalmente los hechos.

Como ya citamos más arriba, en la Exposición de Motivos de La Ley de Memoria Histórica puede leerse: “...No es tarea del legislador implantar una determinada memoria colectiva. Pero sí es deber del legislador, y cometido de la ley, reparar a las víctimas, consagrar y proteger, con el máximo vigor normativo, el derecho a la memoria personal y familiar como expresión de plena ciudadanía...”. La memoria quedaría así institucionalizada en el Congreso como lo que empezó siendo en el 2006, a saber, el reconocimiento de derechos individuales a unas personas individuales que tuvieron experiencias individuales sobre hechos individuales causados por personas individuales, con sus consabidas consecuencias individuales (“únicas posibles” o las más fáciles) en la transición y la democracia española.

---

<sup>1</sup> Una de las maneras mediante las cuales la ley estipula operacionalizar el derecho a la memoria individual y familiar es a través de la expedición de un documento que acredite a la persona a ser reparada, documento éste que, sin embargo, “...no constituirá título para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado ni de cualquier Administración Pública, ni dará lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional...”. Artículo 4. Declaración de reparación y reconocimiento personal. Núm. 1 y 5. (BOE, nº 310, p. 53411).



### *2.3. La cuestión de la “gracia” y la política criminal.*

Desde la mismísima muerte del Dictador en 1975 hasta la Ley de Memoria Histórica, lo único que se ha atrevido a hacer el gobierno de España a través de su órgano legislativo es invocar la “reparación” a las personas afectadas por el régimen franquista o la guerra civil. No se ha atrevido ni a darles el estatuto de víctimas como sí lo hizo con las del terrorismo, y mucho menos a reconocer, como órgano de estado que es, la responsabilidad del estado español por los hechos del pasado, o tan siquiera la responsabilidad del Presente Estado tanto con sus ciudadanos como con sus deberes con el derecho internacional, entre éstos los mandatos de la ONU precisamente sobre verdad, justicia y reparación.

Digamos, entonces, que la Ley de Memoria Histórica es una versión perfeccionada de las distintas normativas sobre indemnización económica que se han venido sucediendo a lo largo de la democracia, sólo que tiene el agravante de haberse expuesto una narrativa de la memoria y de la condena al pasado, aspecto que no sucedía antes de 2002, y sobre todo, porque es una ley que regula y organiza, o bueno, pretende hacerlo, el proceso de recogida de la evidencia del pasado: las exhumaciones. Digamos que es a éstas a las cuales remite el derecho individual de las personas a su memoria: tienen derecho a recuperar el cadáver de sus familiares. Probablemente, esto haya sido el detonante del gran revuelo mediático de esta ley, revuelo que, como veremos más adelante, en nuestro parecer obnubiló el verdadero drama del estado español en relación con este tema.

Sospechamos, pues, que al considerar esta Ley un gran apartado al tema de las exhumaciones, que en cierto modo es lo que ha inspirado la organización inicial de los familiares de desaparecidos durante la guerra civil y el franquismo, y al asociarse este proceso al derecho a la memoria, es posible que se generara un silogismo deductivo en el inconsciente colectivo de la opinión pública. Tengamos en cuenta que, puesto que los enterrados en el Valle de los Caídos son en su mayoría del Bando Nacional, con cada exhumación autorizada se inculpa al Estado que a través de la Ley se autoinculpa.

Pero la Ley tampoco establece que este sea un derecho que garantizará el Estado como parte de su política pública. En cambio sí menciona, que su deber es educar y abrir los

archivos para que una situación así nunca se repita. Las exhumaciones no se entienden como una investigación judicial orientada a hacer un levantamiento de campo, una investigación sobre lo sucedido. Tampoco como la intención de enterrar los muertos, de tener control demográfico sobre las natalidades y mortalidades, por decirlo así, de ese Estado. No. Tampoco se asume el dato implícito de que hay muertos bajo tierra como una responsabilidad del Estado. Las exhumaciones se asumen como un derecho de los ciudadanos a saber dónde están sus muertos y a enterrarlos, y a quienes el Estado ayudará con algunos recursos, pero que antes deberán organizarse en asociaciones para demandar dichas exhumaciones, y tal y cual...

En fin, entendemos que esta Ley “emula” los principios de “verdad”, “justicia” y “reparación” en un ejercicio de captura semántica que los transforma en una ley que: *a)* da credibilidad a los relatos individuales y les otorga el derecho a la existencia; *b)* reconoce que la procedencia de estos relatos tuvo que ver con la experiencia en situación de desventaja de las personas que padecieron tales hechos; *c)* que esto les hace acreedores o bien de un entierro digno o bien de un permiso para exhumar a esas personas familiares que padecieron de esos hechos; *d)* que esas personas de narración legitimada pueden acreditar su experiencia para que el Ministerio de Justicia le expida un certificado de reparación sin efectos jurídicos (este sería el apartado de *justicia*, digamos); *e)* también se declaran y derogan ciertas decisiones del franquismo como ilegítimas; *f)* se disponen más compensaciones económicas a quienes hayan quedado por fuera de las leyes anteriores.

La invocación de la *memoria histórica* vino así a embellecer y a cargar de supuesta *democracia* a la engañosa nómina de prestaciones económicas que, bajo los nombres de indemnizaciones y reparaciones, se han adjudicado a personas individuales bajo supuestos de experiencias comunes. La jurisprudencia del Tribunal constitucional ya estableció en el año 1981 el único estatus posible a estas acciones. ¡Medidas de gracia! ¡Medidas de gracia! Dada la legislación vigente, el estado español sólo puede emprender medidas de gracia si quiere beneficiar a unos ciudadanos cuya experiencia durante el franquismo no les permite gozar de la condición de sujetos políticos, menos aún de agraviados o víctimas. Estos epítetos sólo maquillan –y pocas veces– la retórica o las exposiciones de motivos de las medidas de gracia, pero no constituyen ninguna sustancia dentro del ordenamiento jurídico español.

Según la Ley de Amnistía de 1977 los crímenes del franquismo quedaron amnistiados, y si no hubo crímenes no puede haber reparación, tampoco victimarios y menos aun víctimas del franquismo. A la única categoría de sujeto que la semántica de la memoria histórica del Congreso permite aspirar es a la condición de *ciudadanía*, en la cual ya se sabe que todos somos iguales, como en el pasaje de Georges Sorel citado por Walter Benjamin: “la ley prohíbe por igual a ricos y pobres dormir debajo de un puente” (Benjamin, 1998).

¿Cuál es el problema de España con su pasado dictatorial como para no poder haberlo derogado, declarado ilegal, juzgado penalmente, en vez promover reconocimientos morales sin consecuencias penales de ningún tipo?, ¿por qué incluso el Congreso de los Diputados de España condena al nazismo cuantas veces se lo pidan y no es capaz de condenar al franquismo de una manera directa y abierta y no a través de subterfugios como en 2002?<sup>1</sup>

Aunque no sabemos cuál hubiese sido el destino de la Ley de Memoria Histórica, si otras hubiesen sido las condiciones, sí que podemos realizar un ejercicio pragmático en el cual, tanto en el pasado inmediato de esta ley como en su futuro próximo, se nos dieran las claves exactas de su institucionalización.<sup>2</sup> Justo en su pasado, aquella famosa Comisión Constitucional y aquella otra famosa Comisión Interministerial, tuvieron en sus manos la posibilidad de derogar la penalidad franquista y la rechazaron. Mientras la proposición de ley de anulación de los juicios franquistas ni siquiera fue admitida para su discusión, la posibilidad de decretar al Estado co-responsable por estos crímenes a consecuencia de una derogación similar fue rechazada en silencio –a voces. En su futuro inmediato próximo, cuatro años más tarde, el Congreso se negó a debatir la iniciativa de Esquerza Republicana y del Grupo Mixto para derogar la Ley de Amnistía.

---

<sup>1</sup> Aquella condena de 2002 estaba confundida con un conjunto de instancias y en el párrafo concreto en el cual se supone se condena este pasado, en realidad no se menciona al franquismo. Se habla de un pasado (sabrán dios cuándo) y se condena la violencia en general, el totalitarismo en general, la dictadura en general.

<sup>2</sup> En el punto anterior hemos advertido sobre el reduccionismo de la noción de memoria a un ámbito familiar y personal, en contraposición a una memoria colectiva de construcción estatal.

En 2013, también sin éxito y como una especie de volver a comenzar, el Congreso rechazó una empresa de condena explícita al régimen franquista. En todos estos documentos se invocan los mismos argumentos, con cada vez mayor dificultad de credibilidad. No reavivar viejas heridas, no romper los pactos de la transición. Las leyes que nos hemos dado...

Desde el punto de vista de esta problemática, el estado español permanece en clave de excepción, como si del apogeo de la transición española se tratase. Tal como hemos visto, la Ley de Memoria Histórica se erige dentro de los marcos del Pacto de Concordia y reconciliación, a pesar de que se tilde a Rodríguez Zapatero de haberlo roto. En el terreno de las formas, ciertamente, cual es una de las dimensiones de la concordia, hablar del franquismo y hacerlo en atención a la nueva categoría de sujeto, en nombre de las víctimas, supone un cambio muy importante respecto a la lectura de la equidistancia y de los protagonistas. No obstante, como hemos visto también, el estatus legal de estas medidas sólo consigue ser, como dice la sentencia del Constitucional, graciable por el Congreso de los Diputados (Ministerio Presidencia, 2004).

En palabras de Javier Chinchón Álvarez, los esfuerzos emprendidos por el Estado a través de estas medidas de gracia, y su reproducción en la aprobación de la Ley de Memoria Histórica, constituyen un viaje a ninguna parte. Un conjunto de políticas sin efectos transformadores de una realidad política que sucede a la anterior, y en la cual la gramática de sus actores se conserva intacta. Este es el drama, y este es el indicador de la existencia de una racionalidad del sistema que prima por encima de las conciencias individuales.

Frente a la cuestión fundamental de esta investigación –por qué las demandas de ilegalización y castigo no encuentran resonancia en las instituciones democráticas– la respuesta atiende, en primera instancia, a un ethos de conservación del Estado. En el capítulo anterior ya vimos los indicadores de esta continuidad en la defensa de los principios de seguridad jurídica, como principio rector de la continuidad, que se consagra en el artículo 9 de la Constitución. Una jurisprudencia del Constitucional confirma a su vez que la legalidad atiende al principio de *continuidad jurídica*. Esta es la autorreferencia del derecho que sólo atiende a sus propias operaciones. Según la jurisprudencia, según la ley... en el terreno estrictamente político, la racionalidad de la

Gracia y la impunidad debe tener que ver, entonces, con la autorreferencia del sistema de la política en su producción de decisiones vinculantes.

Es aquí, entonces, cuando el debate sobre la racionalidad entre Jürgen Habermas y Niklas Luhmann nos da pistas sobre este entramado: si la comunidad racional de habla marcara la racionalidad del sistema, tuviera que aceptarse que la conservación de los pactos de la transición, en especial el de la concordia, al ser invocado nuevamente por esta Ley, le imprime su absoluta legitimidad. Si hay fisuras en el sistema por esta causa, significa que las normas procedimentales de la comunidad ideal de habla no se han observado. Aquí, pues, las críticas al sistema democrático.

Sin embargo, en opinión de Luhmann, la racionalidad de los sistemas tiene que ver con su propia mecánica vital: producción de decisiones en un entorno más complejo, necesidad de reducir dicha complejidad como necesidad vital, diferenciación funcional como modo de esa reducción/especialización. De hecho, esto último lo que hemos venido trabajando como captura en el congreso de los diputados (Luhmann, 1998b).

### **3. La conservación es la gracia del estado**

El resguardo de un secreto es lo que alcanzan a decirnos las medidas de supuesta reparación emprendidas por el estado español desde 1978 hasta nuestros días. En su trasfondo, pues, una Ley de Amnistía y en su verdad, ser medidas de Gracia subsiguientes, como lo es la misma Ley. He aquí el secreto, entonces, que el pasado franquista no puede ser codificado por el Estado como un pasado criminal –y, en consecuencia, las denominadas “víctimas del franquismo” pueden y no pueden existir como tales en el seno de la sociedad española.

La cuestión ahora es elaborar teóricamente la premisa sobre la contribución de este olvido a la reproducción del sistema y elaborar la conjetura sobre su equivalencia funcional con otras medidas también relativas a la excepción. En los apartados anteriores, vimos a su vez cómo el consenso sobre la reconciliación se activa –o aún necesita activarse– como mecanismo de trazado de límite, retornando al silencio los 40 años de represión franquista. Este límite, de hecho, hubo de trazarse justo por ese lugar en aquel congreso

de 2007, con objeto de desbloquear las negociaciones sobre la Ley de Memoria Histórica.<sup>1</sup>

La actualización de este consenso, sin embargo, se realiza en un Congreso que, desde 1999, se dispuso a reconocer explícitamente las víctimas del terrorismo y, a nuestros intereses de este momento, a emprender reformas sustantivas en el Código Penal que conducirían, entre otras cosas, al endurecimiento de la pena de prisión.

En el trasfondo de estas medidas, hay dos elementos de suma importancia: *a)* la institucionalización de la “seguridad ciudadana” como dispositivo de convivencia entre los españoles y, por tanto, como discurso de legitimación de medidas excepcionales para garantizarla (Zuloaga, 2001); *b)* la reducción del conflicto vasco en lucha antiterrorista y la elaboración de un nuevo consenso, bipartidista, que daría legitimidad y pie a las medidas de excepción en este ámbito, especialmente las judiciales y penitenciarias.

La doctrina Parot emerge en este contexto de nuevos acuerdos, de nuevos trazados sobre los límites del Estado. Emerge en este marco de tendencia punitiva, que pareciera no haberse afectado negativamente por los atentados del 12 de marzo de 2004, sino al contrario, que es posible advertir como amenaza la cuestión sobre el franquismo. Esto es, sin importar aquello que haya sido en su formulación, las invocaciones presentes que se hacen de la Ley de Amnistía y del Pacto de Concordia y Reconciliación, ya no apuntan hacia aquel futuro glorioso que esperaba a los reconciliados. Hoy en día, estas invocaciones apuntan a una conservación, a un resguardo. Sería un tanto el mismo lugar al que apuntaban los entonces detractores de la Ley de Amnistía, hoy grandes defensores de la misma.

El representante de Alianza Popular puede ocupar el estrado para explicar su voto. El señor CARRO MARTINEZ: Con la venia, señor Presidente. Señoras y señores Diputados, me corresponde el honor de dirigirme a SS. SS. a fin de explicar y justificar el voto discrepante del Grupo Parlamentario al que pertenezco sobre este proyecto de Ley de la amnistía que hoy se somete a la consideración de esta Cámara. Nuestra posición no es triunfalista. Nuestra posición más bien va a representar un

---

<sup>1</sup> Véase al respecto *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, Equipo Nizkor (2004).

humilde voto testimonial que de antemano sabemos muy poco va a valer frente al pacto de los demás Grupos de la Cámara. A pesar de ello, insistimos en nuestro voto de abstención por causas que entendemos justificadas, porque nuestro voto responde a una actitud reflexiva; porque nuestro voto responde a una verdadera preocupación de Estado y porque nuestro voto, sobre todo, responde a un problema de conciencia. Vaya por delante que nuestro Grupo, al igual que todos vosotros, acepta y reconoce la institución de la amnistía porque la amnistía en la medida que responde a ideas de indulgencia, en la medida en que responde a ideas de benignidad y de piedad, es un tema que sintoniza directamente con la sensibilidad generosa de nuestro pueblo y de nuestros corazones. Pero, en cuanto hombres de Estado, hemos de ser conscientes de que la amnistía es una institución de excepción en todo Estado de Derecho. Silvela, el gran político y jurista, afirmaba que la amnistía era la derogación retroactiva de la ley penal. Y esto, señores Diputados, es algo tan extraordinario que en algunas democracias de Occidente hace siglos que no se ayuda de esta institución (rumores) En España, por el contrario, hemos tenido necesidad de utilizar de la amnistía. (CD/DS 14/10/1977)

Es interesante advertir cómo, entonces, la Ley de Amnistía desempeñaba un verdadero papel constituyente, trazando el mapa de los nuevos actores de la política y, en el mismo sentido, dejando por fuera otros.

MARCELINO CAMACHO – Nosotros considerábamos que la pieza capital de esta política de reconciliación nacional tenía que ser la amnistía. ¿Cómo podríamos reconciliarnos los que nos habíamos estado matando los 'unos a los otros, si no borramos ese pasado de una vez para siempre? Para nosotros, tanto como reparación de injusticias cometidas a lo largo de estos cuarenta años de dictadura, la amnistía es una política nacional y democrática, ala única consecuente que puede cerrar ese pasado de guerras civiles y de cruzadas. Queremos abrir la vía a la paz y a la libertad. Queremos cerrar una etapa; queremos abrir otra. Nosotros, precisamente, los comunistas, que tantas heridas tenemos, que tanto hemos sufrido. (CD/DS 14/10/1977)

Ese difícil equilibrio entre intereses de estado e intereses ciudadanos/democráticos, desdibujado casi por completo de la faz de las principales naciones occidentales en nombre de la seguridad, se vio casi siempre inclinado a favor del primero en el caso del régimen del recuerdo implantado desde 1975. La postergación de la construcción democrática en esta materia, por ejemplo, tuvo lugar –en un primer momento– en razón de la vigilancia de las formas de la concordia y la reconciliación, de ahí aquel tono tan neutro y tan equidistante de las leyes de reparación, dirigidas a los combatientes de aquella guerra como si nada en medio hubiese sucedido y como si –ya reza el refrán historiográfico– los españoles se hubiesen vuelto locos y asesinado entre sí. A capricho. (Aguilar, 2008)

En un segundo momento, y he aquí la conjetura, el propio Congreso de los Diputados se encargaría de pactar una nueva excepción para España, una nueva transición que tuviera como fin la entrega de las armas de ETA. Se trataba, como hemos dicho, de la excepción de la seguridad, que se confunde en el imaginario entre la seguridad ciudadana y la lucha antiterrorista. Es interesante apreciar en los discursos de los creadores de esta nueva excepción su resistencia a salir de ésta tras la declaración del fin de las hostilidades.

La tercera excepción la estamos atravesando ahora, con la denominada *crisis económica*, en la que la democracia se posterga nuevamente en nombre de su superación. El secreto bien guardado es, entonces, la defensa del Estado, que es lo único que se conserva a pesar de estas excepciones.

### *Estado, reproducción, función, excepción*

En el espectro de la teoría de Niklas Luhmann, el estado es apenas una autodescripción. Es una *semántica que funciona en su cometido de reducción de complejidad, mas no la colma*.<sup>1</sup> De hecho, otras semánticas pueden coexistir paralelamente a ésta, puesto que la categoría comprensiva de la política es un *sistema* y no una de sus formas. En un sentido general, los sistemas son operaciones, comunicaciones, que sólo atienden al *ethos* de su

---

<sup>1</sup> Puede consultarse, al respecto, *Political Theory in the Welfare State* (Luhmann, 1990), y sobre la reducción de complejidad, *Sistemas sociales, lineamientos para una teoría general* (Luhmann, 1998b).



propia reproducción. De hecho, ni siquiera es un *ethos*, en el sentido weberiano, sino una mecánica reproductiva causada por la diferencia de densidades entre un sistema social y su entorno.

En la teoría social de Niklas Luhmann, entonces, los sistemas son una presuposición, una estructura inferida de la observación de las comunicaciones y que se define por la diferencia con su entorno. El sistema social omnicomprendido de las comunicaciones es la sociedad, siendo su diferenciación interna una consecuencia “evolutiva” de la propia dinámica sistema/ambiente. El devenir de las sociedades modernas, no sólo Luhmann lo plantea, ha dado lugar a la organización de sistemas autónomos abocados a su desempeño. Dicha autonomía se entiende como una diferenciación funcional, que convierte al sistema en autorreferencial, es decir, cerrado operativamente y abierto en su semántica a las relaciones con el entorno. Esta es, pues, la paradoja constitutiva de las comunicaciones con el signo de la política que emplearemos en esta observación.

Según esta doble dimensión que nos ofrece la paradoja, la clausura operativa del sistema construye su propia *legalidad* sobre la base del ritmo y mecánica de su reproducción *autopoietica*, esto es, sobre la relación entre estructuras y procesos autorreferenciales que van emergiendo en su propia reproducción. La muerte de un sistema social no tiene que ver, entonces, con el tipo de acciones que se produzcan sino con el hecho en sí de generar comunicaciones.

Desde el punto de vista del sistema político, por ejemplo, no importa si las decisiones se toman con base en el reglamento o en atención a un régimen de prebendas. Lo único que interesa a su supervivencia es que la decisión tenga lugar. Y para ello, el sistema se provee de todos sus insumos.<sup>1</sup>

En la base de las comunicaciones –prosigue la teoría de Niklas Luhmann– subyace la genuina problemática de los sistemas sociales. Su presentación en el contexto de esta

---

<sup>1</sup> En un trabajo anterior, demostramos esta tesis en el caso de la reproducción del sistema político venezolano, tildado de corrupción endémica. Mostramos que, en ese lugar, esta era la legalidad desarrollada por el sistema y no aquella otra, sólo contenida en las letras de la Constitución, esto es, sin solución de continuidad en la generación de instituciones. Véase *La corrupción, estrategias bajo la sombra* (Maestres, 1998).

investigación, nos permite al mismo tiempo: a) dar con una explicación satisfactoria de la socialidad<sup>1</sup>; y b) una resignificación teórica del olvido, es decir, de la negación de objetos de recuerdo y de la impunidad que pueda vérselas con explicaciones maniqueas o moralistas.

Nuestro empeñamiento es, como el de muchas investigaciones en psicología social, comprender pragmáticamente el olvido, haciéndolo inteligible dentro de un contexto significativo más extenso. En la teoría de Niklas Luhmann, el sistema genera todas las alternativas de la decisión, incluyéndose también aquellas que componen su negación. En sí, la prestación de la función *toma de decisiones colectivamente vinculantes* no tiene preferencias, es decir, ésta puede llevarse a cabo de cualquier manera siempre y cuando se lleve a cabo. Y estos son los verdaderos esfuerzos del sistema, presionar para que se tome una decisión, esto es, romper con la autorreferencia de las alternativas; aquí es donde interviene el orden semántico de los sistemas sociales.

Sobre un manto de alternativas de constitución autorreferencial e igualmente posibles, esto es, dilemáticas *ad infinitum*, interviene el orden semántico del sistema con el objeto de otorgarles cualidad y, por tanto, plausibilidad. De hecho, les otorga probabilidad y direccionalidad. Entenderemos, entonces, *por orden semántico* a la fenomenología y/o punto de vista *émico* del sistema, a su vivencia del mundo, a su memoria y a la proyección de sus formas significativas.

Como puede verse, las decisiones en el Parlamento necesitan ser tomadas, aquí reside su supervivencia como sistema. ¿Podemos imaginar un parlamento que no decida? Seguramente, dejaría de ser parlamento y se convertiría en otra cosa. Como decíamos, esta mecánica autopoietica del sistema se provee de todos sus insumos para proseguir en su proceso y sin importar mucho, en realidad, cuál de las alternativas de decisión acaba realizándose.

Obsérvese, por ejemplo, las alternativas suscitadas de la propuesta de la diputada socialista sobre la anulación de los juicios sumarísimos del franquismo. El Congreso pudo haber decidido tanto admitirla como no admitirla a trámite, de hecho hizo lo segundo. La decisión

---

<sup>1</sup> Que será nuestro aporte a la psicología social discursiva.

se produjo. Si hubiese sido lo contrario, el Congreso también hubiese sobrevivido como institución. Sin embargo, el orden semántico del sistema, que en realidad se compone de muchos puntos de vista émicos, dada su diferenciación interna, genera una vivencia de las alternativas bastante diferenciada, que normalmente atiende a códigos ideológicos, de cálculo racional, éticos y emocionales. Aquí yace la memoria del sistema, en su sentido más extenso: *el vínculo que establece el presente del sistema con su momento anterior*,<sup>1</sup> pero también, el momento que dirime sobre los objetos preferibles y sobre los sujetos de derecho.

Un orden espiritual, emocional, decide sin falta, decide lo deseado, decide lo valorado. No obstante, no se trata –seguimos con Niklas Luhmann– ni de puntos de vista monolíticos ni dependientes de la voluntad individual. Como ya sugeríamos más arriba, el punto de vista interno atiende a su propia diferenciación, estableciéndose entre sí relaciones sistema-ambiente. En la sociología de Niklas Luhmann, encontramos la posibilidad de atender a dos formas de diferenciación del sistema político: una que tiene que ver con la autodescripción del sistema y la otra, con la diferenciación funcional, es decir, quién desempeña qué y en qué momento.

Por ejemplo, al hablarnos del pensamiento político sobre el *estado de bienestar*, Luhmann nos habla de la “administración”, “el público”, “los políticos”, como tres subsistemas que componen la “verdadera” o “funcional” estructura del sistema político contemporáneo en Europa. Cada uno entre sí interactúa con el otro, generando espacios de intersección: por ejemplo, entre la administración y el público, las políticas; entre el público y los políticos, las encuestas, las elecciones; entre la administración y los políticos, el parlamento. Con todo esto, la cuestión se plantea diferente: ¿cuál es la racionalidad que gobierna las políticas de la memoria contemporáneas y dónde se ubica?

Entre el Congreso y los ciudadanos en regímenes parlamentaristas como el de España, tal vínculo acontece a través de la denominada *opinión pública*. Una suerte de escenario virtual,

---

<sup>1</sup> Desde el punto de vista de la clausura operativa del sistema político, el tiempo sólo es simultáneo. Todo acontece siempre y al mismo tiempo. El sistema siempre es un presente simultáneo que, sin embargo, se temporaliza en su dimensión semántica, dado que se trata del sentido, de la vivencia del mundo bajo esta forma en la producción de comunicaciones. La temporalidad del sistema vincula el presente con el pasado y lo proyecta hacia el futuro. Véase *Sociología del riesgo* (Luhmann, 1998a).

regido por sus propias reglas (audiencia), en el cual se supone un encuentro “interactivo” entre ámbitos de la sociedad.<sup>1</sup>

Dentro de los niveles de observación que distingue la teoría de sistemas, la observación de segundo orden es aquella que nos permite avanzar en nuestra búsqueda. Puesto que hablamos de marcos y racionalidades subyacentes que –como nos enseña Inmanuel Kant en *Crítica de la razón práctica*– se infieren de la costumbre a modo de contornos y relaciones lógicas, la observación de segundo orden nos permite: *a)* comprender las decisiones parlamentarias como una contribución a la reproducción del sistema político español; *b)* como una decisión tomada cuya cualidad depende de las propias estructuras del sistema político/parlamentario español; *c)* como el resultado de una valoración del entorno más relevante del sistema en relación consigo mismo, también dependiente de sus estructura significativas.

Esto es, la observación de segundo orden aplicable al régimen del recuerdo implantado en el Congreso de los Diputados –a través de sus gestos y medidas tomadas desde 1975 hasta 2014–, nos permite inferir que:

- a)* Absolutamente todas las leyes aprobadas desde que se iniciara la transición, incluyendo aquella tan paradójica de Cambio de Régimen Político, forman parte del incesante quehacer reproductivo de un Parlamento Nacional, en tanto órgano legislativo.
- b)* Debe pensarse, asimismo, que la base de estas decisiones es siempre el resultado de una inestabilidad, esto es, la producción de una decisión como, por ejemplo, la Ley de Amnistía, resulta de la disposición previa de las posibilidades contrarias en un *esquema de expectativas*, por tanto, Amnistía o sus contrarios, esto es, Amnistía o criminalización, por un lado. Las decisiones parlamentarias, por tanto, se sostienen sobre una inestabilidad, un ir y venir de concatenaciones que resultan del cálculo y anticipaciones entre las posibles alternativas.<sup>2</sup> Que el otorgamiento de aquella

---

<sup>1</sup> Sistemas que se proveen de su propia legalidad, de su propia semántica, todo esto como condición para su propia apertura. Una perspectiva fenomenológica de la sociedad que, no obstante, admite otros niveles de observación. Véase, al respecto *Sistemas sociales, lineamientos para una teoría general* (Luhmann, 1998b).

<sup>2</sup> Esto describe la problemática fundamental de la teoría de sistemas: *el teorema de la doble contingencia* que, en sí, según Luhmann, no cesa en producir anticipaciones y posibilidades, quedándose anonadado en su mecánica: *ego sabe, que alter sabe que ego sabe*, y a la inversa, *alter sabe que ego sabe que alter sabe*.

amnistía general fuese la única posibilidad que tenía el Congreso de la Transición para comenzar a equilibrar la balanza de los derechos en detrimento de la penalidad recalcada del franquismo, no se sostiene argumental ni queda tan claro.

- c) Sin embargo, la fenomenología parlamentaria suele articularse, a veces inconsciente, bajo una perspectiva de observación de primer orden u observación émica. La semántica que rige las decisiones, otorgándole cualidad y valoración a las alternativas, depende de la memoria del propio sistema en relación con su quehacer y con su entorno –siempre proveedor de sus propios referentes. Un naciente Parlamento que, por la fuerza de los acontecimientos, acabó desempeñando labores constituyentes a pesar de no haber estado estipuladas por la Ley de Cambio de Régimen Político, desarrollaba unas formas novedosas –*las de la concordia*– que le permitía “ver” las cosas de una manera “consensualista”, esto es, siempre pensando en cómo lograr el acuerdo del contrario –ya por anticipado.<sup>1</sup>
- d) Sin duda, esta era la base epistémica de la novedosa política española que, sin embargo, debía seguir lidiando con los viejos actores –sobre todo fuera del sistema parlamentario– por tanto, con la memoria del sistema político. Es importante recalcar, sin embargo, que el consensualismo instaurado como episteme y como mecánica de funcionamiento, regiría entonces la manera de cualificar ese entorno de viejos actores.

El *consensualismo* rigió así la captura del entorno, vehiculado por las semánticas de la concordia y reconciliación. Éste es el que ahora hace crisis, que degeneró en bipartidismos, pero que sigue dejando su huella atávica, como hemos visto, en los asuntos relativos a la memoria histórica. La pregunta es, como siempre, recuperando nuevamente a Kant, qué contornos dibuja este atavismo en el presente político español, al menos en aquel de fin de siglo.

---

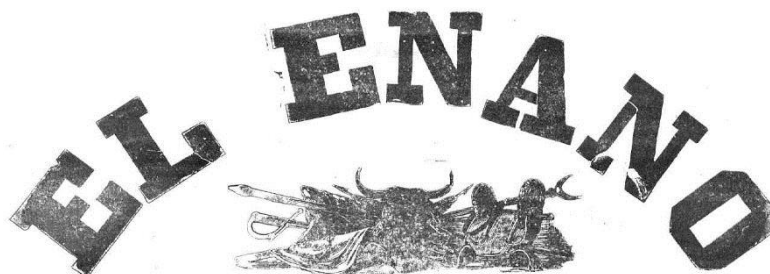
La transformación de esto en una decisión es, por tanto, un resultado de la presión y de la valoración semántica, esto es, de la valoración del vínculo entre las expectativas.

<sup>1</sup> Como sugeríamos más arriba, las pequeñas cosas eran dejadas por fuera en nombre de la grandilocuencia del futuro, de la democracia. Y claro, lo pequeño se hace grande, de aquellos polvos estos lodos.

## Parte Tercera

### Crónica, biopolítica, trascendencia

*Reflexiones finales sobre el poder y la trascendencia,  
a propósito de la lucha por el reconocimiento  
de las víctimas del franquismo*





## CAPÍTULO PRIMERO

### Crónicas del nosotros

*La paradoja de las víctimas del franquismo en la actualidad;  
a propósito de la biopolítica de la vulnerabilidad  
y el gobierno de la víctima*

#### **1. Actualidad de la cuestión franquista**

La actualidad de *la cuestión franquista* vibra bajo la forma de un *endoesqueleto jurídico-político* que no se puede desdoblar. Esto es, cuando se trata de la gestión del pasado franquista, al Estado se le plantea la disyunción entre ir contra sí mismo (ilegaliza y/o anula la legalidad del régimen franquista), o proseguir en su continuidad, (asume legítimamente los efectos de su legalidad). Sobre este particular, como ya sugerimos, la Ley de Memoria Histórica es paradigmática, ya que declara ilegítimos los juicios sumarísimos del régimen sin anular sus efectos en el presente (Chinchón, 2007). Aquí vemos realizada, entonces, la distinción entre habla y práctica del Estado que Alberto Medina Domínguez tuvo ocasión de analizar en su obra *Exorcismos de la memoria*. Según él, la transición institucionalizó la cultura política del simulacro o la escenificación, donde debía mostrarse el acuerdo y la reconciliación entre los partidos emergentes mientras el cambio de régimen se producía con continuidad (Medina, 2001). *El sincretismo español*, podríamos denominarlo, que también cuenta con otras teorizaciones, como son las de Soledad Gallego Díaz, *Crónica secreta de la constitución, 1989*, o Bartolomé Clavero, *España, 1978*. Este último llega a afirmar que si se quiere conocer la historia política de la transición y la democracia, no sirve de nada consultar los documentos oficiales y diarios de



sesión. Según el autor, en estos sólo existe la escenificación, el simulacro (Clavero, 2015). La paradoja en cuestión, por tanto, nos revela el carácter fundante o fundacional de la excepción franquista y el mecanismo o estructura dentro del cual se reproduce, dando lugar al plus o excedente de sentido que determina la cuestión franquista en la contemporaneidad.

Ahora bien, esto no significa que la diferencia que marca dicha excepción se reproduzca de manera idéntica al momento de su consolidación (1936-1952), ni tampoco bajo las directrices de su reemplazo o superposición en los inicios de la transición. La tesis que hemos venido sosteniendo es, consecuentemente, que se trata de una renovación, de una reedición en función de los nuevos lenguajes o de las nuevas semánticas que rigen la contemporaneidad; en fin, según Michel Foucault, se trata de semánticas que rigen los ámbitos de *decibilidad* y *experiencia*, en sí mismos discontinuos en una formación histórica concreta (Deleuze, 1988). Desde este punto de vista, esta renovación supondría, por una parte, que el franquismo sea narrado y deje narrarse desde los nuevos referentes del derecho penal internacional y de los derechos humanos, desde los saberes que rigen la memoria, la historiografía. Por la otra, su renovación implica el modo de su participación como distinción (como vocablo, como sedimento o estructura) del nuevo orden internacional que, como dijimos, el Estado y la sociedad española actualizan en cada acto, en cada acción, en cada comunicación o, al decir de Michael Hardt y Toni Negri, en cada decisión que acontece en el gobierno de la multitud, en la metrópoli biopolítica de soberanía difusa (Hardt y Negri, 2000).

Desde este punto de vista, la lógica de la globalización que se actualiza en las decisiones jurídico-políticas del estado sería el marco de inteligibilidad sobre el cual se podría pensar la vigencia de la cuestión franquista. Es decir, la lógica que tendríamos que tener en cuenta a efectos de analizar el comportamiento de la distinción o excepción franquista en la sociedad española actual, pareciera reproducir entonces el sentido de la dominación global al interior de referentes locales. Esta es un tanto la paradoja de la globalización hoy por hoy (Hardt y Negri, 2000).

De esta idea, que marca una direccionalidad en la mecánica de la diferenciación funcional que sostiene Niklas Luhmann, ya es posible afirmar que la hipotética diferencia fundante del estado español que arraiga en el nuevo estado franquista, se subsume en la

contemporaneidad a otras de carácter funcional que contribuyen, entre otras cosas, en el gobierno de la inclusión y la exclusión (Luhmann, 1998b; 1998c) o, en el sentido de Hardt y Negri (2004), en el control/gobierno de la multitud.

Desde este punto de vista, podríamos pensar la distinción *vencedores y vencidos*, operando como dispositivo de selección del sistema, en el marco de otras distinciones que intervienen como código en la diferenciación funcional, por ejemplo, en la escena de un orden supranacional-global, donde el estado hipoteca su supervivencia al mercado global, la moneda única (el euro) y la explotación de sus ventajas comparativas en el seno de una Europa desigual. No obstante, esto traza sus fronteras al unísono respecto una zona en conflicto bélico por causa del control de bienes estratégicos. Se trata, entonces, de un estado que consolida su dominación sobre la base del consumo de bienes y servicios (turísticos en particular), y sobre pequeñas cuotas de política doméstica. Como señalábamos, se trata de una versión local que, no obstante, asegura el flujo de lo global y lo legitima según su sistema de toma de decisiones.

En el arreglo que compone el estado español, consecuentemente, se trata de una legitimación del modelo global sobre la base de un sistema de gobierno que se denomina, según su propia Constitución, una *monarquía parlamentaria* (BOE, 1978, n° 311), básicamente sobre la base de una monarquía de nuevo cuño o monarquía secular (*el Rey por encima y por debajo de la Constitución*), según Bartolomé Clavero, que instaura *ex novo* y no restaura durante el régimen franquista y se legitima en 1978. Esto es, se ratifica con la implantación del régimen parlamentario de sufragio universal que conlleva la Constitución, en el cual, sin embargo, el soberano no tiene la última palabra (Clavero, 2015). Desde 1977, por lo demás, se instauró el sufragio para mayores de 18 años, eligiéndose entre listas cerradas de diputados que proponen los partidos y no obstante la uninominalidad de las actas, votan según una disciplina de partido.

Ahora bien, prosigamos con esta semblanza de la complejidad actual de las decisiones jurídico-políticas. Se trata de electores que más o menos desde los años 60 se entienden también como consumidores, primero de un mercado nacional (el fetiche del 600 de SEAT), y después de uno global (Mc Donald's y la cultura española es una realidad aun difícil de congeniar en las generaciones adultas). Estos ciudadanos, entonces, que votan y que consumen, que emergieron en la transición española pertenecen a su vez a una cultura

en la cual la memoria de la guerra civil se hereda de generación en generación (Navarro, 2011; Cuesta, 2007). Esto es, se identifican con generaciones y con memorias de aquella catástrofe que, poco a poco, fue reeditándose hasta llegar a la actualidad, dentro de las cuales es posible ubicar a *la generación de los nietos* con todas sus salvedades (Cuesta, 2008). A su vez, son generaciones que participan de la política y de la economía de manera diferente, que emplean o no las nuevas tecnologías pero que se sienten afectadas por éstas. Son generaciones que observan turistas a diario o una vez al mes; generaciones que, en definitiva, se encuentran atravesadas por varios ejes de estructuración segmentaria desde donde, además, construyen su identidad en relación al franquismo.

La tesis que hemos venido sosteniendo es, entonces, que la actualidad del franquismo tiene que ver con su inserción en los lenguajes contemporáneos, no obstante, que ésta no sólo tiene que ver con su captura por parte de la enunciabilidad o decibilidad contemporánea, como nos muestra Ramón Sáez Valcárcel (Sáez Valcárcel, 2012). Ni tampoco tiene que ver sólo con las luchas globales que se hacen desde el derecho penal internacional en favor de las víctimas del terrorismo de estado como práctica global (Negri, 2004). Tampoco, o no sólo, con el hecho de la traducción de ese pasado a información, a testimonio y a evidencia, como explica Jo Labanyi, a través de la documentalización del pasado y, recientemente, a través de su transformación en evidencia a través de las exhumaciones. Las nuevas tecnologías, de hecho, nos facilitan el acceso a ese pasado e insistimos en que accedimos al testimonio de Primo Levi a través de un libro electrónico y supimos recientemente que Auschwitz ha sido centro de recepción de Pokémon. Nuestra perspectiva inicial era, entonces, que todo esto debe constar y ser considerado en una investigación que contempla la repolitización y vigencia de la cuestión franquista.

A través de la constatación del *viaje a ninguna parte* que nos comenta Javier Chinchón Álvarez, pudimos inferir la existencia de un mecanismo implicado en la respuesta del estado español frente a la demanda de estos nuevos lenguajes. En esta contemporaneidad que se nos antoja aturdida, como acabamos de describir, y ahora vamos de regreso al estado, la vigencia de la cuestión franquista se aloja precisamente en el “nosotros” que articula el global con el local del estado español contemporáneo. El encuentro global/local es, entonces, el encuentro entre un estado atrapado en su propia legalidad, tanto en la supranacional como en la de olvido (Clavero, 2015) y un sistema de partidos con

elecciones indirectas, cuyos insumos para el debate son aquellos vinculados a las escasas competencias que gestionan los países de la Unión (que incluye la posibilidad de su separación) y sus grandes temas ancestrales, que vuelven una y otra vez sobre la palestra.

En cuanto a su legalidad, el estado español en la voz de sus jueces combina la legalidad que instituyó en la Constitución de 1978 con la enorme jurisprudencia del derecho penal internacional y de los derechos humanos, pero también, según el magistrado Ramón Sáez Valcárcel, con el complejo entramado normativo generado por la comisión europea y el sinnúmero de recomendaciones del consejo, así que por los tratados de cooperación que componen sin duda uno de los pilares de la Unión (Sáez Valcárcel, 2009; 2010).

Respecto al sistema de partidos, a juzgar por las encuestas del CIS, en el caso de España estos temas tienen que ver con la unidad de su territorio, la corrupción, el terrorismo, la cuestión nacionalista.

Dicho con otras palabras, la actualidad de la cuestión franquista no sólo tiene que ver con los giros narrativos que nos enseña Jorge Semprún en *La escritura o la vida*. La tesis que hemos estado defendiendo es que el pasado franquista desempeña una función política de presente, que es constitutiva del estado español y que lo asiste en el control social y el gobierno de la multitud, en tanto *ethos* de la biopolítica contemporánea. Es decir, su vigencia reside en la reproducción de un nosotros del estado o nosotros jurídico-político que, a modo de dispositivo, gobierna la inclusión y la exclusión política bajo el *ethos* de la dominación y el control de la multitud, mediante su supercodificación en identidades de captura (Hardt y Negri, 2004; Deleuze, 2002).

En este sentido, podemos leer nuestras reflexiones sobre la sentencia y sobre la Ley de Memoria Histórica (capítulos II y III de la Segunda Parte de esta investigación), como un intento por delimitar el nosotros jurídico-político que actualiza las decisiones en la gestión del pasado franquista y como un esfuerzo por circunscribirlo a la mecánica de la reproducción del Estado, como una forma más de su diferenciación funcional. Así que, entonces, disfrazado de inmanencia en la mecánica del Estado de Derecho, el nosotros político, en rigor, desempeña una función selectiva de inclusión/exclusión de tiempos, espacios y sujetos políticos que, en el caso que estudiamos, va en detrimento del período franquista. Y no es poca cosa, porque estamos hablando precisamente del período en el

cual se produjo un intento de barrido absoluto del pasado político que regía hasta entonces, incluyendo las categorías de persona que entonces eran habitadas por quienes ahora están proscritos. Sujetos, en definitiva, que el régimen transformó primero en *rojos*, después en *fantasmas* y que ahora luchan por ser denominados *víctimas*.

Nuestra labor ahora consiste en acabar de perfilarlo, en tanto mecanismo que, alojado en el nosotros, compone el modo de ser del estado español contemporáneo. Conocerlo es comprender la lógica que gobierna este pasado y el referente a partir del cual pensamos que debe construirse la lucha. Se trata, entonces, del dispositivo de resonancia, del lenguaje que habla el Estado cuando se le habla del franquismo. Su piel.

## **2. El nosotros jurídico-político, una forma de segundo orden**

Desde la mirada de segundo orden, consecuentemente, las formas del *estado* adoptan nuevas coordenadas. Las premisas con las que contábamos, de hecho, ya nos sugerían un diagrama contingente como reemplazo al rígido edificio del Estado de Derecho, al menos del que pudiera proyectar la Constitución de 1978 (*BOE*, 1978, n° 311). En su lugar, nos sugiere un entramado jurídico-político de mayor plasticidad, esto es, que se pliega y repliega a ritmo de la reproducción del estado (Luhmann, 1990).

Nuestra idea, ahora, es comprender su dinamismo dentro de una estrategia más extensa y de mayor actualidad. Esto es, desde el punto de vista de la filosofía del poder de Michel Foucault, dentro de una nueva formación histórica, sujeta a un *ámbito de decibilidad* distinto a los vencedores y vencidos, y sometido a un espacio de experiencia en el cual ni el régimen franquista, ni su economía ni su tiempo, nos marcan ya la pauta de la acción.

Comencemos a reconstruir pues este dinamismo con miras a su adscripción a un posible *nosotros actual*, contemporáneo, que nos sirva como referente o ámbito de resonancia para la lucha. A lo largo de esta investigación, de hecho, nos hemos dedicado a su objetivación, esto es, a componer sus dimensiones en un SER o MODO DE SER y a insertarlo en un contexto estatal más extenso. Por un lado, el dato de la *contingencia* asociada al vínculo entre derecho y política nos permitió “especular” una expresión positiva de sentidos políticos (tiempos, espacios e identidades) en la práctica misma de desactivación del *ius punendi* a efectos de la cuestión franquista. En este sentido, nos abocamos en el capítulo II

de la segunda parte a su trazado en una suerte de plano de rebatimiento x, y, z, dándonos como resultado la diagramación de *un vacío*. Nos encontramos con un tiempo negado en el espacio de otro tiempo, que es el tiempo de la actual jurisdicción del Estado que se instituye en la transición. Vimos un *estado de excepción*, en el sentido de Giorgio Agamben, respecto a la condición de persona de las “víctimas del franquismo” que se genera a partir del tratamiento del tiempo de la sentencia (STS 101/2012). A partir de la invocación de la irretroactividad, la prescripción y la amnistía, se niega a las víctimas del franquismo gozar de esta condición (Agamben, 2004).

No obstante la conciencia que pueda manifestar el propio poder judicial respecto a esta circunstancia, aquello que también vimos en el capítulo tercero de la segunda parte es que el estado español reproduce este vacío como parte de sus estrategias de reproducción. Del otro lado, por tanto, el dato de la *diferenciación funcional* que nos suministran Manuel García Pelayo y Niklas Luhmann, nos permitió visualizar la contribución de este *vacío* en la reproducción del *estado español*. Esto es, al comparar los efectos de la sentencia con otras formas consecuentes de las legislaciones de otorgamiento de gracia a los represaliados y de la propia Ley de Memoria Histórica, nos permitió ubicarlo como una *comunicación* y, por tanto, como un sentido político que el sistema actualiza en aras de su conservación (Luhmann, 1990). Aquello que vimos es, entonces, la crónica de un sistema que, atrapado en su propia legalidad, produce identidades fantasmales o espurias y niega a los represaliados su inclusión en el sistema en calidad de víctimas.

“El viaje a ninguna parte”, que describe Javier Chinchón Álvarez, es una buena metáfora para visualizar el problema en una perspectiva temporal más extensa. Interrogadas en su función, las medidas adoptadas hasta la fecha (respecto a la *cuestión franquista*) revelan una razón de conservación del Estado que ha primado sobre cualquier otro principio que atañe al derecho subjetivo. Verbigracia de ciudadanía (Chinchón, 2007). Aquello que vemos es, entonces, que estas medidas constituyen una *actualidad*, un modo de ser que contribuye a resolver –EN LA ACTUALIDAD– el problema de la inestabilidad basal en favor de una decisión tomada, producida y generada con el mínimo riesgo o ya previendo la siguiente (Luhmann, 1990). La cuestión interesante por dilucidar sería: ¿qué amenaza la reproducción del estado español contemporáneo?

Aunque la cuestión sigue abierta y necesita una investigación rigurosa, es aquí donde se aloja la dialéctica global/local en su actualización española como exo-esqueleto. Aquello que pudimos visualizar en el capítulo anterior es que, en su horizonte, las decisiones tomadas ya no temen al golpe militar. La semántica ya no es la transición a la democracia. Pero tampoco parecieran temer u orientarse en defensa del terrorismo de ETA que, como vimos, reemplazó a la transición como semántica en la justificación de decisiones o medidas excepcionales a finales/principios de siglo. La política doméstica, hoy por hoy, escasamente propone horizontes de futuro como *ethos* de la postergación; antes bien, propone retornar al pasado.

La salida de la crisis, como vimos, de la que apenas queda la generación de empleo como bandera de futuro, se oculta estos días en problemas relativos al pasado. El problema nacionalista justifica, junto con la crisis, la conjura de la política a través de medidas de conculcación. Como también vimos, el común denominador tiene que ver con la postergación o conculcación de los derechos y nunca con su consecución plena. Jamás tiene que ver con la implantación de medidas de *trascendencia* donde los sujetos puedan ingresar en una *polis* y mostrarse en su agencia y creatividad. La inspiración de esta última idea, la tomamos de Hannah Arendt en *La condición humana* y la retomaremos en el capítulo siguiente, a efectos de promover una alternativa a la victimización. La clave es la excepción y he aquí una forma oblicua entonces para el diagrama jurídico-político que nos interesa ahora delimitar en el sentido de un nosotros.

Una inferencia de caja negra, respecto al viaje a ninguna parte de las medidas adoptadas, nos puso inmediatamente en situación: una plasticidad jurídico-política capaz de fabricar identidades excepcionales. Esto es, capaz de expropiar una vida, codificarla y someterla al arrojo de la exclusión. Tal es la lógica de la excepción que pudimos observar en el dinamismo de las medidas adoptadas desde la transición a nuestros días y que pudimos visualizar en la Sentencia. Tal es la lógica de un sistema judicial que no puede ir contra sí mismo y engulle todo cuanto pone en evidencia su excepcionalidad. En la guía del Valle de los Caídos que nos ofrece Francisco Ferrándiz es posible encontrar una metáfora demoledora para ilustrar este mecanismo que pretende al *nosotros* en la escena de la política contemporánea: el osario del valle de los caídos es, hoy por hoy, una gran masa de

huesos fundidos en la propia estructura del lugar, donde ahora se sabe que no sólo se enterró a los caídos por España sino también a los vencidos (Ferrándiz, 2011a).

### *2.1. Crónica primera, inferida del Viaje a Ninguna Parte*

\* \* \*

#### SPECULUM, SPECULUM

##### Entre nosotros

Ahora sí, echemos a andar el mecanismo. Desde su resplandor, una forma comienza a animarse. Lucha contra sí mismo, emprende la embestida pero no lo consigue. Su propio capote vuelve a recubrirlo en movimiento circular. Lo engulle y la forma muta. Cambia nuevamente de posición, de perspectiva. Ahora un revés, que visto desde el cielo describe la forma de anillas circulares... No, no pareciera ser la danza del kidos que René Girard recupera para hablarnos de las represalias mutuas. Aquí no pareciera haber simetrías sino disparidad de fuerzas entre sus extremidades (Girard, 1983). La forma del conjunto pareciera más bien oblicua. Esperpéntica, aunque esto es un descuido del lenguaje. De lejos, la impresión es que el esperpento en su danza busca desollarse, aunque sin éxito. La propia piel arrancada se le echa encima y lo vuelve a engullir... Vuelto a mirar desde la grada celestial, es posible apreciar cómo su piel pende de un atrás inalcanzable. Una suerte de diminutos codos que jamás nunca podrán morderse desde sus bocas. Un punto ciego, desde el cual la forma danzante en su conjunto no puede observarse. La crónica es trágica, entonces: no sabiendo que no puede y no viendo que no ve, la representación se desarrolla ad infinitum...

#### PLUS, BIOPOLÍTICA DE LA VULNERABILIDAD Y GOBIERNO DE LA VÍCTIMA

La vigencia de la cuestión franquista adquiere total plausibilidad cuando se le visualiza a la luz de la biopolítica. A la luz de la mirada que ya anunciábamos en la primera parte de la



investigación, que es la categoría que organiza la conjunción contemporánea global/local que describíamos en la primera parte de este capítulo. Tanto en el capítulo anterior como en el primer apartado, exponíamos algunos posibles ejes funcionales que podían articular el nosotros fundante del estado en la contemporaneidad. Asimismo, al expresar la constante respecto a la generación de excepciones en las semánticas que han regido el estado post transición (terrorismo, crisis, unidad de España...), la cuestión del *homo sacer* que plantea Giorgio Agamben nos permite ahora seguir avanzando.

El *leitmotiv* del estado pareciera ser la generación de un ser excepcional sobre el cual hacer pivotar la dominación. Esto es, consistiendo el sentido de la dominación en la época contemporánea en la producción/gobierno de la vida (Agamben) o de la multitud (Negri), la generación de identidades grises como las que explicaba Primo Levi en *Si esto es un hombre*, asiste en la concreción. En el horizonte del nosotros, entonces, pareciera habitar la producción de vidas vulnerables que encuentran, no obstante, en el nombrar jurídico, la completitud de su sujeción. A esta conclusión llegamos en el capítulo anterior, cuando pudimos ver en el denominado *camino de la víctima* una suerte de novedoso procedimiento de adquisición de derechos, algo así como una nueva burocracia a través de la cual la persona debe ACREDITAR que por alguna razón ha perdido su autonomía y es acreedor de la condición de víctima.

Desde el punto de vista de Paul Ricoeur, la estructura autonomía/vulnerabilidad describe el desplazamiento de la justicia. En nuestra opinión describe un recorrido que va del modelo de bienestar al modelo contemporáneo de estado mínimo o neoliberal. En este nuevo modelo, que pareciera una radicalización de la individuación al servicio de la globalización, el nuevo sujeto desposeído de derechos pareciera ser el vulnerable. Esta experiencia de vulnerabilidad, que describe entre muchas otras Judith Butler en su ensayo sobre Emmanuel Levinas, nos permite situar el problema (Butler, 2001). La excepción franquista acontece de pleno, entonces, en la reproducción de un modo de ser de la excepción sobre la que se superponen otros. En el complemento de la vulneración, entonces, el individuo en falta queda desnudo y en espera de ser nombrado como ciudadano. No obstante, el modelo de vulnerabilidad ya lo ha desposeído previamente de esta condición (que nunca le otorgó y solo le prometió la ciudadanía).

La postergación de la performatividad de la Constitución de 1978, por tanto, en nombre de la transición, del terrorismo, de la crisis y pare de contar, es, entonces, el recorrido de estas superposiciones sucesivas de ejes de vulnerabilidad o de desigualdades injustas en el sentido de Saskia Sassen (2007). La excepción se cumple, sin embargo, en el nombrar que profiere el estado español a unas identidades que, no obstante, son provocadas por éste, o cuanto menos permitidas. Se trata de identidades facilitadas en cuanto a que toda decisión de estado contemporáneo reproduce el orden global en su clave local y, en este sentido, los estados, no siendo soberanos en cuanto a la producción del agravio, lo son en cuanto a permitir su flujo por su espacio de soberanía local. Para repetir, a quienes debe nombrar pragmáticamente como *ciudadanos* en el otorgamiento de tal condición, el otorgamiento de los derechos, el estado se despersonaliza de sí mismo y se pone en el rol de *benefactor*: “Acredíteme que es víctima y yo le daré una compensación”. Es así la lógica de las políticas compensatorias que estuvieron tan en boga en el debate político de los noventa en América Latina, sobre el cometido de la reducción del tamaño del estado y el “paliar” los efectos de este cambio en pro de la competitividad de los estados. De la progresión de su encaje en el orden económico mundial, hoy globalización.

Uno de los mejores indicadores de este nuevo arreglo global de ciudadanía en el estado español, nos lo muestran las investigaciones del profesor Gabriel Gatti en torno al denominado *espacio de la víctima* (Gatti, 2017; 2014). Según este autor, desde la entrada de 2000 se ha comenzado a organizar en la arena pública un espacio reservado al clamor de reconocimiento de las experiencias de vulnerabilidad que hemos venido mencionando. En principio, la cuestión se ha visto casi como una irrupción, una rebelión de monstruos, para empelar el lenguaje de Michael Hardt y Toni Negri (2004). Sumadas a las del terrorismo de ETA, las pioneras y primeras en opinión de Gabriel Gatti (2017), se han venido organizando el resto de las experiencias. Desde las aquí estudiadas como fruto de la represión franquista, hasta las distintas formas de diversidad funcional, los accidentes de tránsito, experiencias de catástrofes medio-ambientales, macroaccidentes atribuidos al error humano (Yak-42, Spanair, Metro de Valencia, Ave a Vigo). Entremedio, las víctimas de bebés robados, primero en el franquismo y después, como prolongación de la práctica de secuestro de niños republicanos, de pobres y con fines comerciales en la transición (Gatti, 2017; 2014).

Desde el punto de vista de su enunciación, esto es, del ser nombradas, hasta 2013 el Parlamento es pródigo en el desarrollo de legislaciones que, según Gatti (2017), organizan el gobierno de la víctima. La legislación de las víctimas del terrorismo encabeza la saga, culminándose con la promulgación de una ley integral de víctimas, que incorpora la casuística de los accidentes de tránsito. En el entremedio, la Ley de Violencia de Género, la Ley de Dependencia y, según se entienda, la Ley de Memoria Histórica. Ahora bien, el gobierno de la víctima impone jerarquías, y es precisamente esto lo que marca el lugar o la pragmática de la denominación en el concierto político global/local en el estado español. Es en este punto, entonces, el lugar en el cual los cuestionamientos hechos sobre la Ley de Memoria Histórica en clave de victimología rinden sus frutos. Según el jurista Josep Tamarit Sumalla, la palabra víctima se evita pronunciar en la denominada Ley. De hecho, como ya vimos, el nombre de la Ley evita dar este reconocimiento a quienes sufrieron la violencia del Estado durante la dictadura (Tamarit, 2013).

Respecto a una situación de vulneración en la cual el Estado fue el agresor al depositar toda su violencia sobre la persona, reacciona enajenándose de sí mismo. Esto es, en el simulacro, el sistema reacciona distanciándose de sí mismo. Una suerte de jugador alienado (poder judicial) desmarcándose de sí mismo, como aquellos sacapuntas que sostenían el lápiz a través de un mecanismo que arrancaba sus fauces de sí misma y las mantenía extendidas. No obstante, la aferraba al bloque general. Inamovible o movable sólo en bloque. Un palafito, también puede ser, mostrando al desnudo sus cimientos de vacío. No obstante, llenos de mar.

Aunque hemos estado mucho tiempo de la investigación preguntándonos por qué, ahora ya sabemos la respuesta más plausible: las víctimas del franquismo, en su negación, afirman al estado español contemporáneo; y he aquí una posible crónica completa del nosotros, una vez incorporada la clave de la vulnerabilidad.

\* \* \*

## CIRCUS WORLD

(*Eulàlia Massat*)

La función diaria ha terminado y artistas, acróbatas, payasos y presentadores vuelven a sus carromatos. Están abatidos y se nota en su lento y encorvado deambular. Cada uno entra en el suyo, que están dispuestos en semicírculo sobre una explanada de arena que da al mar, en su parte posterior, y al cementerio, en su parte anterior. Apenas unos minutos de descanso separan la vida diurna y nocturna de este pequeño circo. Una vez cerrada la puerta del carromato de Pedro, los *Cinco de Liverpool* empiezan a representar su más genuino acto. Después de la faena diaria, los exhaustos cuerpos comenzaban el desecho de su “plusvalía”. Cada uno con sus brazos extendidos hacia los lados y sus manos hacia arriba en ángulo recto, se aproximan entre sí hasta conseguir el agarrón fraterno. Un círculo sella entonces el vacío y lo transforma en depósito. Tras el movimiento, la brea adherida en el alma está por aflojarse; la rueda inicia su transitar zurdo y cada uno comienza a desempeñar su papel –al unísono, *un mama, un papa, un trilli, un chuchu*. Cuando el emergente bombín desarrolla cierta velocidad, del carromato de Pedro se levanta una voz: *giran, giran giran los caballitos, giran, giran giran los caballitos*. Los cuerpos comienzan a proyectar líneas y tras otro golpe de zaranda se perfilan formas que danzan sin cesar. El movimiento de aquel carrusel humano se había transformado en cinematógrafo. En la escena, pues, una gran sublimación se proyectaba en aquella pantalla improvisada por el movimiento: un niño en volandas, expelido, parece él mismo un globo de feria que acaba de echarse a los cielos. No sabe o no quiere regresar. La furia de un caballo atrapado en un cuerpo de tortuga deja atrás su caparazón. Galopa y galopa. Una nariz de payaso se desprende de su portadora. La cuerda se acaba y, como en el caso de las muñecas, este carrusel de lo visible y lo invisible detiene su transitar. Lo accidenta. La materia incandescente en la que se había transformado, reviene corporeidad y de ésta reaparecen formas humanas que no tardarán en encorvarse. Una procesión anuncia el fin de la sesión, todos vuelven a su carromato.

A la mañana siguiente: ¡La función debe continuar! ¡El Gran Circo de Moscú y su actuación estrella! ¡El domador de leopardos afeminados! La protagonista de la noche salta al escenario, una mujer con piel de leopardo que en breve será azotada por el diminuto domador. El espectáculo consiste en que a fuerza de látigo devenga un leopardo agresivo; como contrapartida y como arenga, “otro Leopardo” quien la acechará a ritmo de demanda. Un espantoso hombrecito en la mano derecha da voz a Ringo El Parapléjico, quien funge de animador en la escena a través de su muñeco ventríloco. Su función, guiar a los leopardos en su encuentro, en el acecho de George sobre John (Joana). Uno sordo y otro ciego, deben cazarse mutuamente, poniendo a prueba destreza y voracidad. El resultado lo determina el público en interacción con el Caballero Gregorio: un narrador sagaz, pues; confundido y conjugado en las articulaciones del perverso muñeco de ojos a parpadeos; *distancia* y *categoría*. Y el pequeño domador. Paul, el que queda de los gemelos reumáticos, quien prolonga sus articulaciones entumecidas en un látigo con el que ejecuta los castigos. Pedagógicos, son pedagógicos, así la próxima vez lo harán mejor. Que el público diga cuántos latigazos para este Leopardo, ha estado muy afeminado. 20, va, contad conmigo, uno, dos, tres...

## II

Debían su nombre al primer espectáculo que los hizo famosos. Subían a lo alto de una torre para cantar como los Beatles en aquella azotea. Conforme cantaban, iban lanzándose desde arriba hacia un cubo de agua, cada uno intentando retar sus propias debilidades. Por ejemplo, los gemelos reumáticos se lanzaban corriendo y en doble tirabuzón. Impresionaba ver aquellas rodillas protuberantes y aquellos cuerpos en forma de espiral erguirse cuales sílfides. La mujer leopardo se inclinaba sobre el borde y bailaba el son que le tocaba el público. Su sordera era compensada por su acoplamiento. Cuando el público ya clamaba que se lanzase, ella lo acataba como si lo escuchase perfectamente. Hacía gestos de asentimiento: si me quieren en el suelo, allá voy. El domador ciego se inclinaba de cabeza y caía cual aguja en el cubo profundo que yacía en

la superficie de la arena. El enano al calor de las luces, tras un salto mortal, lograba la ilusión óptica de crecer unos dos metros. Caía cual delfín. Dejaron de hacerlo cuando falló la repetición. Un día, uno de los gemelos reumáticos erró el escalón y cayó como si de un gusano de bola se tratase. Desde entonces fueron los Cuatro y no los Cinco de Liverpool, ya con otra actuación.

### III

Se asimilaron al circo un buen día de marzo, a principios de 1989, aprovechando un toque de queda que se decretara en Caracas. El Caracazo del 26 de febrero de 1989 sorprendió al Circo de Moscú en la calle La Guairita, en Caracas. Los niños que ahí jugaban en la quebrada junto al circo, se vieron tentados en ver qué se escondía detrás de aquellos sonidos de rebuzne. Los amigos de aquella cuadra de arriba, calle Mercurio, bajaron por el barranco y se mezclaron con el circo en la confusión de aquella excepcionalidad. Tampoco querían seguir viviendo en la suya. Se diría que fueron captados por el circo cuyos empresarios vieron en ellos una buena oportunidad. Volvamos al circo clásico, a las atracciones con freaks de verdad. Nadie supo nunca más en Caracas que pasó con aquellos niños.

### IV

El paso al espectáculo de domadores de leopardos afeminados tuvo lugar justo después de la muerte del gemelo reumático. La furia del otro hermano convirtió a éste en un heteroflagelador. El enano domador reumático y la mujer leopardo, quien a diario ganaba escaras tras cada función, se enfrentaban a diario en una contienda desigual. Ella corría por el escenario hasta ser capturada por el captor, aquel ciego que, viéndose seducido por su perfume, lograba apresarla. El domador transformaba su feminidad en furia. Se esperaba su rugir masculino, rudo, grave. Esto ocultaba su dolor y enardecía a las masas, ávidas de masculinidad, de su triunfo. Ella no escuchaba más que sus lamentos, y acababa el espectáculo lamiendo sus heridas. El parapléjico fungía de

animador, quien desde su silla de ruedas daba vida al Caballero Gregorio. Y ahora, viene la felina y es captada por sus captores. Cabe decir que según la cultura que observe este espectáculo se enfatiza en una u otra parte del mismo. Cuando éste se presentaba en países caribeños, se enfatizaba en los poderes de atracción de la felina. El espectáculo llevaba por nombre, entonces, *La Fémina Captada y el Macho Portento*. En España, en cambio, lugar dónde la figura del *pater familias* primaba sobre la del semental, era dónde el espectáculo se presentaba como lo dicho, *El Domador de Leopardos Afeminados*

V

Una noche fue diferente. La felina, mientras lamía sus escaras y les daba un nuevo maquillaje de mancha de leopardo, se disponía nuevamente a realizar el carrusel nocturno. Como cada noche, los tres golpes en su litera marcaban la señal. Ella no regresaría. Una vez empezada la rueda luminosa, ella se empeñó en ir más rápido de lo normal. Las figuras que proyectaba aquella centrípeta no dejaban lugar a dudas...

## CAPÍTULO SEGUNDO

### Excedente de sentido y política

*El camino de la trascendencia,  
a propósito del retorno a la espectralidad de las víctimas  
como punto de partida*

La repolitización de la *cuestión franquista*, es el itinerario que ahora nos ocupa. Al igual que en “El jardín de los senderos que se bifurcan”, se trataría de atajar un recorrido de futuro y pasado posible en el marco de muchos otros que, a veces, se visualizan mutuamente (Borges, 1997). La perspectiva sería aquella del lector o del protagonista que descubre el tiempo, acaso un sujeto con la conciencia del laberinto al que podemos llamar *político*: sus acciones y pensamientos trascienden su itinerario fatal que, no obstante, sucede. Una suerte de restitución o reconstitución al modo socioantropológico de Marcel Mauss, volverlo a pensar todo como un *hecho social total, desde un hombre total*, esto es, cuyo *concepto social de persona* que habita en su lucha tiende a la plenitud (Mauss, 1971). Todo esto tiene el objeto de solventar la fragmentación entre agentes, acción, personas y procesos a la que conducen tanto el discurso de la *memoria histórica* como el de la judicialización del conflicto, siempre portadores de un reduccionismo de hechos pasados como base del futuro que pretende su intervención. Por ejemplo, la fractura familiar como base del mandato de la recuperación que sugiere la Ley de Memoria Histórica (BOE, 2007, nº 310). Esto es, pues, con el objeto de integrar los fragmentos de la catástrofe (identitaria) que supuso la cabalgata del alzamiento y la consolidación del régimen que nos enseñan, por ejemplo, Paul Preston o Ignacio Tébar, respectivamente, en *El holocausto español* y *La representación del enemigo en el derecho penal del primer franquismo* (Preston, 2011;



Tébar, 2015). Es un trastrocamiento del que aún se evidencia su onda expansiva, y que la sentencia legitima a través de su pedagogía de no enjuiciabilidad (STS 101/2012). Si el pretérito y pospretérito del alzamiento del 18 de julio no cabe en la jurisdicción penal, como ya vimos, significa confinar los fragmentos del agravio al sótano de los cimientos del estado en calidad de olvido o mal necesario (Zamora, 2013), tal como vimos, y confina a sus víctimas desmembradas al sótano de los cimientos. Cuando se habla en la opinión pública de las cañerías o cloacas del estado, refiriéndose a las componendas entre Poder Ejecutivo y Judicial, jamás se habla de ese compartimento que yace como pilar.

Ahora bien, desde el punto de vista de la irreversibilidad del cambio material o irreversibilidad del tiempo que sostienen, entre otros, Niklas Luhmann y François Ost, el daño o la pérdida no se pueden revertir. Así, en atención a las narrativas del detenido desaparecido que nos ofrece el profesor Gabriel Gatti, las empresas de restauración son siempre insuficientes; tarde o temprano conducen a la constatación de la pérdida (Gatti, 2014). Como ya introdujimos al inicio del trabajo, el vínculo restaurativo sólo puede darse en el orden de lo simbólico. En general, la justicia sólo puede acontecer en este orden, siendo la retribución una de sus formas posibles (Kertzer, 2009; Bevernage, 2008). Esto es, por una parte, que la pena sólo retribuye al orden social y/o sana a los agraviados, en la medida en que contamos con una simbolización del encuentro entre la pena y la restauración; de otro modo, la demanda de justicia será siempre insaciable pues no hace retornar al estado previo a la agresión o a la catástrofe (Kertzer, 2009).

Por otra parte, la verdad judicial, basada en pruebas y testimonios, tampoco ofrece una explicación satisfactoria de lo sucedido que pueda calmar el ansia de saber por qué y de llegar hasta las causas últimas de la agresión, del genocidio. De la mano de los estudios de jurisprudencia en tribunales penales internacionales *ad hoc* como Ruanda o Yugoslavia, se concluye después de mucho andar en la instrucción y en el juicio testimonial, que no es posible llegar al *mens real; the ultimate evil*, capaz de permitir la condena a un individuo por genocidio es pocas veces “encontrable”, o más bien demostrable. En este sentido, como ya lo expresaba Jacques Vergès, Hannah Arendt, Jon Elster, entre muchos otros, tiene que ver con la simbología asociada al juicio; con su espectacularidad, por ejemplo, con su capacidad para fabricar maniqueísmos, héroes y villanos; con su valor de gesto democrático para proseguir (Arendt, 2004; Vergès, 2008; Elster, 2010). En el mismo

sentido, François Ost y Paul Ricoeur, trabajan sobre la idea del perdón, sobre su eficacia en la edificación de un nuevo orden político (Ost, 2003; Ricoeur, 2000). Es el poder de la palabra al fin y al cabo, bien aquella que enseña Pierre Clastres, que necesita ser mentada, no importa su contenido, bien aquella de las letras judiciales, que importa en su contenido (Clastres, 2010). No obstante, esta palabra tiene que ser legítima, esto es, proceder de una autoridad legítima o legitimada por un orden simbólico que la profiere; esta sería la idea desarrollada por Max Weber en *Economía y sociedad* y que le permitió construir tipos ideales de autoridad basados en el carisma, la tradición, la ley (Weber, 2014).

En este sentido, la cuestión franquista tiene que ver, como hemos visto, en el plus problemático que resulta del fallido encuentro entre la onda expansiva de la catástrofe en su renovación permanente (la cabalgata sigue su curso), y en el plus que genera la palabra no pronunciada y la palabra mal pronunciada respecto a esta situación.

A nuestro juicio, la recomposición de los fragmentos de la catástrofe pasaría, de un lado, por detener la cabalgata del movimiento y, por el otro, por pronunciar las palabras adecuadas en el momento preciso y por las personas correspondientes. No obstante, un paso previo a esta circunstancia sería la composición o recomposición del sujeto de estas actuaciones; de su agencia capaz de sintetizar la enunciabilidad o decibilidad y la experiencia en torno a unas prácticas densificadas y a una subjetividad no menos tal. Como veremos de Eulàlia Massat: desfragmentada, sabiéndose vulnerada, pero no rota o estallada.

En caso contrario, si no se contempla la simbolización de la experiencia y la acción en un yo/nosotros densificado, las formas de sujeción contemporánea al orden liberal, en el sentido que lo plantea Guillermo Rendueles, en la entrevista “El estado del malestar”, potenciará la lucha desde los pocos trozos o fragmentos narcisistas que quedan de la creciente individuación de la sociedad contemporánea (Rendueles, 2011). Tal, a nuestro juicio, es el riesgo nefasto de luchar por la denominación, *víctimas*, y en este caso, *víctimas del franquismo*.

Respecto a simbolizar, la profesora Jo Labanyi en su artículo “Memory and Modernity in Democratic Spain”, nos advierte sobre los problemas del abordaje de la catástrofe franquista en términos documentales. En su lenguaje, la profesora nos alerta sobre el

problema del íntimo vínculo que existe entre asunción del problema y simbolización (Labanyi, 2007). Esto es, abstracción, densificación, elaboración del sentido de la causa franquista –por tanto, apropiación– *versus* documentación del recuerdo, fragmentación, dispersión; un tanto al estilo de *Funes, el memorioso*, incapacitado para la elaboración. Desde el punto de vista de Labanyi (2007), consecuentemente, incapacitante a los efectos de la elaboración de un “nosotros”. Según la autora, el lenguaje documental aleja un poco de la línea de los giros de *La escritura o la vida*. Al final, Jorge Semprún nos muestra la semblanza de él y sus nietos a las puertas del campo de concentración de Buchenwald, convocados para grabar un documental; y entonces, su reflexión sobre la memoria y el recuerdo. Intentar transcribir el recuerdo caliente del campo era revivir la muerte; sólo necesitaba olvidar para vivir; y sólo pudo escribir cuando el recuerdo se había difuminado (Semprún, 1995). Semprún señala la diferencia entre recuerdo y memoria, que es entre experiencia y narración; un símil con la problemática de la memoria en generaciones posteriores a la experiencia del franquismo. En paráfrasis de *La escritura o la vida*, recuerdo cuando se llevaron a mi padre; evoco la fecha del 18 de julio como inicio de la cabalgata, pero no la recuerdo (Semprún, 1995). Tal vez, recordaríamos más bien la experiencia que tuvimos al estudiar la fecha por primera vez, un tanto como los testimonios de los televidentes del 11-S alrededor del mundo.

Sobre la base de esta diferencia, acaso sobre el fatalismo de los personajes de Agota Kristof (2007) en *La prueba*, el dolor disminuye; el recuerdo se difumina, el saber documental/jurídico pareciera ser aquel milimétrico de Funes; de la memoria sin recuerdo. Una despersonalización radical, pues, en el sentido en que también lo cuestiona Walter Benjamin en *El narrador*. Según este autor, el saber documental/judicial sería *novela pura* (Benjamin, 1986). Una exotización, que decimos nosotros para cerrar con el planteamiento de Labanyi, frente al cual las nuevas generaciones de la recuperación de la memoria se identifican en calidad de víctimas. Entretanto, simbolizar, implica, consecuentemente, apropiar, densificar, (re)politizar.

Desde este punto de vista, se trataría de (re)componer los fragmentos de la catástrofe aún en curso, a partir de una praxis transformadora y de trascendencia. Esto es, en torno a una agencia capaz de demoler los cimientos de la vulneración y la excepción a partir de una enunciación o acción con resonancia. Esto es, una acción que nos simbolice ya en la

autonomía/libertad; “en el afuera”, en el sentido de Michel Foucault, deslindado de la mirada del amo o del padre que, se supone, debe reconocernos para restituir el agravio.

Nuestra propuesta, si se quiere, es romper con el padre, con su pasado y futuro, resignificándonos en las prácticas como sujetos de acción y diferencia, en el sentido que lo plantea Hannah Arendt en *La condición humana*, como acción y no como sujeción (Arendt, 1993). Desde el punto de vista de Niklas Luhmann, tendría que tratarse de una enunciación/acción que hable el lenguaje de las estructuras comunicativas ocultas, o estructuras que intervienen realmente en la acción para reventarlas (Luhmann, 1989).

En el caso que nos ocupa, las enunciaciones tienen que ser capaces de vulnerar o virtualizar el *nosotros* que yace en el reducto más recóndito de la acción del estado español. Las enunciaciones deben, pues, reventar el mecanismo que, girando sobre su propio eje, sigue dando lugar a la producción y reproducción de la vulnerabilidad. Como ya vimos, con esto se trataría de hacer estallar la excepción fundante del estado que arraiga en el régimen franquista y se actualiza a ritmo globalizado: guerra permanente, seguridad, vulnerabilidad, gobierno de la víctima. No obstante, allí donde reventarlo significa trascender sus códigos de captura, vencedores y vencidos... Desde este punto de vista, la resolución de la cuestión franquista debería considerarse una cuestión de la multitud, en el sentido de Michael Hardt y Toni Negri: una vivencia individual que identifica y unos efectos comunes, que sujetan en razón de una biopolítica universal (Hardt y Negri, 2004; 2000). No obstante, se trata de una mecánica o nosotros nacional que le imprime modalidad y que, por tanto, se sintetiza en este nosotros o modo de ser nacional. La solución, en este sentido, pasaría por la empatía, es decir por la identificación en la vulnerabilidad como subjetivación y como posicionamiento de la biopolítica; del biopoder.

Así pues, la resolución de la cuestión franquista debería anular la síntesis que se produce en las prácticas jurídico-políticas que dan forma al estado/nosotros; aplastar este encuentro en pos de una reformulación del Estado en su pragmática vital, reproductiva (aquí, por ejemplo, la apuesta democrática de Hardt y Negri).

También se puede seguir abogando por la caída de los muros de la soberanía nacional, no obstante, éstos ya están cayendo desde lo global y no siempre con resultados satisfactorios a la justicia universal, como ya hemos visto en la prensa local española, a propósito de la

derogación de la jurisdicción universal en España por intermediación del gobierno chino en 2014 (Desalambre, 31/01/2014). No obstante, vayamos por partes.

Desde este punto de vista, no todas las prácticas tendientes a la recuperación de la memoria y/o consecución de la verdad, justicia y reparación pueden alcanzar este objetivo. Desde el punto de vista de la obra de Jacques Vergès, *Estrategia judicial en los procesos políticos*, existen dos modalidades de estrategias judiciales: de un lado, aquellas que son conniventes con el sistema; de la otra, los denominados juicios de ruptura, que desconocen en su misma práctica el poder de la jurisdicción (Vergès, 2008).

Para nuestro caso, añadiremos una tercera categoría, esto es, hablaremos de práctica *de ruido*, en el sentido de Niklas Luhmann, para significar aquellas incapaces de suscitar efectos frente al nosotros de la excepción (Luhmann, 1989). En este sentido, respecto a cómo lidiar con la cuestión franquista, hablaríamos de prácticas de *resonancia* o de *ruido*, para significar su capacidad para desencadenar efectos en la respuesta jurídico-política, siendo las prácticas de resonancia disidentes aquellas que nos interesaría explorar en aras de la trascendencia. Las razones ya podemos sospecharlas: tienen que ver con las suertes de ruido o resonancia connivente que han corrido las mayorías de las acciones intentadas para echar a andar el sistema judicial en pos de la cuestión franquista, dando como resultado en todos los casos una respuesta de vulneración. “El viaje a ninguna parte” que nos muestra Javier Chinchón Álvarez (referido a las medidas adoptadas desde la transición para lidiar con la cuestión franquista) es su mayor comprobación; en todos los casos, una cigarra que se estrella contra el carrusel que a ratos la admite y a ratos la expelle, constituyéndola de vulneración (Chinchón, 2007).

En nuestra opinión, esta es la suerte que corre día tras día la lucha por el reconocimiento jurídico de las víctimas del franquismo, que es uno de los pilares o forma contemporánea que adopta la cuestión franquista. A nuestro juicio, frente al mecanismo de excepción/vulneración que sostiene al Estado, la lucha por una ley de víctimas del franquismo no hace sino alimentar el monstruo. La acción legítima al Estado en su jurisdicción, llevando consigo el punto ciego a sus espaldas, invocando la voz del mismo amo que se perpetuó más allá de su muerte. Esto es, como nos enseña Bartolomé Clavero y como vimos en la segunda parte (capítulo III), la episteme y la voz que trascendieron a la muerte del dictador, trasmitiéndose mediante aquel traspaso de poder personalista a poder

institucional, de la ley a la ley, conllevando su eje de vulneración (Clavero, 2015). El principio de conservación del estado, que se invoca a cada instante para rechazar la anulación de las causas sumarísimas, es un reconocimiento de la excepción. En este sentido, reconocer a las víctimas sería socavar sus cimientos más ancestrales, de los cuales sin embargo se tiene bastante memoria. Solicitar una ley de víctimas sería, sin embargo, reconocerlo en su victoria; y de lo que se trata al lidiar con la cuestión franquista es, en realidad, cómo volver a conjuntar todo cuanto se perdió, y no cómo legitimar la catástrofe. Una ley de víctimas sería esto último, clamar por el reconocimiento de una vulneración causada y no asumir la recuperación. Si esto último fuera el caso, la ley llevaría por nombre *Ley sobre la igualdad en el juego político...* En este sentido: ¿qué hacer para reventar estos cimientos más sofisticados?

La apuesta de la *simbolización* sería entonces contraria a la *revictimización*. Decirlo así nos permite sumarlo a las advertencias que ya se hacen y a las acciones que ya se emprenden, respecto a este efecto en la inmanencia de la práctica penal. Como muestra Piña Rivero en su Tesis Doctoral (2015), verdad jurídica (pruebas testimoniales y periciales), muchas veces hace revivir o vulnera la integridad física y moral de las víctimas, específicamente de las mujeres que han sido violadas y vejadas, a consecuencia del crimen común o los crímenes de guerra y lesa humanidad (Fibgar, 2014).

Decirlo en estos términos, refiriéndonos a la demanda de las víctimas del franquismo, nos puede facilitar el diálogo con las prácticas en justicia transicional en el estado español, específicamente con quienes abogan por una condición de víctima, transversal, constituida a partir de la agresión o el acto de violencia y no circunscrita a los procesos políticos de donde emerge o se produce la violencia. Este sería el caso del proyecto, hacia una ley integral inclusiva con todas las víctimas (Argituz, 2011).

Aunque comprendemos perfectamente el contexto que hace posible una demanda de este tipo (la transición del País Vasco tras el anuncio del cese de la violencia por parte de ETA), nos permitimos cuestionar sus efectos políticos más allá de los objetivos inmediatos. Esto es, más allá de las intenciones, la reificación de la categoría de víctima y su encarnación como subjetividad en las personas que han sido víctimas de la violencia política, no restituye la agencia que le pretende mutilar la violencia sino que se la retira dos veces, transformándola en un sujeto pasivo y vulnerable al que el estado debe soportar. Sabemos

que este es un debate difícil y neurálgico en materia transicional y no se resuelve tan fácilmente. Nuestra intención consiste, apenas, en mostrar que el camino de la víctima, para el caso de las víctimas del franquismo, es desprenderse de la agencia que la cabalgata del régimen pretendió arrebatarse o arrebató a sus adversarios. Clamar porque ese nosotros que sigue cabalgando les reconozca la condición y les brinde tutela, es tanto como arrojar nuevamente al destierro, la agencia que pudiera conducirlos a la transformación del nosotros.

En otras palabras, nuestra advertencia sería que abogar por una ley de víctimas sería afianzar el nosotros y no vulnerarlo o virtualizarlo, como sí conseguiría hacerlo una exhumación. Sólo si el estado español lograra arrancarse su propia piel, apearse de la cabalgata y actualizar su nosotros en prácticas jurídico-políticas que no contemplan la excepción para existir como tales, sólo así, pensamos, el reconocimiento de las víctimas supondría *una restitución*. De otra forma, pareciera ser uno solo el *reconocimiento de un fragmento de identidad*.

La sustanciación de una revictimización, sería aquello que generaría la empresa de ser llamado *víctimas*, a las víctimas del franquismo. Demostrarlo, empleando éste el lenguaje correcto a emplear, en esta reflexión final que quisiéramos exponer al debate sobre justicia transicional en España. En nuestra opinión, el estado español debe renacer para poder reconocer. De otro modo, se está siendo connivente con su excepción o se corre el riesgo de morir en el intento, como de hecho es a lo que se arriesgan las víctimas del franquismo al querer ser nombradas como tales.

Así, pues, a objeto de promover el renacer del estado o con miras a hacerlo desaparecer, el punto de partida es el mismo: promover la socavación de sus cimientos de excepción que, en nuestra opinión, son móviles y dinámicos y se organizan en torno a lo que hemos llamado la cabalgata. Intentaremos exponerlo a través de la casuística de luchar por el reconocimiento de las víctimas del franquismo, en tanto forma, enunciado o narrativa de la cuestión franquista. En tanto fórmula compleja de la biopolítica contemporánea (EFE, 17/06/2016). Sin embargo, es importante dejar claro antes que nuestro objetivo final es que el estado español reconozca su responsabilidad absoluta en la agencia destructora que se inició el 18 de julio de 1936, tras el alzamiento militar. Y que, a nuestro juicio, no ha cesado sino renovado, al estilo de *Circus World*.

## 1. El plus; catástrofe y onda expansiva de la cabalgata

Dibujemos pues un bigote. En su perspectiva frontal, separados por la hendidura que baja de la nariz, dos lenguas que son lenguajes se enroscan en dirección opuesta la una de la otra. En la izquierda, se enrosca la dimensión operativa de un sistema jurídico-político que sigue su curso expansivo desde que irrumpió aquel 18 de julio, no obstante se congenia con su creciente complejidad y a ritmo de otros tiempos. Del otro lado, se enrosca el lenguaje de las descripciones, los diagnósticos, las luchas. Mientras, en la hendidura yace la posibilidad del sujeto: las personas. La escena de Goffman, pues: un guión para la acción, un público y los vaivenes de su interacción que, tarde o temprano, retornan al guión, complejizándolo (Goffman, 1997).

Esta sería la mecánica de la identidad –*grosso modo*. Es decir, esta sería la mecánica que nos permitirá traducir la cuestión franquista en una cuestión identitaria. El objeto es la cuestión de la lucha desde una perspectiva de la víctima. Gabriel Gaboritz nos habla de la importancia de reconstruir desde esta perspectiva como elemento de sanación del grupo social e, incluso, como signo de los nuevos tiempos políticos, de la nueva subjetividad (Gaboritz, 2006a; 2006c). Ahora bien, nuestra tesis tiene que ver con el efecto de revictimización que representa la lucha por ser denominado víctima en un contexto como el español, que se presenta tanto como un camino de reconocimiento de una voz que anida en la propia catástrofe, a la vez que como asunción de una voz pasiva en el combate por la verdad.

También nos gustaría tomar otro riesgo y exponerlo a continuación. Inicia con la descripción del excedente o plus, que vendría a capturar la categoría identitaria y ver cómo podría dotársela de ese plus y transformarla en subjetividad política.

Se trata, en fin, de una operación en legítima recomposición de los fragmentos que siguieron o quedaron del alzamiento y que, como ya nos comentan Paul Preston (2011) e Ignacio Tébar (2015), tuvo como finalidad esta fragmentación. Es decir, la simultánea inscripción de la identidad roja en el cuerpo de protagonistas y sospechosos de la categoría de *adversario* y, en general, en el cuerpo de la población civil que desde ese momento quedó subsumida a una narración historiográfica de guerra, adscrita a un bando como combatiente.



Este es, entonces, el punto de partida sobre el cual la rueda del carrusel o la cabalgata ha seguido su curso de *trastrocamiento de la identidad*, haciéndolo sobre el eje de esta primera mentira o excepción fundante del régimen franquista que ya tuvimos oportunidad de construir.

Curiosamente, en el momento de escritura de esta última parte de la investigación, la cuestión de la *unidad de España* se encuentra en las primeras filas del debate político. En nuestra opinión, este debate se encuentra aún más atragantado en la cultura española que la cuestión franquista, actualizándose en la escena del drama de secesión de Catalunya del resto de España. De hecho, si atendemos a la expresión de Franco, “primero roja que rota”, tal vez podríamos entrever el mecanismo que sobrevivió a la catástrofe del movimiento del 18 de julio.

Es decir, si analizamos los horizontes de tiempo que plantea el debate, aunque con poco rigor, en las frases que se sueltan por ahí, la escenificación de la disputa obliga a echar el tiempo hacia atrás. Situados en 1714, fecha de la conquista, de regreso al siglo XX, nos es posible sospechar o apreciar el punto ciego del movimiento del 18 de julio. Arrasa desde la episteme de una unidad espuria, que necesita el aniquilamiento de la diferencia para poder ser nación. Entonces, la “raza española”, el gen rojo y el global del ideario que nutrió el alzamiento y la consolidación del régimen. En un titular aparecido el 18 de febrero de 1936 en *Gracia y Justicia*, un día antes de las elecciones en las que ganó el Frente Popular, la cuestión de las identidades se debatía así: “Mañana decidiremos entre ser Bolcheviques de allá o Castizos de acá”.

La cuestión que retorna al Poder Judicial puede ser trabajada, entonces, en términos del reflujó o la anamnesis de una *catástrofe*. Esto es, la dilemática apunta a cómo lidiar con el retorno de una catástrofe autoproducida por el propio sistema judicial. Como hemos visto, las formas del retorno tienen que ver con demandas de investigación penal por desapariciones, demandas de investigación penal por exhumaciones y demandas de revisión/anulación de las sentencias de los juicios sumarísimos del franquismo. El decurso de la mayoría de estas demandas en el Poder Judicial, ha sido la desestimación. Esto es, la desconfirmación de la expectativa de “revisión del pasado legal”, fundadas en su mayoría en interpretaciones restrictivas del principio de la legalidad, en la observancia del principio

de la “cosa juzgada” y, en general, en la defensa a ultranza del principio de continuidad del derecho y del Estado (Gil Gil, 2012).

Ahora bien, los términos de la catástrofe no son genéricos, en el sentido de que no sólo aluden a las consecuencias intrínsecas de la represión en la *victimación generalizada* de un colectivo. Existe un excedente o plus problemático que es político y que tiene que ver con el trastrocamiento que se produjo a todo nivel en los códigos y normas del “vivir juntos”. Desde el punto de vista de la historiografía de la represión que rebate la sentencia, “la cabalgata del alzamiento” derogó íntegra la legalidad precedente y refundó todo, incluyendo los roles y las identidades sociales (AAN 16/10/2008).

Es decir, además de los consecuentes cambios de autoridades políticas tras el golpe militar, se emprendió una batalla por su legitimidad, que contribuyó a la aceleración del trastrocamiento. Sin embargo, lo crucial es que al haberse optado por una “represión legalizada” la identidad del adversario represaliado fue institucionalizada en las simientes del nuevo estado. La construcción del otro, *rojo*, devino pilar del ser penológico del nuevo estado a través de legislaciones de excepción que lo señalaban como adversario, y tales fueron las famosas leyes de los tribunales sumarísimos.

La institucionalización se realizó, por tanto, en simultáneo con la performatividad del alzamiento a través de las aplicaciones de estas leyes. Así, la catástrofe tuvo que ver con la encarnización de la identidad *rojo* en el cuerpo de los represaliados conforme avanzaba la represión. Tal victimización se acompañó de ideologías regeneracionistas y antihumanistas, como explica Paul Preston (2011) y de una férrea política de la memoria que fijó las nuevas identidades en un reforzamiento constante.

Como escribe Paloma Agilar, se trató de la consolidación de la memoria de los caídos y de los vencidos, primero en la cruzada y después en la paz (Aguilar, 2012). Consolidado públicamente el trastrocamiento y jamás repuesto en los cambios sucesivos de régimen, la memoria los ha hecho retornar en demanda de restitución judicial.

Como ya hemos mencionado, desde el punto de vista de *El holocausto español* de Paul Preston (2011), podemos hablar con rigor de un plan de exterminio del adversario político (*rojo*) como eje vertebrador del golpe del 18 de julio, y de su onda expansiva hasta la consolidación y perpetuación del régimen (Preston, 2011). Sin embargo, según este autor,

el *leitmotiv* del exterminio fue *el odio social*, basado en el solapamiento de estructuras feudales y modernas que mezclaba aristócratas con burgueses frente a vasallos y proletarios. Digamos que la maquinaria ideológica constitutiva de las identidades tiene como materia prima la polarización política de la República y su imaginaria mutua. El ascenso al poder de los desclasados, un proyecto de secularización/democratización de vanguardia, fueron algunos ingredientes para avivar odios de clase. Estos, a su vez, se recubrieron con ideologías de la raza española, posicionándose como sujeto frente a una supuesta corriente internacional comunista que amenazaba los intereses de la nación. En fin, capas de codificaciones que posibilitaron el estallido y que animaron inicialmente la composición de un *grupo social* a ser erradicado.

Ahora bien, se trataba de una maquinaria de exterminio que llevaba en su horizonte una identidad todavía por construir, es decir, una prenocción que necesitaba inscribirse en los cuerpos de la sociedad civil para probar su verdad.

Además de la polarización política reinante a partir del triunfo del Frente Popular, como dijimos, y de las teorías eugenistas que veían en la identidad *roja* un atavismo degeneracionista (Vallejo-Nájera, 1937), la consigna del movimiento consistió en peinar la zona de todo vestigio de adversario lo cual implicaba también a los sospechosos. Según la historiografía de la represión, ésta fue practicada primero en las retaguardias de los frentes (Francisco Franco, Mola, Queipo de Llano), en colaboración con la población civil y, después de la guerra, a través de colaboradores y cuerpos represivos del Estado. Fueron ejemplo de sus prácticas: detenciones ilegales de todo tipo, aplicación de juicios sumarísimos, purgas de funcionarios, aunque también contra las mujeres a través de la violación o la vejación, el afeitado de su pelo como símbolo máximo contra el adversario. La represión también consistió en el robo de los niños a los republicanos y su deportación y/o institucionalización en hospicios con miras a su resocialización. La deportación y/o el exilio de republicanos en general, en muchos casos desposeídos de la nacionalidad, fueron destinados o condenados a la concentración y el exterminio de los campos nazis en Francia o Alemania o en los propios campos españoles. Otras de las prácticas represivas fue la ilegalización del dinero y/o la usurpación de propiedades y bienes económicos de republicanos y su redistribución en círculos franquistas.

En fin, una ideología nacional se puso al servicio de un cambio brusco de la identidad, *vehiculado por leyes* escritas a modo de significantes de la identidad roja, en espera de inscribirla en el cuerpo de los sospechosos. Se trató de leyes que regulaban la aplicación de los consejos sumarísimos: Ley de Responsabilidades Políticas, Ley sobre Represión de la Masonería y del Comunismo, Ley que Regula la Normativa sobre la Depuración de los Funcionarios Públicos. Las huellas de cada una de estas legislaciones son aquellas que ahora se muestran en las exhumaciones de las fosas (Ferrándiz, 2012) pero que han permanecido hasta ahora bajo la ambigüedad de lo que hemos denominado *catástrofe de la identidad* (Gatti, 2009).

Las múltiples denegaciones de los tribunales penales españoles respecto a las revisiones de esta legalidad, dan como resultado una *anomalía*, incluso intrínseca, si se piensa que las sentencias sumarísimas fueron declaradas “ilegítimas” por la Ley de Memoria Histórica (BOE, 2007, n° 310). En términos judiciales, la negación de la catástrofe de la identidad supone la conservación de una *anomalía o excepción*, que se ha venido verificando de muchas maneras en la escena pública española. Desde un punto de vista genérico, esta excepción se verifica en la identidad del desaparecido, *el detenido/desaparecido* según Gabriel Gatti (2009).

La comparativa con la viabilidad del genocidio en Ruanda nos permite mayor claridad expositiva. Según Jacint Creus, las condiciones de posibilidad del genocidio de la población tutsi por parte de la población hutu en 1990, fueron: a) una ideología colonial que transformó el origen común y sistémico de las dos identidades en una suerte de historia de encuentro y subordinación de una etnia sobre otra; b) una geopolítica favorable al enfrentamiento y una situación interna de inestabilidades políticas asociadas a cambios de gobiernos. La mezcla condensó en cuarenta días de arenga y terror una especie de artificio del terror consistente en el apartamiento y posterior acecho preventivo de hutus sobre tutsis. La pregunta es entonces la siguiente: ¿dónde reside la catástrofe, en las muertes violentas *per se* o en el hecho de que se trató de un encarnizamiento de una identidad social sobre otra, vehiculado por el miedo al exterminio del otro?

En el caso español, la cuestión de la identidad roja se fue construyendo al paso de la acción exterminadora y a través de la palabra escrita. En la investigación de la legislación penal del franquismo, el profesor Gatti describe cómo las leyes que regulaban los juicios

sumarísimos llevaban implícitas las reificaciones de la identidad roja. Podría decirse entonces, que se trató de una maquinaria de trastrocamiento de la identidad, que sesionó la diversidad en rojos y nacionales y procedió a la eliminación. En muchos casos, la eliminación supuso desaparición sin que el efecto de dichas legislaciones dejara registro alguno. El drama es entonces los efectos de esa injerencia de manipulación de las identidades que aún pervive en la sociedad bajo la forma de permanente. El drama pareciera ser que se le pide a la justicia su desdoblamiento, al menos en lo concerniente a ser autor de las acciones de trastrocamientos y observador de las mismas, setenta años más tarde.

## **2. La paradoja del nombrar y ser nombrado y del retorno a la espectralidad**

Dadas las íntimas relaciones que se establecen entre *memoria e identidad* (Ricoeur, 2000) y, en su caso, entre memorias de la catástrofe e identidades políticas, ahora nos ocuparemos de la *dramaturgia* que entablan las identidades políticas en la escena que articula al “Estado (*superdenominador*)<sup>1</sup> y a las memorias del pasado, en franca pujanza por nombrarse y ser nombradas de acuerdo a su *experiencia de victimación*.<sup>2</sup> La problemática atiende a dos dimensiones: por una parte, a la diferencia entre las memorias que pugnan en la escena, entre estas a las que conservan el escenario de polarización de la posguerra: “Los descendientes de los vencidos tenemos un conocimiento y una memoria muy distinta a la de los vencedores”.<sup>3</sup> Y, por la otra, es una conjetura a demostrar en este

---

<sup>1</sup> En el sentido de Walter Benjamin, como el ser humano que nombra con la palabra de Dios pero sin su poder creador y sin el lenguaje del paraíso. Esto es, un apodo que siempre aflige al nombrado por estar mediatizado. Véase: “Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los hombres”, en Benjamin, 1998.

<sup>2</sup> En la perspectiva de Carlos Martín Beristain (2010) distingue entre los conceptos “victimación” y “victimización” para diferenciar los hechos de violencia que convierten a la persona en víctima de los hechos posteriores que dificultan, desconocen la experiencia de victimización de estas personas obligándoles o a revivirlo o a ser condenadas por un sufrimiento en la gestión de su condición de víctima.

<sup>3</sup> “Este artículo cuestiona varios de los supuestos que sostienen la imagen de la Transición como modélica. Señala que la oposición a recuperar la memoria histórica se debe al enorme dominio que los vencedores del conflicto civil (1936-1939) y sus descendientes (independientemente del color político en

capítulo, que la memoria oficializada en la transición/reconciliación, ha conservado casi intacto el carácter excluyente de las memorias del conflicto precisamente al negarse a la elaboración simbólica del pasado.<sup>1</sup> En un artículo en disputa con un periodista, el profesor Vicenç Navarro (2010) acota: “Javier Cercas es hijo de vencedores, y eso se nota”. La carga epistémica/política y al mismo tiempo moral de esta problemática, nos conduce a formularnos las siguientes preguntas en clave de pragmática política: ¿puede resolverse a través de la reificación de la diferencia vencedores/vencidos la cuestión franquista que se aloja en la paradoja de las víctimas del franquismo antes estudiada?

Entendemos por esta, una perversa lógica del *aparato de captura* que, mientras “sobrecodifica” el universo político en función de *víctimas* y *agresores*, niega a las *víctimas del franquismo* “esta” condición; revictimizándolas. Suena como un bolero, suerte de honda aflicción de quienes así fueron *apodados*: ...*quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*.<sup>2</sup> Como sabemos, aquella se desencadenó sistemática y ferozmente en razón de “otras denominaciones” que luego fueron acogidas por la legalidad del Nuevo Estado: al principio, el aparato de captura dividía la escena en *nacionales* y *republicanos*; después, a fuerza de golpes, torturas, fusilamientos, encarcelamientos... en *vencedores* y *vencidos*<sup>3</sup>; y *finalmente en presos comunes o políticos y sujetos de alta peligrosidad*. Un trastrocamiento colosal de la identidad al calor de una experiencia traumática que sigue clamando en la actualidad una narración que le haga

---

que se encuentren) tienen sobre los aparatos del estado, que promueven la percepción de equidistancia en el desarrollo de atrocidades supuestamente realizadas por ambos bandos. Han sido los vencedores y sus descendientes que han querido promover la imagen de que la Transición fue modélica, basada – según ellos– en la reconciliación. El artículo concluye que millones de vencidos y sus descendientes no se han reconciliado con los vencedores y sus descendientes, la mayoría de los cuales no han admitido la responsabilidad de sus antecesores en los horrores de aquel régimen fascista.” (Navarro, 2010).

<sup>1</sup> Lo cual lleva a muchos a afirmar que fue la memoria de los vencedores aquella que se impuso en la transición (Navarro, 2010; Aguilar, 2008).

<sup>2</sup> Así se titula la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, mejor conocida como “Ley de Memoria Histórica”, como ya hemos dicho en referencias anteriores.

<sup>3</sup> Por ejemplo, Paloma Aguilar, Josefina Cuesta, Vicenç Navarro y Ortiz Heraz.

justicia. En los capítulos anteriores hemos evidenciado sendos episodios de conflicto en la narración del pasado, en los cuales la resistencia de la *memoria de la reconciliación* (Ortiz Heraz, 2006) a ceder su paso a la *memoria de las víctimas* conduce a un “esta”, que es un nombrar precario y despolitizado –no sólo de los hechos sino consecuentemente– de las personas.

La retórica de la “equidistancia” y la “reconciliación” emergida en la denominada *Generación del 56* (“nosotros, hijos de vencedores y vencidos”) rigió los destinos del cambio de régimen político, silenciando el pasado y convirtiendo a la víctima en inefable. La hegemonía de esta memoria en el quehacer político, coincidió y –en nuestra opinión– posibilitó en el ámbito cultural la emergencia del *espectro*: una presencia que transformaba el vacío en silencio, en acecho, en complicidad, un fantasma oriundo de un pasado al acecho (simbólico) que poco a poco ha ido delimitando su cuerpo y su rostro en una literalidad incesante y acumulativa.<sup>1</sup>

Así es que ha emergido, amén de otros atributos, la *memoria de la víctima*, que ha impulsado el gran *movimiento por la memoria* que se ha hecho visible desde 2000. Ella ha emergido con sus especificidades como “identidad nueva”, aunque se ha sumado a la de los vencidos (republicanos) y a la de acechante que escandalizaba el silencio de la transición, permitiéndosele su visibilización apenas en las áreas afines a su escondite, como si se le permitiese la salida del armario sólo a la cocina o al salón.

*La memoria es privada y familiar*, reza la Ley de Memoria Histórica, como si la demanda de los Movimientos de Memoria hubiese sido que se levantase el “veto público” a las familias para hablar del pasado en privado y a enterrar a sus muertos –también en privado. Ni como se debe ni como se debía, pues. El problema es que no puedo nombrarte. Se trata de la *inefabilidad de las víctimas del franquismo*, su mecánica, su pragmática.

Se trata pues de una suerte de lógica aplastante que se deduce al combinar: a) la paradoja de un Estado de Derecho que, en defensa de su legalidad respecto a los crímenes

---

<sup>1</sup> Jo Labanyi nos muestra este tránsito de las expresiones culturales sobre el pasado franquista, desde su simbolización en la ficción cinematográfica y literaria hasta su documentalización *in extremis* en el testimonio documental. En su opinión, este cambio supone un extrañamiento de ese pasado: paradójicamente, el presente no se identifica con ese relato milimétrico del horror cometido (Labanyi, 2007).

perpetrados (negándolos, prescribiéndolos y amnistiándolos), afirma su continuidad jurídica respecto al régimen criminal; *b*) la paradoja de un sistema parlamentario que se posterga en el horizonte de su propia excepcionalidad: se silencia, se inhibe, se extralimita y da lugar a una perversión, paradójicamente cíclica, “mientras tanto”, “mientras llega”, “mientras dura”, “mientras haya amenaza de golpe de estado”, “mientras exista el terrorismo”, “hasta que no salgamos de la crisis económica”. Si se compara esta forma de nombrar con aquella otra, “Ley de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo” (BOE, 2011, n° 229) la percepción inmediata es *la inefabilidad de las víctimas del franquismo*.

En el capítulo anterior, de hecho, vimos cómo esta inefabilidad se encuentra asociada a la invocación de la concordia y la reconciliación. Vimos también cómo esta aparente discriminación –entre unas y otras víctimas– es coherente con el “nosotros político” que las sostiene en el momento de su emersión. En tanto discurso, las “víctimas del franquismo” irrumpen en el contexto de la excepcionalidad de la lucha antiterrorista y del endurecimiento de las penas, con sus respectivas consecuencias. *El gobierno de la víctima*, en tanto marco de cognición del sistema político finisecular, las expulsa por inadecuadas.<sup>1</sup> Sin embargo, ¿de dónde viene esta condición y cuándo y cómo se instala en el lenguaje del estado español para producir esta discriminación? ¿Cuál es su sentido en la jerga oficial y por qué no se admite a los represaliados del franquismo dentro de esta condición? ¿Existen otros caminos para las víctimas del franquismo?

Como puede verse, el objetivo de este punto es ofrecer una mirada crítica sobre –el uso de– la noción de “víctima” –y en su caso, “víctima del franquismo”. Concretamente, la idea es cuestionar su uso más allá de la definición de la experiencia de vulneración absoluta, máxima y radical de la integridad humana de las víctimas. Esto es, un cuestionamiento

---

<sup>1</sup> Las víctimas del franquismo suponen otro arreglo de estado que no es el que gobierna los comienzos de siglo. No son posibles con ese nombre y, por tanto, llamarlas *víctimas* genera ruido en el sistema, rompe las expectativas, defrauda, en el sentido planteado por Goffman (1997). Obsérvese los discursos políticos del Partido Popular y del Pacto Antiterrorista para que se perfile la idea de víctima que admite el sistema. Recordemos para esta demostración la pugna entre las víctimas de ETA, las mediáticas cuanto menos, y la víctimas del 11-M.



entendido como instrumento de lucha y reivindicación, en el contexto del estado español del siglo XXI.

Cuanto menos, queremos alertar sobre la racionalidad subyacente a quien niega y no escucha sobre esta condición a los represaliados del franquismo. ¿Qué quiere decir el estado español cuando dice que gobernará para las víctimas? La clave está en la *entidad del agresor*. Llamaremos, por tanto, *gobierno de la víctima* a una (neo)disposición gubernamental que confunde, aliena y trastoca el recorrido que de la noción viene haciendo la corriente del activismo y la intervención en derechos humanos. El *gobierno de la víctima* confunde y la idea es explorar su recorrido, elevarlo a dispositivo de dominación y circunscribirlo al *drama identitario* que –EN SÍ– padecen *las víctimas del franquismo*. Necesitan y no pueden ser nombradas víctimas. ¿Por qué proseguir en el camino de la víctima?<sup>1</sup>, ¿acaso la experiencia de victimización no incluye este recorrido?

De entrada diremos, entonces, que una cosa es la *victimología* –la cuarta de las ciencias penales según Silva Sánchez (1997)–; otra, es la *política criminal* europea y nacional basada en las víctimas; y otra es las personas en su experiencia de *victimación* y *victimización* (Martín Beristain, 2010)

Cuando expresamos que debe desnaturalizarse a la víctima, nos referimos al uso de la noción “víctima” como categoría sustitutoria de la condición de “ciudadanía”, esto es, a su uso como “nuevo sujeto/objeto” de una nueva política de “atribución de derechos” cónsona con un novedoso arreglo de estado nacional-global: *el reconocimiento de derechos subjetivos en los estados europeos se está transformando, cada vez más, en la transformación de los sujetos políticos en víctimas, despolitizándose la relación que les*

---

<sup>1</sup> Desde que estalló la guerra, se arremetió contra unas personas en nombre de una categoría identitaria. Dicha categoría no necesariamente se correspondía con la autoidentificación de las personas agraviadas, no obstante, ellas tuvieron que asumirla, no sabemos si introyectarla, como parte del colorario de lo que debían hacer y callar. Una vez instaurado el nuevo régimen, la transición, las identidades vuelven a cambiar legalmente. No obstante, se silencia y se asume que los represaliados conservan su identidad peyorativa, su identidad roja. En veinte años se transforma en víctima del franquismo y la pregunta es ¿por qué?

*otorgase tal condición y convirtiéndolas en receptoras pasivas, no sólo de la agresión, sino de la intervención del estado en su nombre...*<sup>1</sup>

Cuanto peor, el otorgamiento de la condición de víctima, implica la anulación de la condición de ciudadanía de esas personas –deberes y derechos–, cediéndose su tutelaje al estado. La paradoja, sin embargo, reside en la doble operación de *victimización*: sólo si te reconozco como *víctima* puedes gozar de prebendas, otrora concebidas como derechos, no obstante, si te otorgo esta condición me anulo en mi indemnidad. Y puesto que la victimización, que también consiste en esto, empezara ya en los albores de la guerra civil, justo cuando se estaba fraguando la identidad *roja*, que es el otro de los otros, se extendiera durante los cuarenta años de franquismo y se mantuviera tras la ignorancia de la transición, y de ahí hasta la mención ambigua de nuestros días, podemos afirmar: la paradoja identitaria que ocupa el drama del estado español consiste, por una parte, en la sistemática transformación del dispositivo de gobierno, desde una gramática de los derechos a una economía de las víctimas, y dado un contexto más amplio de vulneración de la población; por la otra, específicamente, en una sistemática victimización de un sector de la población a quien, sin embargo, no se le reconoce la condición de víctimas, única posible e indispensable –dadas las constricciones del estado– para gozar de reconocimiento del estado, primer eslabón de la justicia; esto es, pues: *De la victimización sin víctimas*.

---

<sup>1</sup> Esta es una apreciación con rango de hipótesis. Nos basamos, por ejemplo, en los usos que hacía de esta condición el proyecto de Ley del aborto que adelantara el ministro de Justicia Gallardón. Lógicamente, nos apoyamos en la nueva política criminal europea que se orienta básicamente hacia la víctima, distinguiéndola claramente de los agresores. Esto es, pues, no se les profiere tratamientos iguales en tanto ciudadanos de estados de derecho, sobre todo de manera *a priori*, basados también y fundamentalmente en una interpretación del crimen como hecho individual, solipsista, no asociado a las condiciones de una sociedad, ni situacionales ni estructurales. No relacionales, sobre todo. Es problemático cuestionar el concepto de víctima, digamos, puesto que ha sido la reivindicación de muchas personas vulneradas, mujeres, víctimas de los estados. Sin embargo, el uso que se hace de la noción en las legislaciones y en las prácticas judiciales, y los usos políticos acaba convirtiendo estas condiciones en chivos expiatorios, excusas para restringir derechos. La mencionada ley, situaba a la mujer embarazada en situación de víctima, es decir, la desposeía de su agencia en las relaciones sexuales, legitimando esta condición la intervención del estado en la decisión de su interrupción. Una comisión de expertos. Una vuelta a la ley de supuestos y no de plazos como es ahora.

En los capítulos anteriores, de hecho, tuvimos ocasión de analizar aquellos *actos de Estado*, jurídicos y parlamentarios, que sellaran esta pragmática gubernamental en el caso de las –autodenominadas– *víctimas del franquismo*. En ocasión de un juicio de absolución a un juez, como vimos, el Tribunal Supremo elevó las coordenadas del sentido político de esta paradoja: aunque lo pasado reviste apariencia de crimen contra la humanidad, pasado está, y lo que queda a los familiares de esos muertos es enterrarlos dignamente, cual es –de hecho– su única reivindicación.<sup>1</sup> Los jueces no tienen nada que decir y los historiadores que sigan hablando. De hecho, existen diputados que sostienen que los parlamentarios tampoco tienen nada que decir al respecto, y que el tema debe quedar fuera de la esfera pública.

Sin embargo, el tema ya no pudo salir nunca más de la esfera pública, al menos no del Parlamento, aunque allí también se legisló para consolidar la paradoja identitaria. La aprobación de la Ley de Memoria Histórica significó, como mencionamos en la parte II de la investigación, la individualización de la noción de memoria y su circunscripción al ámbito privado, personal y familiar. Es aquí cuando el Estado se desmiembra y se desentiende, de manera renovada, de su relación con estos hechos. La Ley no nombra víctimas a sus interlocutores. No obstante, reduce los caminos de su lucha a un mero recorrido subjetivo, exhumaciones privadas, declaración de ilegitimidad de los juicios sumarios, a demanda y de manera individual. Esto es, el Poder Ejecutivo se define cada vez más como un gobierno para las víctimas –y no para los ciudadanos–, reduciendo los campos de las políticas al otorgamiento de ayudas compensatorias, víctimas de la crisis, víctimas de ETA, asumiendo en nuestro caso que éstas fueron víctimas de otros tiempos, no obstante les niega esta condición en un sentido legal, ni judicial ni legislativo.

---

<sup>1</sup> La Sentencia 101/2012 niega cualquier otra intencionalidad a las asociaciones de familiares y víctimas del franquismo, en su interposición de denuncia ante la Audiencia Nacional en diciembre de 2006. Lo siguiente fue, en este orden, la elaboración de un auto de transformación de la causa en sumario, en octubre de 2008; la anulación de este mismo auto en diciembre de 2008; la apertura de Juicio Oral en el TSJ contra Baltasar Garzón por haber prevaricado en este auto; su absolución al cabo de este Juicio por parte del TSJ. En la segunda parte del trabajo, como decíamos, centramos el análisis en la absolución/condena, advirtiendo que la primera fue, sin embargo, la condena del camino judicial en las demandas y reivindicaciones en contra del franquismo.

En este sentido, llamaremos *víctima* –en términos más abstractos– al nuevo *objeto de relevancia* del estado –otrora, “sujeto de derechos”– que se corresponde, perfectamente, con el modelo de estado neoliberal, que reemplaza el modelo redistributivo por aquel de naturaleza compensatoria, destinado a paliar efectos de los vaivenes económicos y de los políticos consecuentes. Llamaremos, entonces, *el camino de la víctima*, a todas aquellas acciones, conocimiento, organización, gestión, orientadas a “hacer cumplir” los derechos de la población, esto es, en el lenguaje actual, ser beneficiarios de las ayudas compensatorias. Dentro de este modelo, lógicamente, se encaja el modelo criminológico contemporáneo, que señalábamos más arriba, el cual desmiembra víctimas de agresores, ofreciendo a las primeras un estatus de sujeto receptor de dichas ayudas y de acciones de gobierno –por y para las víctimas, se dice de aquellas del terrorismo de ETA.

El camino de la víctima, entonces, hay que recorrerlo si se quiere el estatus de acreedor. Recordemos el ejemplo de la “Declaración de Ilegitimidad”, pero también, darse de alta en las oficinas de víctimas; o bien, solicitar indemnizaciones, dineros para exhumaciones. Con otras palabras, es el abandono progresivo de la vieja expresión, *de oficio*, que aún perdura en el sistema judicial. Las muertes del franquismo no se investigan *de oficio*, por ejemplo, no acuden las autoridades judiciales, no se aceptan las denuncias, a pesar de estarse hablando de una escena del crimen. Como puede verse, los caminos de las víctimas son diversos, por lo general laberínticos e involucran diferentes legislaciones en función del tipo de vulneración que impliquen.

Los ejemplos trabajados en los capítulos anteriores, nos muestran dos “caminos de la víctima”, que acabaron en el reconocimiento de engendro, suerte de presencia sin rostro, menos aún sin derecho, que clama por un resarcimiento moral. Esto es, de hecho, lo que se pone por escrito en la Ley de Memoria Histórica, abocada al reconocimiento moral sin consecuencias jurídicas de ningún tipo. La palabra *justicia* ni se menciona. Podríamos decir, en este sentido, que esta Ley institucionaliza al espectro que habitaba en la España de la transición<sup>1</sup>, sacándolo de su inquietante presencia invisible, invistiéndolo con honores

---

<sup>1</sup> Sobre la presencia de espectros en el cine de la transición, véanse: Jo Labanyi (2007) y José Miguel Corneiro.

secundarios y lanzándolo al ruedo. Es el traje del toro y no del torero el que ahora lo cobija, sin duda, la ausencia visible del vencido.

El legado de esta conclusión es, entonces, la contraposición: alertaremos sobre las potencialidades políticas del espectro, desde su aparición en la transición hasta su exhumación, intentando contraponer recorridos al paradójico “camino de la víctima”, que encierra la dualidad de la sujeción del Estado inclusión/exclusión y que es, en sí mismo, la muerte del sujeto y, por ende, de la política –del cómo lidiar con las diferencias al ruedo como escenario, en el cual el adversario no es el toro sino el otro torero, y la cuestión es que cada uno debe matar a su respectivo toro. En esta danza, como ya dijimos, la disimetría entre el sujeto con nombre, apellido y pseudónimo, con atributos, con gracia y hombría; y el animal con apenas señas y cuando mejor, bravío, peor es su muerte.

### **3. Desde la espectralidad**

Junto a muchas otras acciones, la elevación de monumentos, memoriales, museos de la represión, realizan una labor equivalente, poniendo en entredicho la verdad instituida durante los cuarenta años de régimen y reificada en la transición, esto es, la verdad de la guerra civil como hecho fundacional del nuevo estado y del estado contemporáneo. Memoriales de la represión como los de San Fernando o Badajoz, nos comenta Ramón Sáez Valcárcel (2009), permiten visualizar la intención y el acto de exterminio del adversario político que llevaba inscrita la cabalgata del alzamiento. Esto es, permiten reconstruir los hechos de violencia en torno al alzamiento del 18 de julio y no, como se encuentra instituido, a raíz de una guerra civil que pareciera haber venido de la nada. O bien, causada por aquella rabieta de “indignación digna” que, según el documento de la Causa General, invadió a los defensores de España frente a quienes quisieron destrozarla:

La Historia cuyos testimonios se sirven en las páginas que siguen no es tan remota que haya disipado su siniestro fulgor. En realidad, los españoles mayores de edad hemos vivido en el escaso trienio que duró nuestra contienda el fragmento más punzante y angustiado de nuestra vida colectiva. Apenas han transcurrido cuatro años desde aquella gloriosa sencillez del parte de guerra postrero, por el que el Caudillo anunciaba con espartano acento el fin de la tragedia española, y tan breve lapso de tiempo ha sido suficiente para que la vehemencia, indignada, expresase su agravio y

fulminase su honda condenación. Los arrebatos irrefrenables han vertido todo su depósito de irritaciones justísimas, y, una vez aligerado de ese peso, el español ha vuelto a su andadura normal, tendiendo la mano a aquellos de sus adversarios que lo fueron por ignorancia o engaño, recorriendo junto a ellos, en casi todos los casos, el espinoso azar de la hora presente, recuperándoles para el trabajo noble y desinteresado del engrandecimiento patrio. Es la consecuencia del proceso espiritual cristiano que caracteriza cumplida y noblemente al pueblo español, capaz de vociferar su pasión, que está impaciente por airear, pero que, una vez comunicada, extingue su encono epidérmico, desvanecido en aras de una generosidad que nadie osaría en el mundo discutirnos. Quien no sabe que en plena guerra se excarcelaron millares de condenados; quien olvida que el ritmo de libertades condicionales ha seguido después de la paz en progresión creciente, hasta dejar sólo en las cárceles delincuentes de derecho común sobre los que pesan gravísimos delitos, no podrá nunca medir la grandeza de alma de quien rige los destinos de España por voluntad de Dios y heroico tino de su espíritu, siempre desvelado y tenso al servicio de la Patria. (Causa General, 1941)

El auto de 16 de octubre de 2008 de la Audiencia Nacional, de hecho, contraviene esta narrativa precisamente al ofrecer una tipificación novedosa para la criminalidad franquista, basada en el derecho internacional:

Delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero (equivalente a desaparición forzada de personas) cometidos en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con delitos contra la Constitución y los Altos Organismos de la Nación y las formas de gobierno.

Vimos, entonces, el revuelo causado por este relato y cómo fue inmediatamente anulado en la sala de lo penal de la Audiencia Nacional:

ACORDAMOS Declarar la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción número cinco para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008 y, en consecuencia, dejar sin efecto todas las actos y resoluciones posteriores, incluido el auto de 18 de noviembre de 2008, con el alcance y límites establecidos en el razonamiento jurídico 6 de este auto. Sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales. Contra esta resolución no cabe recurso alguno, a salvo el de queja por la inadmisión a

trámite del recurso de casación. Así lo acordaron y firmaron los Magistrados anotados al margen.

*DOY FE.* (AN 02/12/2008)

La sentencia del Tribunal Supremo que hemos estudiado, vino entonces a poner el punto final respecto al relato oficial, cónsono –ahora lo sabemos– con el nosotros del estado que se profesa, con sus cimientos:

El auto de 16 de octubre de 2008, dictado por el acusado, realiza una aplicación errónea de la norma que es preciso poner de manifiesto en esta resolución. Ahora bien, como desarrollaremos, el delito de prevaricación no se produce por la aplicación errónea del derecho sino por dictar, a sabiendas, una resolución injusta. El error del magistrado instructor ha sido corregido en vía jurisdiccional por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y a esa resolución ha de estarse por emanar del órgano jurisdiccional competente para esa declaración.

La contradicción al Derecho tiene su método de corrección a través del sistema de recursos establecidos en la ley procesal para ajustar la resolución a la ley. La prevaricación supone, por lo tanto, algo más que la errónea aplicación del Derecho y ese "plus" se encuentra en la injusticia de la resolución. 1.- Analizaremos los errores que consideramos se han producido en el auto, bien entendido que, en realidad, existe un error en la tipificación de los hechos que, como consecuencia del mismo, arrastra otros... (STS 101/2012 II)

Restituida la narración en la sede superlativa del Estado, como vimos, la cuestión franquista quedó desmembrada. Según nos explica el fiscal Dolz-Lago en sus *Comentarios de jurisprudencia*, el camino trazado por la sentencia se repitió en las jurisdicciones locales en las cuales se había inhibido previamente el Auto de 18 de noviembre de 2008 de la Audiencia Nacional (AAN 18/11/2008). Esto es, se comenzaron a cerrar causas como las del juzgado de Córdoba y se archivaron muchas otras más (Dolz-Lago, 2012). Esta circunstancia, como ya advertimos, sirvió a Bartolomé Clavero (2015) para atribuirle a esta sentencia el epíteto de *sentencia de punto final*. Fue a partir de entonces que la causa se elevó al Tribunal de Estrasburgo en marzo de 2012, y ahora sigue su curso en Argentina bajo la forma jurídica de una querrela. Su abogado principal, Carlos Slepoy, sostiene en un

manifiesto que se trata del ejercicio de la jurisdicción universal que, paradójicamente, tuvo sus inicios y ejemplaridad en España:

Basten señalar logros como la detención de Pinochet en Londres durante más de quinientos días; la del marino argentino Ricardo Miguel Cavallo detenido en Méjico, extraditado a España y luego entregado a Argentina donde ha sido juzgado y condenado a reclusión perpetua; el juicio y condena a Adolfo Scilingo, que cumple en cárceles españolas la pena de 1.084 años de prisión que le fue impuesta por el Tribunal Supremo; las cientos de órdenes de busca y captura internacional y las múltiples incidencias procesales que desnudaron los inauditos beneficios con los que los poderes democráticos habían agraciado a los grandes violadores de los derechos humanos. Estas medidas abrieron definitivamente un nuevo camino en el Derecho Penal Internacional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y colaboraron decisivamente para poner fin a la impunidad en Argentina y Chile, países en los que hay actualmente cientos de condenados. En España se abrieron otros procesos judiciales de similar tenor y, ante la vacilación de distintos tribunales, se pronunció el Tribunal Constitucional declarando la competencia de la jurisdicción española para investigar el genocidio cometido en Guatemala y aclaró definitivamente que la competencia de la jurisdicción española para la persecución de responsables de crímenes que lesionan a la humanidad es parte de la que cabe a todos los Estados que se comprometen universalmente con dicha tarea y que, para hacer más efectiva y real dicha persecución, los tribunales de todos los Estados están en igualdad de condiciones sin que existan “a priori” primacías entre ellos.” (Slepoy, CEAQUA).

Ahora bien, el camino judicial en sí despolitiza si no va acompañado de una dimensión política que permita ver la lucha, el poder y la pelea por la imposición de un nosotros como causa de la criminalidad. En este sentido, la noción de *víctima* debería cambiar a *víctima por la violencia política*, lo cual podría suponerle al sujeto de la lucha una recuperación de su agencia previa. Este es el cometido que nos permite finalizar con la propuesta del espectro.

La repolitización que anunciábamos adquiere así un revés muy interesante. Digamos, que junto a la vía penal o acaso siendo un tanto críticos con su uso cuando no se incorpora en estos toda la complejidad.



La acción de los movimientos de recuperación de la memoria histórica, de hecho, constituyen un modo de ser político que lleva implícita esta agencia transformadora. De la mano de Emilio Silva, Paco Etxeberria, Francisco Ferrándiz entre muchos, hemos podido apreciar el poder de trastrocamiento del *status quo* que ejercen las exhumaciones a lo largo de todo su proceso (Etxeberria, 2002). Si acaso fueran certeras estas palabras, *irrumpen, socavan, reviven, replantean*, tendríamos claras sus potencialidades transformadoras. Según recogemos de los autores, por esta misma razón, las exhumaciones que se vienen practicando desde 2000 en territorio español, constituyen la acción política por antonomasia en materia de recuperación.

No obstante, las exhumaciones se constituyen como un medio para liberar esa historia de subterros que, como describe Francisco Ferrándiz, revela la acción exterminadora del régimen a través de uno de sus conductos o canales. Un exilio interior, bajo tierra, en el cual yacen cuerpos sin nombres y, en la superficie, nombres sin cuerpos (Ferrandiz, 2008). Los usos políticos de las exhumaciones, sin embargo, pueden ser diversos. De hecho, podríamos advertir cierta disputa entre las corrientes más políticas de los movimientos de recuperación de la memoria que, paradójicamente, quieren proseguir con la vía penal, empleando las exhumaciones como prueba del crimen cometido. Otras, en cambio, podría decirse que más afines a lo nombrado en la Ley de Memoria Histórica, se cierran con el enterramiento de los familiares una vez identificados. Esto es, recomponen los fragmentos de su desaparición, según la perspectiva de Gabriel Gatti (2016), del cuerpo desposeído de su nombre y éste desposeído de su identidad. Ahora bien, quisiéramos capturar un tercer recorrido, que es el que quizá metafóricamente pueda servirnos para finalizar.

En el artículo de Ferrándiz sobre exhumaciones y políticas de la memoria, en las conferencias de Paco Etxeberria sobre memoria histórica en el Seminario sobre Justicia Transicional en el País Vasco y España (Oñati, 2014), en todas estas elaboraciones del proceso de exhumaciones queda claro que el mayor valor político que tienen reside en aquello que libera. Como decíamos, las exhumaciones remueven, relativizan, evocan, constatan, y es esta liberación de sentido que es la misma que pudiera emanar potencialmente el espectro en la filmografía de la transición, aquello que debería embadurnar la lucha, a nuestro juicio. Esto es, la identidad de la víctima es una forma de captura de esta emanación espectral, de este sentido que reviste la escena con su presencia

(Bevernage, 2009) y la idea es echar para atrás en la asunción de la victimación y recuperar por instantes la clarividencia del espectro y su capacidad para atravesar muros y colarse en todos los espacios, paradójicamente como evidencia: ¿cuál sería la semblanza de una subjetividad basada en la espectralidad que, sin embargo, no se quedase atrapada en los muros de la mundanidad sino que pudiese seguirlos traspasando, trascenderlos?

\* \* \*

### Eulàlia Massat, Vindicante

¡Ni tuerta, ni discapacitada: Vulnerable!<sup>1</sup>

El cuaderno de notas de Eulàlia Massat, ausente ya del panorama de este mundo, era tan confuso como la crónica de sus propias afecciones. Un sinfín de páginas con trazos de bolígrafo negro, textos sangrados hacia los bordes: a veces en disposición ascendente, otras tantas en descendente, siempre evocando al cuneiforme. Unos esbozos del *pájaro loco* y de diálogos entre pequeñas doncellas triangulares, que jamás nunca completaban su trazo ni coincidían las líneas que los repasaban. Las imágenes, en

---

<sup>1</sup> Este trabajo se presenta en calidad de *trabajo en proceso* adelantado por Brígida Maestres y Ángela Bonadies, en el marco de una futura publicación, escrita y plástica titulada “Anatomía Política e Imaginaria de Eulàlia Massat”.

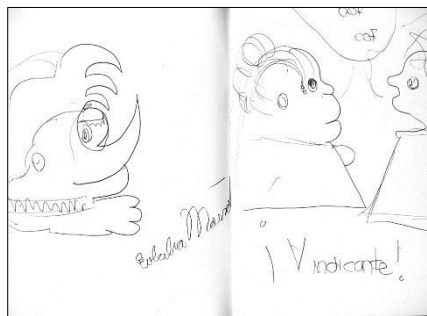
Asimismo, se encuentra en deuda con el pensamiento de Judith Butler, en particular, con el diálogo sostenido con Adriana Cavarero (sobre el pensamiento de Emmanuel Lévinas), en las Jornadas “Cuerpo, Memoria y Representación”, llevadas a cabo en Barcelona en 2011.

En el mismo sentido, este trabajo se nutre del video “Examined Life”, protagonizado también por Judith Butler y por Sunaura Taylor.

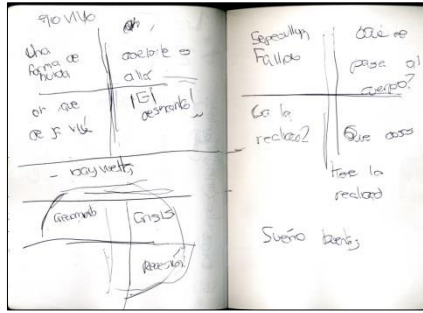
El texto debe su contorno al relato “La Tuerta”, de la escritora decimonónica brasileña, Júlia Lopes de Almeida (1862-1934).

Finalmente, es un texto que se erige en diálogo con la artista Alice Wingwall, cuyo descubrimiento, *ex post factum*, nos emociona y dispone a la aventura de comunicárselo.

nervioso movimiento, parecían más que meros trazos de mano temblorosa. Se intercalaban al azar, grupos de tres o cuatro páginas con diagramas, ejes de coordenadas completados con esos jueguecitos de estrellas que se hacen sin levantar el lápiz. Eran apuntes, sistematizaciones, listas de nombres en columnas bajo la “H” y la “V”. Descifrables a los ojos de la modernidad, una fecha que siempre encabezaba esas páginas, Caracas, 23 de enero de 1973, y una firma, pululante, a veces en un rincón, en vertical, como quien firma una tira cómica: “yo, Eulàlia Massat, vindicante: ni tuerta, ni discapacitada; vulnerable”.



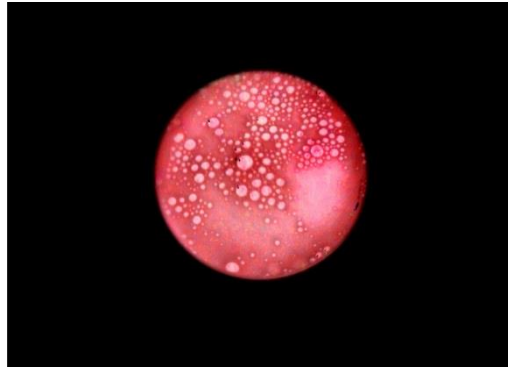
Aquellos para quienes Eulàlia no era más que una mujer con el ojo tuerto, veían en sus trazos la expresión de un error, de una falta ortográfica o de la gramática vital. *Los garabatos de Eulàlia Massat*, refería la introducción del manual de caligrafía de Celia de la Torre, como ejemplo de aquellos errores que los niños no debían cometer en su escritura. Aes trazadas de derecha a izquierda, efes con los palos respunteados, oes que parecían úes, íes como torres de Pisa. Se diría que a las letras se le superposaban destellos de luz, como si sobre sus hojas blancas hubiese un chispear permanente de fuegos artificiales. Itinerantes entre frase y frase, había bocetos de escarabajos que se difuminaban en su centro para recuperar nitidez en sus extremos, una especie de transitar nublado de un cuerpo por esta causa fragmentado. Había páginas sólo rellenas de diminutos cuadrados, que se impactaban los unos a los otros compartiendo relleno de tinta negra. Todo en perpetuo movimiento, como si un gran astigmatismo los observase.



Una mano zurda escurriendo tinta por doquier alcanzaron a entrever aquellas voces dispuestas a la tarea de investigar. El cuaderno de la filósofa Eulàlia Massat fue publicado por primera vez en la prensa, a instancias de sus editores, con el objeto de dar con las claves de su obra y, por qué no, de su repentina desaparición. “Se buscan ojos que puedan ver” y una frase a descifrar: “El ojo de la tuerta, se ve tuerto, porque lo ve un ojo tuerto” (Eulàlia Massat, *autorreferencia de la normalidad*).

Aquella frase llevaba la clave de sus escritos y reivindicaciones, sirviendo de epígrafe al que transcribimos a continuación. Un observador moderno que, al mirarlo, plasma su juicio implacable sobre quién ve de una determinada manera, *otra*. Casi toda la obra de Eulàlia Massat estuvo dedicada a la epistemología, a hacer comprensible cómo “vemos” lo que “vemos”, y a denunciar los puntos ciegos de nuestra cultura, abocados a la tarea del prejuicio y la discriminación. Hay quienes ven en el trasfondo de esta búsqueda, la crónica de un resentimiento, un intento por superar su experiencia de doble estigmatización. No obstante, esta sería la mirada moderna que Eulàlia cuestionaba tanto. Especialmente en la obra que presentamos –“el tuerto o, autorreferencia de la normalidad–”, “ver” es una operación estética, moral y cognitiva y no sólo o no tanto una potestad de las estructuras físicas, denunciando la arrogancia de los juicios de normalidad. “¿Quién es el tuerto?” –se pregunta– y una posible resolución en lo que denomina la *autorreferencia de la normalidad*: “el drama del que ve

*tuerto al ojo del tuerto es la inconsciencia de su propia vulnerabilidad: no sabe que no ve lo que no puede ver”.*



Como quien se atreve con el juego de figura y fondo, aquel animalarium que a ratos se componía en su cuaderno, en realidad dejaba un universo en su revés. Las constelaciones azarasas de luces que resultaban del impacto de la luz en las zonas dañadas de las retinas de Eulàlia, eran recuperadas conscientemente por ella para componer sus imágenes, “bañándolas de realidad” y reivindicándoles con ello su lugar en este mundo. Sus escarabajos los bosquejaba a modo de impactos de luz sobre una película dañada, como quien comete la aventura de la caja negra sobre un cartón agujereado, no obstante, reivindicando para estas formas la posibilidad de también formar parte del *animalarium planetae*.<sup>1</sup> La pieza dañada es universal, fortuita y aleatoria; “*el random, el random, ¡todo el mundo tiene su random!*”

---

<sup>1</sup> Cucaracha o Escarabajo era el nombre con el cual los hutus degradaban de la condición de humanos a los tutsis, en el contexto de su exterminio en 1994.



Con sus garabatos Eulàlia Massat no pretendía representar el mundo de sus dificultades, menos aún comulgar con el juicio de quienes enuncian proezas mientras emplean el vocablo discapacidad. Ella tan sólo pretendía comunicar cómo veía y aprovechar este “doble rendimiento filosófico” en la construcción de una nueva epistemología. Las consignas que iba vociferando por doquier, también daban luces sobre su *locus* auditivo, *¡sacalapatajá! ¡sacalapatajá!*, que imprimían a la imagen aún más realidad. La densificaba como la vida misma, como lo era de hecho esta consigna para la generación del 28<sup>1</sup>, un corpus comunicativo que se resiste a la doble dimensión. Las doncellas tosían, *cof, cof, cof*.

¡¿Quién carajo es el hijo de la tuerta?! Shopin, Shopin, Shopin.  
Caracas, 23 de enero de 1973.

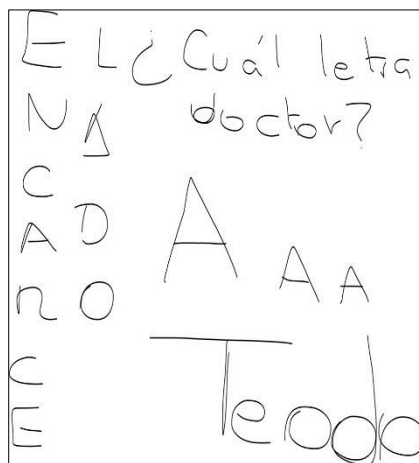


<sup>1</sup> Esta frase está sacada de *Fiebre* de Miguel Otero Silva.

Aquello que componía el cuaderno de Eulàlia Massat no era entonces la crónica de una falta sino la aventura de la empatía, de ponerse en los ojos del otro y expresarle, en su lenguaje, cómo ve su epistemología. Sus estructuras fisiológicas, su estética, su moral, todo densificado en imágenes que resuenan y reclaman ser como cualquier otra. Imágenes que ella llamaba *aún fuera de consenso*, como si entrevistara un devenir en el cual estos se romperían y todo valdría por igual, todos como uno y todos como todos.

Y si bien los consensos de la modernidad han ido cayendo uno a uno, no han sido lo suficientemente aplastantes para romper con la fuerza de la costumbre. El pensamiento normalizador sigue engendrando discapacidades y diseñando un universo de “ciencias grises” dedicadas a su “cuidado”, ¡cuidado con las banderas de la inclusión social! He aquí, entonces, la vigencia de su obra, que habiendo sido elaborada cuando la posmodernidad era apenas un teorema, una hipótesis, una expectativa, se presenta en diálogo sincrónico con las teorías de *la diversidad funcional*, en rechazo del aún vigente y feroz ímpetu de la vulneración. Aquí, *el individuo solipsista* del que nos habla, y aquí también su reivindicación: *ni tuerta, ni discapacitada, vulnerable, ¡vulnerable!*

¿O acaso tus imágenes son más reales que las mías? ¿Más bonitas?



No sabemos si fue por un problema de espacio, o tal vez de ese empecinamiento de la razón por seguir generando monstruos, que aún después de haberse descifrado algunas de las claves de las reivindicaciones de Eulàlia Massat, no así las de su desaparición, este cuaderno acabó siendo apodado por sus archivadores como lo que nunca quiso ser, *El Diario de La Tuerta*.

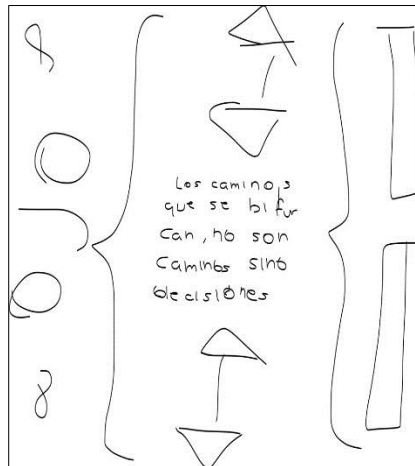
### **El Tuerto o, Autorreferencia de la normalidad**

Por Eulàlia Massat

El ojo del tuerto, se ve tuerto, porque lo ve un ojo tuerto... esta es la autorreferencia de la normalidad; su tiranía, su ceguera. ¿Cómo fundar entonces una ética en la que todos podamos reconocernos como iguales? La vulnerabilidad es un buen punto de partida para la refundación de una neo-ontología del ser humano. Incluso de ese "ser humano individual". Sí, de ese que como individuo nos cría/lo criamos como suerte de oda a la autosuficiencia: un normal; que no puede identificarse con quien no ve como un semejante: un ciego de empatía. Pero esto no es una oda a la lástima, ni tampoco a la solidaridad paternalista, ni una fantasía *scout* de quien reconoce el esfuerzo de la discapacidad desde un pedestal. No señor, y quien así lo perciba es porque se encuentra en alguna de las fases del cíclope, probablemente viendo al ojo tuerto del tuerto que ve con el ojo tuerto. La necesidad de una ética universal se fundamenta en la no vana pretensión de felicidad, pero: ¿quién le dice al individuo darwiniano que su supervivencia tiene que ver con reconocerse en el espejismo del tuerto, para liberarlo, y no con la normalidad de los más aptos? La amenaza de la violencia, mientras duran sus influjos, nos hace reconocernos en la vulnerabilidad. No obstante, pasada esa excepción epistémica en la cual nos reconocemos e identificamos como iguales frente al mal, la normalidad arremete con mayor voracidad. La defensa del más apto es su monstruosidad. Su arremetida: hiere, mata y al tuerto lo deja incluso sin cavidad



ocular; pero ya en las sombras, el tuerto no conoce de viglias. Se incorpora a la nocturnidad del arrogante y lo cuestiona: *ahora tú eres el tuerto...* y así despierta el individuo solipsista, muerto de otredad e inseguro de sí mismo. Ésta es la vulnerabilidad del todo en tanto individuos socialmente constituidos. La pregunta salta a la vista: ¿quién carajo es, entonces, el hijo de la tuerta?



\* \* \*

### 1,2,3 chocolate piso!

*El laberinto rectilíneo de Eulàlia Massat*

Una conciencia cantarina y una matemática orgánica, es el veredicto. Así se selló la investigación que por años entretuvo a los estudiosos de la obra de Eulàlia Massat. Entre los hallazgos, la no evidencia sobre la existencia de un mapa, que habría de conducirla a ese lugar del cual todavía no ha regresado. Las pocas huellas de esta conjetura, el registro insonoro de una consigna, que bien podría ser una canción:

*1, 2, 3 chocolate; ¡piso!*

Las dimensiones de este mapa, se presuponen enormes: ¡¿por qué no pensar en grande?! exclamaron los cartógrafos al no encontrar evidencias en formato convencional. En la base de esta pista, un rumor: se dice que en una época Eulàlia agotó las existencias de las papelerías en la ciudad, pero que pronto desistió en su intento de representar “el camino”. Era lógico, aquello que emergía de “su forma particular de apropiación del mundo”, no cabía en dos dimensiones. Los más materialistas, sin embargo, insistieron frente a los discursivistas en la necesidad de “dar con la materialidad de este mapa”, asumiendo que sería dar con el paradero de Eulàlia Massat. La cuestión sería, como ya es costumbre, inferir de sus puntos, una gran línea...

y no los desasistió la razón; sin embargo:

Fue necesario vencer muchos prejuicios que, entre propios y ajenos, confinaban a Eulàlia Massat al rincón de los excéntricos. Aquel rumor tenía un correspondiente oficial: según consta en las crónicas de Caracas de mediados de siglo, había una mujer a la que apodaban, “la loca de la resma”, que padecía de un delirio extraño consistente en acumular “papel bond blanco”. Más argumentos y más rumores, dicen que una niña dice que Eulàlia decía, que su mapa era tan largo como el ácido desoxirribonucleico. Desde la trastienda de la papelería de la ciudad, aparentemente, la hija de los dependientes escucho desde su chinchorro: “dos resmas de papel, por favor”; “¿sabe usted que si la estiramos, una molécula de ADN puede llegar hasta la luna?” En el otro extremo del mismo lugar, se encontraban aquellos que, no comprendiéndola tampoco, veían, en “este mapa que no podemos ver”, la obra de uno de esos “cerebros privilegiados”, que se avanzaban a su tiempo”. Lo cierto es que nadie podía ver; ni el conocimiento ni la ignorancia, aquello que todos teníamos en la punta de nariz:

*ja pam de nas!*

¿Qué maltrata más, se preguntaba Eulàlia Massat en los recovecos de su obra: el conocimiento o la ignorancia? “Favor no repetir este slogan”, “favor no seguir reproduciendo este slogan propio de la ilustración.” Todas estas frases, que de

hecho se citan para animar las tesis de su lucidez trastornada –“favor no repetir esta consigna”, “favor no volver a cantar esto”, “favor no volver a atormentar”, eran señales que Eulàlia se dejaba en los infinitos recovecos de su habitación, señalándole el camino:

y la más repetida: *!1, 2, 3 chocolate; piso!*

Nuestra “episteme de muros”, poco ávida a descifrar “mapas de la vastedad” jamás nos hubiese permitido descifrarlos por si solos –*de muros, muriente*. Fue necesario que un *deux ex maquina* acudiese a la escena, proyectándola en un patio de colegio, con zapatos ortopédicos, dando voz cantaría a sus consignas:

*1, 2, 3 café, chocolate piso*

### **¿Qué y por qué pisa Eulàlia Massat?**

Las no evidencias poco a poco fueron llevando a la conclusión más certera, aunque menos esperada. El mapa de Eulàlia Massat no habitaba más allá de su entendimiento singular. Vital. Se trataba pues del fruto de su metodología para la apropiación de este mundo, en apariencia abocada al placer de pisar. Sin embargo, al deber de mirar, a la necesidad ver con la conciencia de estar viendo. No es sólo o no tanto una cuestión fisiológica, por más que se empeñe ese gran ejército de voluntarios discapacitantes en que se ha convertido este ocioso mundo, hijo de la burocracia ahora digitalizada.

Sus largos pulgares inferiores, bípedos, táctiles parecían los encargados de fraguar toda la maniobra: que, a grandes rasgos, consistía en traducir el mundo al lenguaje del cuerpo para así poder habitarlo. Se diría que se trataba de “manos de mono” que, como elogiadas y denostadas bisagras, articulaban lo visible y lo invisible. Allá, en lo que por diminuto no se ve, sus pies eran monstruos infalibles, que se aventaban sobre el suelo a modo de morteros verticales en ángulo recto. Acá, en nuestro limitado mundo, apenas pies, muchas veces cercenados por la quimioterapia del bastón, del perro, del

acompañante. Más acá y más allá, si cabe, dónde ella habitaba, Eulàlia Massat danzaba y saltaba a golpe de pseudópodo, como ellas los llamaba, sorprendida por las propiedades que habían alcanzado a desarrollar sus zapatos: reptación, diapedésis, fagocitosis. 1, 2, 3, pisé, 1, 2, 3, pisé.

### **El descubrimiento es pues que a Eulàlia Massat le gustaba pisar rayas**

He aquí pues, la verdadera clave de “eso” que la llevara por aquel largo recorrido. Su ausencia ya bastante prolongada, de hecho, era hasta ahora la única evidencia con la que se contaba para especular sobre la longitud del camino. Ahora suponemos que se trataba de un largo mapa, acaso elaborado a lo largo de toda su vida, que resulta de su actividad cotidiana de pisar rayas. Una suerte de “derribar muros desde arriba” con tan sólo un pisotón. En vez de jugar “sin pisar la raya”, Eulàlia Massat imaginaba y dibujaba rayuelas de tiza, sobre las que saltar. Ni dentro ni fuera; la cuestión es pisar la raya. Así, desde su episteme, se hundía todo gran muro que yaciese en las hendiduras del planeta.

1, 2, 3 chocolate; ¡piso!

*¡esto no es autoayuda; es arquitectura!*

Y más que largo, el mapa de Eulàlia podía considerarse un mapa multiforme que se iba trazando conforme su actividad transformaba el laberinto en línea recta, en camino sin obstáculos. Siempre recto, hacia allá...Nada de curvas ni callejones sin salida; sólo pared derribada o, mejor dicho, pisada y hundida como en el juego de batalla naval (A1, agua, B3, tocado, C5 hundido)

Ora entonces su sapiens de ser vivo, a la que la infamia de la palabra reductora no puede alcanzar. Nada que acompleje la mancomunidad de sus sentidos. Nada que amilane la temeraria funcionalidad que le otorga esta conjunción. En su impronta, su frase favorita: “ver sin ver”, ¿sabe usted que se puede ver sin ver? Y las vicisitudes que engendra en el alma de quienes agreden cuando se saben descubiertos en la impostura –y el lacaniano contesta: ¡¿es usted así con

su marido?! Eulàlia Massat era en sí misma la crónica de una evidencia, con su 1, 2, 3 chocolate piso construía certezas para su siguiente paso, mostrando con métodos sui generi aquello que precisamente logra todo ser vivo cuando aprende a caminar. La pregunta es, entonces, la de siempre: ¿por qué las palabras le niegan esta condición a quien se les queda a medio camino?

Expulsados de la escena, el tac, tac, tac del bastón, la reflexividad piadosa, el pacto con el diablo que contraen aquellos que deciden aceptar la “ayuda voluntaria” de quienes quieres ayudar al otro. El mapa de Eulàlia Massat es la densificación de los sentidos en estado pletórico; cuando se motivan para la ocasión, cuando no les queda más remedio que “generar imágenes”. Esto es la vida, esto la lucha...Ese es el exorcismo del caparazón de tortuga que se proyecta en ese giroscopio que ella se inventa en su *Circus World*. Se diría que se trata del primer nosferatus de Mornau. ¿por qué no cantar la vida? ¿acaso está pasado de moda? ¿acaso no es lo mismo cantar que contar? es como coser y cantar, 1, 2, 3 y alelimón, alelimón, el puente se ha caído.

Los laberintos son espejos conjuntados; ¿quiere saber usted lo que es un laberinto? Quite uno de los espejos y lo verá. No hay pues laberinto que se resista a esta metodología. De hecho, los laberintos son sólo espejismos epistemológicos de quienes sólo piensan con un solo ojo, de quienes piensan que no se puede ver sin ver. Quien palpa la pared con sus pulgares de fuego, no anticipa más que la inmediatez de su revés. No hay laberinto que le aceche ni minotauro que temer. Sólo hilo, hilar, hilará, hilarante.

## BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, Giorgio (2004). *Estado de excepción (Homo sacer, II, I)*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

\_\_\_\_\_ (2014). *Altísima pobreza. Reglas monásticas y formas de vida (Homo sacer IV, I)*. Valencia: Pre-Textos.

\_\_\_\_\_ (2016). *Homo sacer, el poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-Textos.

AGUADO RENEDO, César (2009). “La clemencia vinculada por el derecho”, en *Revista de Derecho Político*, n° 74, enero-abril 2009, pp. 335-351, UNED.

AGÜERO, Claudio y ZAMBRANO, Juan Pablo (2009). “La narración en las sentencias penales”, en *Revista Universum*, n° 24, vol. 2, II Sem.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2008). *Imparcialidad judicial e independencia judicial*, en *Estudios de Derecho Judicial*, n° 151, pp. 41-71.

AUSTIN, John Langshaw (1995). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós.

AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma (2008). *Políticas de la memoria y memorias de la política*. Madrid: Alianza.

ARANGUREN ROMERO, Juan Pablo (2009). “Subjetividades al límite: los bordes de una psicología social crítica”, en *Universitas Psychologica*, vol. 8, n° 3, pp. 601-613. Bogotá, Colombia.

ARANGUREN ROMERO, Juan Pablo (2010). “De un dolor a un saber: cuerpo, sufrimiento y memoria en los límites de la escritura”, en *Papeles del CEIC*, vol. 2010/2, n° 63, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), Universidad del País Vasco, <http://www.identidadcolectiva.es/pdf/63.pdf>.

ARENDDT, Hannah (1993). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.

\_\_\_\_\_ (1997). *¿Qué es la política?* Barcelona: Paidós Ibérica.

\_\_\_\_\_ (2004). *Eichmann en Jerusalén*. Barcelona: Debolsillo.

\_\_\_\_\_ (2006). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial.

\_\_\_\_\_ (2007). *Responsabilidad y juicio*. Introducción y notas de Jerome Kohn. Barcelona: Paidós.

ARARTEKO / Defensoría del Pueblo del País Vasco (2012). *Verdad, justicia y reparación para las víctimas de la dictadura franquista: significado y políticas públicas en la comunidad autónoma del País Vasco (Estudio)*.

ARGITUZ (2011). *El largo camino hacia una Política Pública de Víctimas incluyente y respetuosa con todas las víctimas (Informe de Valoración de las Políticas Públicas de Víctimas de la Violencia de Motivación Política en el País Vasco-Euskal Herria)*.

ARIAS NAVARRO, Carlos (2006). “Discurso del presidente del gobierno ante las cortes españolas”, 24 de junio de 1974, en LINZ, Juan J. (2006) *Archivo Linz de la Transición Española*. Madrid: Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, 2006. Recuperado el 27 de febrero de 2014.

ARMH – ASOCIACIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA (2012). Juicio a Baltasar Garzón por el franquismo (8 videos). Disponible en Youtube.

\_\_\_\_\_ “¿Quiénes somos?”. Disponible en: [www.memoriahistorica.org.es](http://www.memoriahistorica.org.es)

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2001). “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 24, pp. 115-130. Universidad de Alicante.
- BAHRO, Rudolf; MUÑOZ, Gustav (1980). *La alternativa: contribución a la crítica del socialismo realmente existente*. Madrid: Alianza.
- BARTLETT, Frederic (1995). *Recordar: estudio de psicología experimental y social*. Madrid: Alianza Editorial.
- BARTHES, Roland (2003) *Ensayos críticos*. Buenos Aires: Grupo Editorial Planeta / Seix Barral.
- BECK, Ulrich (1996). “Teoría de la sociedad del riesgo”, en Josetxo Beriain, comp.: *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, pp. 201-222. Barcelona: Anthropos.
- BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas (1986). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- BEVERNAGE, Berber (2008). “Time, Presence, and Historical Injustice”, en *History and Theory*, vol. 47, pp. 149-167, Wesleyan University.
- BENGOETXEA, Joxerramon (2013), “Transitional Justice versus Traditional Justice: The Basque Case”, en *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, n° 2, pp. 30-58.
- BENJAMIN, Walter (1986). “Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los hombres”, en *Sobre el programa de la filosofía futura*, pp. 139-153. Caracas: Monte Ávila.
- \_\_\_\_\_ (1986). “El narrador. Consideraciones sobre la obra de Nikolai Leskov”, en *Sobre el programa de la filosofía futura*, pp. 189-212. Caracas: Monte Ávila.



- \_\_\_\_\_ (1998). *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*. Madrid: Santillana.
- BOHANNAN, Laura (1966), "Shakespeare in the Bush", *Natural History*, nº 75, pp. 28-33.
- BORGES, Jorge Luis (1997). *Ficciones*. Buenos Aires: Sur.
- BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude y PASSERON, Jean-Claude (2002). *El oficio de sociólogo. Presupuestos epistemológicos*. Buenos Aires: Siglo XIX.
- BRICEÑO GUERRERO, José Manuel (2007). *Amor y terror de las palabras*. Mérida: Ediciones La Catalia / Blioteca J. M. Briceño Guerrero.
- BROUGHTON, Richard (2011). "On Straddle Crimes and the Ex Post Facto Clauses", en *George Mason Law Review*, nº11, vol. 18.
- BURBIDGE, Peter (2011). "Waking the Dead of the Spanish Civil War. Judge Baltasar Garzón and the Spanish Law of Historical Memory", en *Journal of International Criminal Justice*, nº 9, vol. 3, pp. 753-781.
- BUTLER, Judith (2001). *Mecanismos psíquicos del poder: teorías sobre la sujeción*, Madrid: Ediciones Cátedra / Universitat de València / Instituto de la Mujer.
- CASTORIADIS, Cornelius (2002). *Figuras de lo pensable (las encrucijadas del laberinto VI)*. México: Fondo de Cultura Económica.
- CALCAÑO, José Antonio (1958). *La ciudad y su música. Crónica musical de Caracas*. Caracas: Conservatorio Teresa Carreño.
- CANETTI, Elías (2000): *Masa y poder*. Madrid: Alianza Editorial.

- CARRILLO, Santiago (1976): *¿Qué es la ruptura democrática?* Barcelona: La Gaya Ciencia.
- CASTRO LEIVA, Luis (1991): *De la Patria Boba a la Teología Bolivariana*. Caracas: Monte Ávila Editores.
- CENCICH, John R. (2009). “International Criminal Investigations of Genocide and Crimes Against Humanity. A War Crimes Investigator’s Perspective”, en *International Criminal Justice Review*, Vol. 19, N° 2, pp. 175-191.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2007). “El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España (Un examen desde el derecho internacional)”, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 45, pp. 119-233.
- \_\_\_\_\_ (2009). “La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo”, en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n° 7102.
- \_\_\_\_\_ (2012a) “El concepto de impunidad a la luz del Derecho Internacional: una aproximación sistémica desde el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, n° 24, 31 pp.
- \_\_\_\_\_ (2012b). “Proceso penal y derecho internacional. Imposibilidad de castigar vs. obligación de investigar, algunas reflexiones y propuestas”, en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n° 7845.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier; VICENTE MÁRQUEZ, Lydia y MORENO PÉREZ, Alicia (2014). “La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España: Un análisis jurídico tras los informes del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, el Comité

contra la Desaparición Forzada y el Relator Especial sobre Justicia Transicional de las Naciones Unidas”, en *ANIDIP – Anuario Iberoamericano de Derecho Penal Internacional*, n° 0, vol. 2, pp. 66-101. Bogotá.

CLASTRES, Pierre (2010). *La sociedad contra el estado*. España: La Llevir-virus.

CLAVERO, Bartolomé (2015). *España, 1978: la amnesia constituyente*. Madrid: Marcial Pons Historia.

CID, José (2006): “La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-07, pp. 1-25.

COLMEIRO, José (2011): “¿Una nación de fantasmas?: apariciones, memoria histórica y olvido en la España posfranquista”. *452°F. Revista electrónica de teoría de la literatura y literatura comparada*, n° 4, pp. 17-34.

COIXET, Isabel (2011). *Escuchando al Juez Garzón*. (Documental). España. Filmafinity.

CUESTA BUSTILLO, Josefina (1998). “Memoria e Historia”, en *Ayer*, n° 32. Madrid: Marcial Pons, Madrid.

\_\_\_\_\_ (2007). “‘Las capas de la memoria’. Contemporaneidad, Sucesión y transmisión generacionales en España (1931-2006)”, en *Hispania Nova*, n° 7. Disponible en: <http://hispanianova.rediris.es>

\_\_\_\_\_ (2008). *La odisea de la memoria, historia de la memoria en España, siglo XX*. Madrid: Almanza.

DEL VALLE, Carlos; Eduardo MIRANDA; Manuel ORTIZ y Claudio AGÜERO (2008). “Sentencia penal y actos de discurso”, en CALVO, José (dir.): *Implicación, Derecho, Literatura. Contribuciones a una Teoría Literaria del Derecho*. Granada: Comares.

- DELEUZE, Gilles (1988). *Foucault*. University of Minnesota Press.
- DELEUZE, Gilles y GUATTARI, Félix (2002). *Mil mesetas*. Valencia: Pre-textos.
- DERRIDA, Jacques (1971). *Firma, acontecimiento, contexto*. Edición electrónica
- \_\_\_\_\_ (1989a). *La escritura y la diferencia*. Barcelona: Anthropos Editorial.
- \_\_\_\_\_ (1989b). *Márgenes de la filosofía*. Madrid: Cátedra.
- \_\_\_\_\_ (1997). *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Tecnos.
- DÍEZ, Anabel (2013). “Garzón: ‘Mi absolución ha sido la condena para las víctimas del franquismo’”, en *El País*. Madrid, 15 de mayo de 2013. Disponible en: <http://www.psoe.es/ambito/zaragozalasfuentes/pressnotes/index.do?id=688802&action=View>
- DOLZ LAGO, Manuel J. (2012). “Comentarios de jurisprudencia penal por el compañero, fiscal del T.S, Manuel Jesús Dolz-Lago”, en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 7889.
- DURKHEIM, Emile (1982). *Las formas elementales de la vida religiosa*. Madrid: Akal.
- \_\_\_\_\_ (1987). *La división del trabajo social*. Madrid: Akal.
- \_\_\_\_\_ (2003). *Las reglas del método sociológico*. Buenos Aires: Gorla.
- El Diario (26/08/2016). *La trama Gürtel, a juicio este otoño*. Madrid. El Diario.es
- ELSTER, Jon (2010). *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz.
- EQUIPO NIZKOR (2004). *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*. Derechos.org

ESCUADERO ALDAY, Rafael (2013). “Los tribunales españoles ante la memoria histórica: el caso de Miguel Hernández”, en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, nº 11. Disponible en: <http://hispanianova.rediris.es>

ESPINOSA MAESTRE, Francisco (2009). *Callar al mensajero: La represión franquista. Entre la libertad de información y el derecho al honor. Entre la libertad de información y el derecho al honor* (Vol. 360). Madrid: Grupo Planeta.

\_\_\_\_\_ (2014) “La interminable lucha por la investigación de la represión franquista”, en: *Los crímenes del franquismo. Crónica Popular. Suplemento especial*, n 5. pp. 12-19. Madrid: Renovación Editorial.

ETXEBERRIA GABILONDO, Francisco, et. al. (2002). “Antropología del pasado reciente: una fosa común de la Guerra Civil Española en Priaranza del Bierzo (León)”, en *Antropología y Biodiversidad*, pp. 431-446. Ediciones Bellaterra.

FEIERSTEIN, Daniel (2012). *Memorias y representaciones: Sobre la elaboración del genocidio*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

\_\_\_\_\_ (2016) *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (2009). “Las víctimas y el derecho internacional”, en *A.E.D.I.*, vol. XXV, pp. 3-66.

FERNÁNDEZ-MONTESINOS GURRUCHAGA, Andrea (2008). *Hijos de vencedores y vencidos; los sucesos de febrero de 1956 en la Universidad Central*. Memoria de Master, Departamento de Historia Contemporánea, Facultad de Geografía e Historia, Universidad Complutense. Septiembre 2008.

FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

- FERRÁNDIZ MARTÍN, Francisco (2007). “Exhumaciones y políticas de la memoria en la España contemporánea”, de “Dossier: Generaciones y memoria de la represión franquista: un balance de los movimientos por la memoria”, en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, nº 7. <http://hispanianova.rediris.es>
- \_\_\_\_\_ (2011a). “Guerras sin fin: guía para descifrar el Valle de los Caídos en la España contemporánea / Lingerin Wars: Deciphering the Valley of the Fallen in Contemporary Spain”, en *Política y sociedad*, vol. 48, nº 3, pp. 481-500.
- \_\_\_\_\_ (2011b). “Autopsia social de un subterro”, en *Isegoría (Revista de filosofía moral y política)*, nº 45, julio-diciembre, pp. 525-544.
- FIBGAR – Fundación Internacional Baltazar Garzón Real (2014). *Congreso Jurisdicción Universal en el Siglo XXI*. Fibgar.org
- Forensis Project. Forensics Architecture del Center for Research Architecture, en <http://www.gold.ac.uk/architecture/>.
- FOUCAULT, Michel (1973). *La verdad y las formas jurídicas*. Ciclo de Conferencias, Río de Janeiro, 21 al 25 de mayo de 1973. Disponible en: [http://www.posgrado.unam.mx/arquitectura/aspirantes/La\\_verdad.pdf](http://www.posgrado.unam.mx/arquitectura/aspirantes/La_verdad.pdf)
- \_\_\_\_\_ (1978). *Microfísica del poder*. Madrid: La Piqueta.
- \_\_\_\_\_ (1990). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI.
- \_\_\_\_\_ (1996). *Genealogía del racismo*. Madrid: Altamira.
- \_\_\_\_\_ (2006): *Historia de la sexualidad. Vol. I: La voluntad de saber*. México: Siglo XXI.
- Instituto Internacional de Sociología Jurídica (IISJ). Seminario de la Justicia Transicional en el País Vasco y España. Oñati, 2014.

GABORIT, Mauricio (2006a): “Memoria histórica: Relato desde las víctimas”, en *Pensamiento Psicológico*, vol. 2, n° 6, 2006, pp. 7-20. Cali, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

\_\_\_\_\_ (2006b). “Desastres y trauma psicológico”, en *Pensamiento Psicológico*, vol. 2, n° 7, pp. 15-39. Cali, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

\_\_\_\_\_ (2006c): “Memoria histórica: revertir la historia desde las víctimas”. *ECA – Estudios Centroamericanos*, vol. 61, n° 693-694; pp. 663-684. San Salvador.

\_\_\_\_\_ (2007): “Recordar para vivir. El papel de la memoria histórica en la reparación del tejido social”. *ECA – Estudios Centroamericanos*, n° 701-702, pp. 203-218. San Salvador.

GALLEGO, Soledad; DE LA CUADRA, Bonifacio (1989). *Crónica secreta de la Constitución*. Madrid: Tecnos.

GÁLVEZ BIESCA, Sergio (2000): “El proceso de la recuperación de la memoria histórica en España: Una aproximación a los movimientos sociales por la memoria”, en *International Journal of Iberian Studies*, vol. 19, n° 1.

GANDULFO, Eduardo (2009). “¿Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica”, en *Política criminal*, vol. 4, n° 8, pp. 292-382.

GARCÍA PELAYO, Manuel (1959). *El reino de Dios, arquetipo político: estudio sobre las formas políticas de la alta Edad Media*. Madrid: Revista de Occidente.

\_\_\_\_\_ (1991). *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.

GARCÍA-BERRÍO HERNÁNDEZ, Teresa (2006). “La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación”, en *Foro. Revista de*

*Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, n° 4, pp. 127-152. Universidad Complutense de Madrid.

GARZÓN, Baltasar (2016). *En el punto de mira*. España: Planeta.

GATTI, Gabriel (2006). “Las narrativas del detenido-desaparecido (o de los problemas de la representación ante las catástrofes sociales)”, en *CONfines*, 2/4.

\_\_\_\_\_ (2014a). *Surviving Forced Disappearance in Argentina and Uruguay: Identity and Meaning*. Estados Unidos: Palgrave Macmillan.

\_\_\_\_\_ (2014b) “Como la [víctima] española no hay. (Pistas confusas para poder seguir de cerca y entender la singular vida de un personaje social en pleno esplendor)”, en *Kamchatka. Revista de análisis cultural*, n° 4, pp. 275-292.

\_\_\_\_\_ (Ed). (2017). *Un mundo de víctimas*. España: Antropos (en prensa).

GIL GIL, Alicia (2009). *La justicia de transición en España; de la amnistía a la memoria histórica*. Barcelona: Atelier, Barcelona.

\_\_\_\_\_ (2010a). “¿Es posible todavía la persecución penal de los crímenes de la guerra civil y del franquismo?”, en *Luces y sombras de la seguridad internacional en los albores del siglo XX: Jornadas de Estudios de Seguridad*, pp. 225-244. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED.

\_\_\_\_\_ (2010b). “La excepción al principio de legalidad del número 2 del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 63, n° 1, pp. 131-164.

\_\_\_\_\_ (2012). “Los crímenes de la guerra civil española; ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? (Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado



- Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española)”. *InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, nº 4.
- GOFFMAN, Erving (1997). *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Buenos Aires: Amorrortu.
- GIRARD, René (1983). *La violencia y lo sagrado*. Barcelona: Anagrama.
- GÓMEZ GARCÍA, Concepción (2015). *La crónica de sucesos criminales en el cine español (1912-1982)*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III, Madrid.
- GONZÁLEZ, Enric (2011). “Martí Gómez y Enric González o el oficio de ser periodista”. [www.Jotdown.es](http://www.Jotdown.es)
- GONZÁLEZ, José Calvo (1993). *El discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*. Madrid: Tecnos.
- GONZÁLEZ DE TENA, Francisco (2007). *Puentes de escarcha: sistemas de socialización de los internos en los hogares de auxilio social*. Tesis Doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- GOODY, Jack y WATT, Ian (1996). “Las consecuencias de la cultura escrita”, en GOODY, Jack, *Cultura escrita en sociedades tradicionales*. Barcelona: Gesida.
- HALL, Stuart (1981): “La cultura, los medios y el efecto ideológico”, en CURRAN, James y otros (comps.) *Sociedad y comunicación de masas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- HABERMAS, Jürgen (1987). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Tauros.
- HALBWACHS, Maurice (2004). *La memoria colectiva*. Prensa Universitaria de Zaragoza.

HARDT, Michael y NEGRI, Antonio (2000). *Imperio*. Cambridge. Massachussets: Harvard University Press

\_\_\_\_\_ (2004). *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*. Barcelona: Random House Mondadori.

HEIDEGGER, Martin (1974). *El ser y el tiempo*. México: F.C.E.

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos (2010). “Los Consejos de Guerra bajo el franquismo”, ponencia presentada en el *II Col·loqui Internacional sobre “La represió franquista i la revisió jurídica de les dictadures”*. Memorial Democràtic de Catalunya, 9 al 11 de junio de 2010.

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos; DOÑATE MARTÍN, Antonio; FONTANA, Josep (2012). *Jueces, pero parciales: la pervivencia del franquismo en el poder judicial*. Barcelona: Pasado & Presente.

JULIÁ, Santos (1999). “De ‘guerra contra el invasor’ a ‘guerra fratricida’”. Extractos del prólogo a JULIÁ, Santos (coord.), *Víctimas de la Guerra Civil*, pp. 11-54. Madrid: Temas de Hoy.

JUNQUERA, Natalia (2012). “Las víctimas: ‘El Supremo nos ha hecho perder mucho tiempo’”, en *El País*. Madrid, 27 de febrero de 2012.

\_\_\_\_\_ (2013). *Valientes*. Madrid: Aguilar.

KARTÚN, Mauricio (2007). “Dramaturgia y narrativa. Algunas fronteras en el cielo”, en *La revista del CCC*, n° 1.

KELSEN, Hans (1943) “Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminals, en *California Law Review*, vol. 31, n° 5, pp. 530-571.

\_\_\_\_\_ (1945). “The rule against *ex post facto* law and the prosecution of the axes war criminals”, en *The judge advocate Journal*, vol. 2, n°3, pp. 8-17.

\_\_\_\_\_ (1995). *Teoría general del derecho y del estado*. Méjico: UNAM.

KERTZER, Jon (2009). “Time’s Desire: Literature and the Temporality of Justice”, en *Law, Culture and the Humanities*, vol. 5, n° 2, pp. 266-287.

KLEMPERER, Victor (2001). *LTI, la lengua del III Reich. Apuntes de un filólogo*. Barcelona: Minúscula.

KOSELLECK, Reinhart (1993). *Futuro pasado, para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Paidós.

KRISTOF, Agota (2007). *Claus y Lucas: El gran cuaderno, La prueba, La tercera mentira*. España: El Aleph.

KUPPE, René Y POTZ, Richard (1995). «La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro», *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, N° 3, 1995.

La Causa General. Informe (1943). *Prólogo*. [www.causageneral.org](http://www.causageneral.org)

La Santa Biblia (1999). *Génesis 11:1-9; La torre de Babel*. Biblegateway. Biblica, Inc.

LABANYI, Jo (2007). “Memory and Modernity in Democratic Spain. The Difficulty of Coming to Terms with the Spanish Civil War”, en *Poetics Today*, vol. 28, n° 1, pp. 89-116. Duke University Press.

LÁZARO, JULIO (02/02/2012). “Relato del horror franquista en el Supremo”. *El País*.

- LEDESMA, José Luis (2009). “Del pasado oculto a un pasado omnipresente: las violencias en la Guerra Civil y la historiografía reciente”, en *Revista de Historia Jerónimo Zurita*, vol. 84, pp. 163-188.
- LEVI, Primo (2005). *Trilogía de Auschwitz: Si esto es un hombre, La tregua, Los hundidos y los salvados*. México: Océano.
- LÉVINAS, Emmanuel (2003). *De otro modo que ser o más allá de la esencia*. España: Sígueme.
- LIMA, Andrés (2015). *El pan y la sal. Juicio a la memoria histórica*. Madrid. Youtube.
- LJUBOJEVIĆ, Ana. (2013). “What’s the Story? Transitional Justice and the Creation of Historical Narratives in Croatia and Serbia”, en *Politička misao*, vol. 49, n°5, pp. 50-68.
- LÓPEZ, Maricel Alejandra (2012): “Exiliados políticos y la constitución como víctimas frente al estado: implicaciones para la acción política y el proceso de reparación en Argentina”, en *Jornadas de trabajo: Exilios políticos del cono sur en el siglo XX*. Universidad Nacional de La Plata, del 26 al 28 de septiembre de 2012.
- LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, Javier (2013): “Las razones comprensivas y la fundamentación de los Derechos Humanos. Genealogía de una ética de los DDHH”, artículo de las Publicaciones del Berg Institute. Disponible en: <http://www.berg-institute.org/publicaciones/libros/articulos>
- LUHMANN, Niklas (1968). *Fin y racionalidad en los sistemas*. Madrid: Editora Nacional.
- \_\_\_\_\_ (1989). *Ecological Communication*. Cambridge, Gran Bretaña: Polity Press.
- \_\_\_\_\_ (1990). *Political Theory in the Welfare State*. Berlín: Walter de Gruyter.
- \_\_\_\_\_ (1996). *Confianza*. México: Anthropos / Universidad Iberoamericana.

\_\_\_\_\_ (1998a). *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores / Universidad Iberoamericana.

\_\_\_\_\_ (1998b). *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos Editorial / Universidad Iberoamericana / CEJA, Pontificia Universidad Javeriana.

\_\_\_\_\_ (1998c). “Inclusión y exclusión”, en *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, pp. 167-195. Madrid: Trotta.

\_\_\_\_\_ (2002). *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana.

LYOTARD, Jean-François (1993). *La condición postmoderna*. Barcelona: Planeta.

MACEDO RIZO, Jhany Marcelo (2012). *El derecho como discurso en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana (Tesis de Master)*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derechos, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá.

MAESTRES, Brígida (1998). *La corrupción, estrategias bajo la sombra*. Caracas: Ediciones LX Años. Contraloría General de la República.

MAQUIAVELO, Nicolás (2010). *El príncipe*. Buenos Aires: Akal.

\_\_\_\_\_ (2000). *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Madrid: Alianza Editorial.

MARONGIU, Antonio (1953). “Un momento típico de la monarquía medieval: el Rey juez”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° 23, pp. 677-716.

MARTHALAY, Angela (2012). “El Supremo absuelve a Garzón pese a su instrucción plagada de ‘errores’”, en *Libertad Digital*. 27 de febrero de 2012.

- MARTÍ GÓMEZ, Josep y PORTA, Carles (2013). *El periodista ante el crimen*. Lamaentable.org.
- MARTIN BERISTAIN, Carlos (2010). *Manual sobre perspectiva psicosocial en la investigación de derechos humanos*. CEJIL.
- MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco (1984). *El árbol del conocimiento*. Madrid: Editorial Debate.
- MAUSS, Marcel y LÉVI-STRAUSS, Claude (1971). *Sociología y antropología*. Madrid: Tecnos.
- MEAD, George Herbert (1973). *Espíritu, persona, sociedad*. Barcelona: Paidós.
- MEDEL - Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades (2009). *Coloquio internacional sobre memoria histórica; ¿se puede juzgar la historia?* Madrid: Fundación Antonio Carretero.
- MEDINA DOMÍNGUEZ, Alberto (2000). “Simulación y simulacro”, en *Quimera*, nº 188-189, pp. 27-43.
- \_\_\_\_\_ (2001). *Exorcismos de la memoria. Políticas y poética de la melancolía en la España de la transición*. Madrid: Ediciones Libertarias/Prodhufi.
- MELIÀ, Josep (1976). *¿Qué es la reforma política?*. Barcelona: La Gaya Ciencia.
- MENA, José María (2010). *De oficio, fiscal*. Barcelona: Ariel.
- MESSUTI, Ana (1999). “Derecho penal y derechos humanos; Los círculos hermenéuticos de la pena”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, año 7, nº 28.
- \_\_\_\_\_ (2008). *La justicia deconstruída*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.

- \_\_\_\_\_ (2014). Intervención en el *Congreso Jurisdicción Universal en el Siglo XXI*. Fundación Internacional Baltasar Garzón (FIBGAR). Madrid.
- MÍGUEZ MACHO, Antonio (2014). *La genealogía genocida del franquismo: violencia, memoria e impunidad*. Madrid: Abada.
- MOLINERO, Carme (2010) “La transición y la ‘renuncia’ a la recuperación de la ‘memoria democrática’”, en *Journal of Spanish Cultural Studies*, vol. 11, n° 1, pp. 33-52.
- MONTANOS FERRÍN, Emma (1997). “El jus commune en los albores de la ‘codificación’ en el reino de Galicia: fundamento de su literatura jurídico-doctrinal. Su mantenimiento en los ‘planes de estudio’ de la facultad de leyes compostelana y su aplicación en la real audiencia”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 1, pp. 387-400.
- MORAN, Gregorio (2015). *El precio de la transición*. Madrid: Akal.
- MUÑOZ SORO, Javier (2009). “La reconciliación como política: memoria de la violencia y la guerra en el antifranquismo”, en *Revista de Historia Jerónimo Zurita*, vol. 84, pp. 113-134.
- NAVARRO, Vicenç (2010). “Los vencidos tienen distinta memoria histórica que los vencedores”. Vnavarro.org. 5 de julio de 2010.
- NAVARRO RÍOS, Pilar (2014). “Carlos Slepoy Prada, los españoles que impulsan la querrela argentina están construyendo la historia”, en *Los crímenes del franquismo. Crónica Popular*. Suplemento especial, n° 5, pp. 166-171. Madrid: Renovación Editorial.
- NIETZSCHE, Federico (1998). *El nacimiento de la tragedia*. Madrid: Biblioteca Edaf.
- NORA, Pierre; CUESTA, Josefina (1998). “La aventura de Les lieux de mémoire”, en *Ayer*, n° 32, p. 17-34.

- NUSSBAUM, Martha (1997). *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida Pública*. Barcelona: Editorial Andrés Bello.
- ORTIZ HERAS, Manuel (2006). “Memoria social de la guerra civil: la Memoria de los vencidos, la memoria de la frustración”. *Historia Actual Online*, n° 10, pp. 179-198.
- ORWELL, George (1999). *1984*. Barcelona: Destino.
- OST, François (1993) “Júpiter, Hércules, Hermes. Tres modelos de juez y de derecho”, en *Doxa*, n° 14.
- \_\_\_\_\_ (2000). “El tiempo, cuarta dimensión de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, n° 1, pp. 287-310.
- \_\_\_\_\_ (2002). “Tiempo y contrato: crítica del pacto fáustico”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 25, pp. 597-626.
- \_\_\_\_\_ (2003). *El tiempo del derecho*. México: Siglo XXI.
- \_\_\_\_\_ (2006). “El reflejo del Derecho en la literatura”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 29, pp. 333-348.
- OTTO Y PRADO, Ignacio de (1977). *¿Qué son la constitución y el proceso constituyente?* Barcelona: La Gaya Ciencia.
- PEREZAGUA, Marina (2013). *Leche*. Barcelona: Los libros del lince.
- PIÑA RIVERO, Mariano Alexis; LÓPEZ GAONA, Luis Fernando (2015). *Procesos de victimización secundaria que viven las mujeres víctimas de familiares de desaparición forzada*. Tesis Doctoral.



PRESTON, Paul (2011). *El holocausto español; odio y exterminio en la guerra civil y después*. Barcelona: Debate – Random House Mondadori.

RENDUELES, Guillermo (2011). “El estado del malestar”, en *El estado mental*, n° 1.

RESINA, Joan Ramon; WINTER, Ulrich, comps. (2005). *Casa encantada: lugares de memoria en la España constitucional (1978-2004)*. Frankfurt y Madrid: Vervuert Iberoamericana.

REYES MATE, Manuel (2009). “La herencia del olvido”, en *El País* (versión impresa), 18 de enero de 2009.

RICOEUR, Paul (1997). *Lo justo*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

\_\_\_\_\_ (1999). *Historia y narratividad*. Barcelona: Paidós.

\_\_\_\_\_ (2000). *La memoria, la historia, el olvido*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

\_\_\_\_\_ (2006). *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*. Madrid: Siglo XXI.

RIO SÁNCHEZ, Ángel del (2010) “Clamor de cenizas. Las memorias de la deportación en nuestra sociedad contemporánea”, en SERRANO BLANQUER, David, *Un cadáver en el espejo*. Fundació ARS / CILEC. Disponible en [Politicasdela memoria.org](http://Politicasdela memoria.org)

RODRIGO, Javier (2003). *Los campos de concentración franquista: entre la historia y la memoria*. Madrid: Siete Mares.

\_\_\_\_\_ (2013) *Cruzada, paz, memoria. La guerra civil en sus relatos*. Granada: Comares.

- RODRÍGUEZ, Clemencia (2013). “El problema de la ‘invisibilidad’ de las víctimas, a partir de la noción de ‘violencia política’ en el pensamiento de Hannah Arendt”. *Congreso Internacional ¿Las víctimas como precio necesario? Memoria, justicia, reconciliación*. Madrid: Centro de Ciencias Humanas y Sociales - CSIC.
- RUIZ-VARGAS, José María (2006). “Trauma y memoria de la Guerra Civil y de la dictadura franquista”, en *Hispania nova*, vol. 6, p. 299-336.
- SALAS, Yolanda (1998). “La cárcel y sus espíritus guerreros: Una aproximación a los imaginarios de la violencia”, en *Tribuna del investigador*, vol. 5, n° 1, pp. 20-37.
- SANDOVAL, Lorenzo (2014). “Forensis. La composición negociada de la verdad pública”, en Editorial Concreta, <http://www.editorialconcreta.org/Forensis-La-composicion-negociada>.
- SAN MIGUEL, Nekame (2014). *Justicia transicional, dificultades y dudas*. La justicia transicional en el País Vasco y España desde una perspectiva comparada. Oñat: IISJ.
- SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón (2009). “Justicia transicional; ¿se puede juzgar la historia?”, en MEDEL - Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades, *Coloquio internacional sobre memoria histórica; ¿se puede juzgar la historia?*, pp. 85-111. Madrid: Fundación Antonio Carretero.
- \_\_\_\_\_ (2010). “Los jueces y el aprendizaje de la impunidad, a propósito de los crímenes del franquismo”, en *Mientras tanto*, n° 114, pp. 41-72.
- \_\_\_\_\_ (2012). “Crímenes de estado: el juez en la encrucijada del derecho interno y la legalidad internacional”, en *Jueces para la democracia*, n° 71, pp. 91-106.
- SARLO, Beatriz (2007). *Tiempo pasado. Cultura de la memoria y giro subjetivo. Una discusión*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- SASSEN, Saskia (2007) A sociology of globalization. *Análisis político*, 2007, vol. 20, n° 61, pp. 3-27.
- SCHÜTZ, Adolf (2001). *Las estructuras del mundo de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- SERRANO MORENO, Juan Enrique (2009). *De la recuperación de la memoria histórica a la reapropiación del nacionalismo español por la izquierda murciana*. Congreso AECPA. Málaga.
- SEMPRÚN, Jorge (1995). *La escritura o la vida*. Barcelona: Tusquets.
- SERRES, Michael (1995). *Atlas*. Madrid: Cátedra.
- STEINER, George (1998). *After Babel: Aspects of Language and Translation*. Oxford Paperbacks.
- SILVA, Emilio (2014). “Una memoria que camina hacia la justicia”, en *Crónica Popular: los crímenes del franquismo*. Suplemento especial, n° 5, pp. 30-35. Madrid: Renovación Editorial.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1997). “Política criminal y nuevo derecho penal”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), *Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: BOIX.
- SOLÉ, Queralt (2010). “Usos políticos dels morts de la Guerra Civil”, en *Via 14. Revista Del Centre d’Estudis Jordi Pujol*, n° 2.
- TAMARIT SUMALLA, Josep (2010). “Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición”, en *InDret: revista para el análisis del derecho*, n° 1.
- \_\_\_\_\_ (2012). “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, en *Política criminal*, vol. 7, n° 13, pp. 74-93.

- \_\_\_\_\_ (2013). “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, en *InDret: revista para el análisis del derecho*, nº 1, pp. 1-31.
- TAPIA GÓMEZ, Ariel Alejandro (2007). “Crítica de la Victimización; la construcción social de las víctimas”, en *Realidad Jurídica*, vol. 11.
- TÉBAR RUBIO-MANZANARES, Ignacio Jaime (2015). *La representación del enemigo en el Derecho penal del primer franquismo (1938-1944)*. Tesis Doctoral. Universidad de Alicante.
- TELEL, Ruti (2003). “Genealogía de la justicia transicional”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, p. 69-94.
- TOMÁS y VALIENTE, Francisco (2004). *Manual de Historia del Derecho Español*. 4ta Edición. Madrid: Tecnos.
- TRANCHE Rafael R. y SÁNCHEZ-BIOSCA Vicente (2000). *NO-DO, el tiempo y la memoria*. Madrid: Cátedra.
- UTRERA MOLINA, José (2014). “Nota de Prensa”. Fundación Nacional Francisco Franco. Noviembre, 2014. Disponible en: [http://www.fnff.es/OTA\\_DE\\_PRE\\_SA\\_2530\\_c.htm](http://www.fnff.es/OTA_DE_PRE_SA_2530_c.htm)
- VALLEJO-NÁJERA, Antonio (1937). “Eugenésia de la hispanidad y regeneración de la raza”. Burgos: Editorial Española.
- VÁZQUEZ, Félix (2001). *La memoria como acción social: relaciones, significados e imaginario*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- VÁZQUEZ MONTALBÁN, Manuel (1978). *Los demonios familiares de Franco*. Barcelona: Dopesa.

- VERDEJA, Ernesto (2004). "Derrida and the Impossibility of Forgiveness", en *Contemporary Political Theory*, n° 3, pp. 23-47.
- \_\_\_\_\_ (2006). "A Normative Theory of Reparations in Transitional Democracies", en *Metaphilosophy*, vol. 37, n° 3-4.
- VERGÈS, Jacques (2008). *Estrategia judicial en los procesos políticos*. Barcelona: Anagrama.
- VIAGA, Fernández (1977). *¿Qué es la justicia democrática?* Barcelona: La Gaya Ciencia.
- VILARÓS SOLER, Teresa (2004). "El baño del ministro y el embajador: Palomares, 1966", en *Res Publica. Revista de filosofía política*, vol. 13-14, pp. 251-266.
- \_\_\_\_\_ (2005) "Banalidad y biopolítica. La transición española y el nuevo orden del mundo", en *Desacuerdos. Sobre arte, política y esfera pública en el estado español*, vol 2, pp. 29-51. Barcelona: MACBA.
- VINYES, Ricard (2002). *Irredentas: las presas políticas y sus hijos en las cárceles de Franco*. Barcelona: Temas de hoy.
- WADE, Marianne L. (2009). "Genocide: The Criminal Law between Truth and Justice", en *International Criminal Justice Review*, vol. 19, n° 2, pp. 150-174.
- WALLACE, Donald H. (2004). "Criminal Justice Decisions of Various International Courts of 2004", en *International Criminal Justice Review*, vol.15, N° 2, pp. 205-235.
- WEBER, Max (2014). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- WEISZ, Eduardo (2011). "Entre el pasado no recordado y el pasado que no quiere pasar", en *III Seminario Internacional Políticas de la Memoria, "Recordando a Walter*

*Benjamin; Justicia, Historia y Verdad. Escrituras de la Memoria*". Buenos Aires, 28 a 30 de octubre de 2011.

YUSTA RODRIGO, Mercedes (2002). "Historia, identidad y militancia política: 'mujeres antifascistas' en el exilio francés (1946-1950)", en *Usos públicos de la Historia. VI Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea*, Carlos FORCADELL ÁLVAREZ, Carmen FRÍAS CORREDOR, Ignacio PEIRÓ MARTÍN, Pedro Víctor RÚJULA LÓPEZ (coords.), vol. 1, pp. 613-634. Zaragoza, edición no venal.

\_\_\_\_\_ (2011). "¿Memoria versus justicia"? La 'recuperación de la memoria histórica' en la España actual", en *Amnis*, n° 2 2011.

YERUSHALMI, Yosef (1998). *Los usos del olvido. Comunicaciones al coloquio de Royaumont*. Buenos Aires: Nova visión.

ZAMORA, José A., MATE, Reyes y MAISO, Jordi (ED) (2016). *Las víctimas como precio necesario*. Madrid: Trotta.

ZULOAGA LOJO, Lohitzune (2001). *La priorización de la inseguridad ciudadana como problema. Las claves de su presencia en la agenda pública*. Tesis Doctoral. Tesis doctoral. Universidad Pública de Navarra (UPNA).

## **Noticias y páginas web**

CEAQUA - Coordinadora estatal de apoyo a la Querrela Argentina contra crímenes del franquismo. <http://www.ceaqua.org/>

EFE - (17/06/2016). "Exigen a los partidos que incluyan una ley sobre víctimas del franquismo en sus programas". <http://www.efe.com>

DESALAMBRE (31/01/2014). “Claves para entender la reforma que acaba con la justicia universal en España”. [www.eldiario.es](http://www.eldiario.es)

## **Documentos Oficiales**

### **AUDIENCIA NACIONAL**

- *AAN 16/10/2008, de 16 de octubre (auto de competencia)*
- *AAN 18/11/2008, de 18 de noviembre (inhibición de competencia)*
- *AAN 88/2008, de 2 de diciembre (cuestión de competencia)*

### **CORTES GENERALES. *Diario de Sesiones***

- 14 de Octubre de 1977
- Num 11-II Serie B, de 24 de julio de 1979 (BOCG B – 011-II 24071979) Propositiones de Ley 27 de Julio de 1979. Número 11-III. Dictamen de la Comisión Reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada guerra civil.

### **CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Diario de Sesiones (DS)***

- 1977, nº 14 - Sesión Plenaria núm. 11 - viernes, 14 de octubre de 1977 (debate Ley de Amnistía).(CD/DS 14/10/1977)
- 2002, nº 625. Constitucional. Sesión nº 19 celebrada el miércoles, 20 de noviembre de 2002, pp. 20509-20510. (CD/DS/CC 20/11/2002).
- 2003, nº 274. Pleno y Comisión Permanente. 10 de septiembre de 2003, pp. 14344 (CD/DS 10/09/2003).
- 2003, nº A-129-1 de 14/02/2003.

- 2011, nº 262. 14 de julio de 2011. Pleno y Diputación Permanente. Sesión plenaria.
- 2011, nº 2644. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. 19 de julio de 2011. (CD/DS 19/07/2011)
- 2013, nº 112. Pleno y Diputación Permanente. Año 2013. Legislatura. Martes 21 de mayo de 2013. (CG/D 21/05/2013)

## **GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia. Agencia Estatal**

### ***Boletín Oficial del Estado (BOE):***

- 1882. Nº 260, de 17 de septiembre de 1882 (BOE-A-1882-6036). Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 1939. 13 de febrero de 1939 (BOE 09/02/1939): “Ley de 9 de febrero de 1939 de responsabilidades políticas”.
- 1940. Nº 62, de 1 de marzo de 1940 (BOE 01/03/1940): “Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y del comunismo”.
- 1977. Nº 248, de 17 de octubre de 1977 (BOE-A-1977-2493): “Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía”.
- 1978. Nº 311, de 29 de diciembre de 1978 (BOE-A-1978-31229): “Constitución”.
- 1980. Nº 165 de 26 de junio de 1980. “Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana”.
- 1995. Nº 281, de 24 de noviembre de 1995 (BOE-A-1995-25444): “Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”.
- 2003. Nº 156, de 1 de julio de 2003 (BOE-A-2003-13022). Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.
- 2006. Nº 162, 8 julio 2006 (BOE-A-2006-12309): “Ley 24/2006, de 7 de julio, sobre declaración del año 2006 como Año de la Memoria Histórica”.



- 2007. N° 310, de 26 de diciembre de 2007 (BOE-A-2007-22296): “Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura”.
- 2011. N° 229, de 23 de septiembre de 2011 (BOE-A-2011-15039): “Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo”. TC - Última modificación: 26 de diciembre de 2013.

#### **GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia:**

- Informe General de la Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo. 28 de julio de 2006. (Presidencia, 28/07/2006).

#### **NACIONES UNIDAS**

- Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff Misión a España (A/HRC/27/56/Add.1).

#### **SENADO**

- N° 133, 20 de septiembre de 2011, p. 7995.

#### **TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

##### *Sentencias (STS):*

- STS 101/2012, de 27 de febrero de 2012. Sentencia del caso “Manos Limpias y Asociación Libertad e Identidad vs Baltasar Garzón” por prevaricación judicial.

- STS 79/2012, de 9 de febrero. Sentencia del caso “Peláez, Crespo y Correa vs. Garzón” por prevaricación judicial con violación de las garantías constitucionales.

*Sala de Prensa (SP):*

- SP/STS 101/2012. Tribunal Supremo. Sentencia del caso “Manos Limpias y Asociación Libertad e Identidad vs Baltasar Garzón” por prevaricación judicial, STS 101/2012. Lunes, 27 de febrero de 2012.

### **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – ESTRASBURGO**

- Sentencia (STEDH, 2013), asunto del Rio Prada c. España, 21 de octubre de 2013.



ANEXO

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**  
**SENTENCIA**

*Sentencia N°:* 101/2012

*CAUSA ESPECIAL N°:* 20048/2009

*Fallo/Acuerdo:* Sentencia Absolutoria

*Voto Particular*

*Procedencia:* JUICIO ORAL

*Fecha Sentencia:* 27/02/2012

*Ponente Excmo. Sr. D.:* Andrés Martínez Arrieta

*Secretaría de Sala:* Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

*Escrito por:* AMV

**\*CAUSA ESPECIAL. Prevaricación judicial. Los denominados "juicios de la verdad". Intepretación errónea del Derecho e injusticia. Votos particulares concurrente y disidente.**

**Nº: 20048/2009**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta**

**Vista: 24/01/2012**

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo**

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Penal***

***SENTENCIA Nº: 101/2012***

**Excmos. Sres.:**

**D. Carlos Granados Pérez**  
**D. Andrés Martínez Arrieta**  
**D. Julián Sánchez Melgar**  
**D. Perfecto Andrés Ibáñez**  
**D. José Ramón Soriano Soriano**  
**D. José Manuel Maza Martín**  
**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

Visto en juicio oral y público y en única instancia la presente Causa Especial núm. 3/ 20048/2009, tramitada por el Procedimiento Abreviado y seguida ante esta Sala por delito de prevaricación judicial, contra el acusado D. Baltasar Garzón Real, titular del D.N.I. número 26.182.037-X, nacido en Torres (Jaén) el 26 de octubre de 1.955, hijo de Ildefonso y de María, y con domicilio profesional en Madrid, c/ García Gutiérrez s/n, de profesión Magistrado, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional en estas actuaciones en las que no consta haya estado privado de la misma en ningún momento, representado por la Procuradora Doña Virginia Aragón Segura y defendido por el letrado D. Gonzalo Martínez Fresneda; y habiendo sido parte el Ministerio Fiscal en la representación que ostenta, en el ejercicio de la acusación popular el Sindicato de Funcionarios Públicos "Manos Limpias" y la Asociación Civil Libertad e Identidad, representados por el Procurador D. José Carlos Peñalver Garcerán y defendidos por el Letrado D. Joaquín Ruiz de Infante Abella.

## **I. ANTECEDENTES**

**Primero.-** La presente causa se incoó en virtud de querrela formulada por la representación del Sindicato de Funcionarios Públicos "Manos Limpias", a la que se acumuló la causa 3/ 20153/2009 incoada por los mismos hechos, en virtud de querrela de la representación de la Asociación Civil Libertad e Identidad, en ejercicio de la acción popular, contra el que después sería imputado, en las que tras referir los hechos que imputaban al mismo y entender constituían delito de prevaricación, terminaron suplicando su admisión a trámite y la práctica de las pruebas que en tales escritos se proponían.

**Segundo.-** La Sala Segunda del Tribunal Supremo, a quien correspondía por el fuero del querrellado el conocimiento de los hechos expuestos en la mencionada querrela, dicto auto el 26 de mayo de 2009, en el que acordó declararse competente para la instrucción y, en su caso, el enjuiciamiento de esta causa; admitiendo a trámite la querrela y designando instructor. Contra la referida resolución formuló recurso de súplica la representación del querrellado y se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la representación del querellante.

**Tercero.-** El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente y por escrito de 8 de junio de 2009 interesó la estimación del recurso de súplica formulado contra el auto de 26 de mayo y se sustituya por otro que acuerde la inadmisión a trámite de la querrela presentada.

La representación del querellante, por escrito de 7 de Junio de 2009, formuló oposición al recurso planteado, interesando la confirmación en todos sus extremos del auto recurrido.

**Cuarto.-** Por auto de 15 de Junio de 2009 se acuerda la desestimación del recurso de súplica formulado contra el anterior de 26 de mayo que íntegramente se confirma.

**Quinto.-** Que por auto de fecha 7 de abril de 2010 del Magistrado de Instrucción se acuerda la prosecución de la causa por los trámites de los arts. 780 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra el querellado D. Baltasar Garzón Real, por el presunto delito de prevaricación. Acordándose dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a la acusación popular para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o, excepcionalmente, la práctica de las diligencias complementarias, para los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 780 de la LECrm.

**Sexto.-** Que por auto del Magistrado Instructor de la presente causa de fecha 11 de mayo de 2010, se acordó la apertura del juicio oral contra el acusado D. Baltasar Garzón Real.

**Séptimo.-** La acusación popular, en igual trámite, calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación y estimó responsable del delito citado al acusado D. Baltasar Garzón Real, sin concurrencia en los hechos de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pidió se le impusiere al acusado pena de multa de 24 meses, a razón de una cuota de 30 euros por día y la pena de inhabilitación especial para empleo y cargo público por un periodo de 20 años, accesorias y costas.

**Octavo.-** El Ministerio Fiscal interesa se dicte auto de sobreseimiento libre por no estimar existencia de delito y en modo alguno de delito de prevaricación del art. 446.3º del Código Penal, en base a las consideraciones que obran en el escrito que figura unido a las presentes actuaciones.

**Noveno.-** El 24 de enero de 2012 se señaló para la práctica de las cuestiones previas interesadas por la defensa en su escrito de 17 de Junio de 2010, habiendo sido resueltas el siguiente día 31 de enero.

**Décimo.-** En el acto del Juicio Oral la acusación popular modificó su escrito de conclusiones provisionales con incorporaciones puntuales, mediante escrito presentado en el acto de Juicio Oral, manteniéndose los demás extremos en su totalidad.- Tanto por la defensa como por el Ministerio Fiscal se elevaron a definitivas las conclusiones provisionales.

**Undécimo.-** Habiéndose señalado y así se declara para el inicio de la celebración de la vista y posterior deliberación el pasado 24 de Enero de 2012. La vista se desarrolla según las previsiones legales y finaliza el 8 de febrero de 2012.

**Duodécimo.-** Las deliberaciones se han mantenido hasta la fecha con la incorporación de un voto particular concurrente emitido por el Excmo. Sr. Don Julián Sánchez Melgar y un voto particular disidente del Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín.

## **HECHOS PROBADOS**

El 14 de diciembre de 2006, distintas personas físicas y asociaciones que aglutinaban a familiares de desaparecidos y fallecidos durante la guerra civil española y los años de posguerra, presentaron ante la Audiencia Nacional escritos de denuncia en las que ponían en conocimiento del Juzgado tales hechos y que desconocían, hasta la fecha de la denuncia, su situación, el lugar de enterramiento y las circunstancias de su fallecimiento. Asimismo, exponían su derecho a saber y solicitaban la tutela judicial para el descubrimiento de la verdad, la práctica de las actuaciones necesarias y procedentes para la



localización e identificación y, si fuera posible, la entrega a sus familiares para testimoniar su respeto y honra.

Durante los dos años siguientes a la recepción de las denuncias, el juzgado Central de instrucción nº 5, a quien fueron turnadas, las registró e incoó un proceso penal (Diligencias previas 399/2006, luego transformadas en Sumario 53/2008) y se limitó a disponer la ratificación de las denuncias por quienes parecían como representantes de las asociaciones que denunciaban. En el auto incoado expresa el carácter presuntamente ilícito que presentaba lo denunciado. Esa demora en la tramitación de la causa dio lugar a la interposición de denuncias, ante el Consejo General del Poder Judicial contra el Magistrado titular del Juzgado central nº 5, D. Baltasar Garzón Real, magistrado acusado en el presente procedimiento, al que se imputaba un retraso en la resolución y tramitación de las diligencias previas incoadas.

El magistrado solicita informe al Ministerio fiscal sobre competencia, que lo emitió el 29 de enero de 2008 expresando su criterio negativo sobre la competencia del Juzgado Central basándose en la siguiente consideración: "La imprescriptibilidad no se aplica a los hechos denunciados, en razón a que estos solo pueden ser calificados como delitos comunes de acuerdo con los tipos penales contemplados en el Código penal de la época, y en la medida en que la Ley penal no puede ser de aplicación retroactiva". Añade a esa consideración la derivada de "la aplicación de la Ley 46/1977 de Amnistía por tratarse de delitos comunes".

Con fecha 16 de octubre de 2008, el magistrado dicta un auto en el que asume la competencia para el conocimiento de los hechos. En esta resolución dispone cuál es el objeto de la instrucción que acomete: "Quienes se alzaron o rebelaron contra el gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la Constitución entonces vigente y contra Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos y provocaron el exilio forzoso de miles de personas. A fecha de hoy se desconoce el paradero de esos detenidos". Añadiendo que la calificación jurídica que se acoge es la de "un delito permanente de

detención ilegal, sin ofrecerse el paradero de la víctima en el marco de crímenes contra la humanidad, a los que añadirá delitos contra las personas y contra Altos Organismos de la Nación".

También fija el ámbito temporal de su indagación judicial señalando tres épocas de investigación: "la represión masiva a través de los Bandos de 17 de julio de 1936 a febrero de 1937; la de los Consejos de Guerra, desde marzo de 1937, hasta los primeros meses de 1945; y la acción represiva desde 1945 hasta 19522.

En la misma resolución señala la existencia de lo que considera dificultades ("escollos") en la investigación judicial que comienza y concreta en la irretroactividad de la ley; la consideración de delitos permanentes especialmente del delito de detención ilegal; la aplicación de la ley de amnistía; la competencia del juzgado y la identificación de las personas responsables; y la protección a las víctimas. Sobre cada uno de estos extremos desarrolla una motivación. Anticipa la pérdida de su competencia "una vez certificada oficialmente la defunción de todos los altos responsables".

Este Auto fue recurrido por el Ministerio fiscal interesando su nulidad ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 20 de octubre de 2008. Se cuestionaba, precisamente, el contenido argumental de cada uno de los "escollos" que el magistrado instructor había fijado como desarrollo de su argumentación. El 18 de noviembre siguiente, una vez que la policía judicial aportó documentación acreditativa del fallecimiento de las 35 personas contra las que se dirige la investigación, el magistrado acuerda la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento de las personas imputadas respecto a los delitos que investigaba y acuerda inhibirse en favor de los juzgados competentes territorialmente para la exhumación de las fosas que han sido identificadas y las que en el futuro se identifiquen.

El recurso interpuesto por el Ministerio fiscal fue resuelto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 2 de diciembre de 2008 argumentando que: "esta resolución no afecta al legítimo derecho de las víctimas de la guerra civil –todas- y la dictadura del general Franco, de

recuperar los restos de sus seres queridos, dignificarles y honrar su memoria...".... "la Audiencia Nacional y, por lo tanto, el Juzgado Central de instrucción nº 5 carecen de competencia objetiva para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008".

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La causa que se incoa en el Juzgado Central de instrucción nº 5, cuyo titular era el acusado D. Baltasar Garzón Real, tiene su origen en unas denuncias presentadas por Asociaciones para la recuperación de la memoria histórica de varios territorios en las que, como hemos declarado probado, ponen en conocimiento del Juzgado la desaparición de familiares sin conocer la verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento, y solicitan la tutela judicial para la exhumación e identificación de los cadáveres y así poder honrarlos y homenajearlos.

Esta pretensión, legítima en su planteamiento de demanda de tutela, no podía ser atendida en su integridad, pues debe quedar fuera de la respuesta la pretensión relativa a los denominados juicios de la verdad, esto es, aquellos que pretenden una indagación judicial sobre unos hechos, con apariencia de delictivos, respecto a los que se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal, muerte, prescripción o amnistía. Por lo tanto, en estos casos, los denominados juicios de la verdad pretenden una reconstrucción parcial de unos hechos, sin intervención del imputado.

El sistema español diseñado en la Ley procesal penal se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades penales con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal, dentro del marco de garantías

propias del sistema penal en un Estado democrático. Ese objeto del proceso penal se inicia con una actividad instructora, de naturaleza administrativa y jurisdiccional, dirigida a la preparación del juicio oral, mediante la práctica de una serie de actuaciones para averiguar y hacer constar la perpetración de delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 ley procesal penal).

No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena. Ello implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza (art. 118 y ss de la ley procesal penal).

Sin embargo, desde las denuncias, y quizás también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a depurar responsabilidad penal contra las personas determinadas, o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Mas bien, se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció, en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios de la verdad en otras latitudes. Esa pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal, pues no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones.

Como hemos señalado, el proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho. Las exigencias de contradicción efectiva, de publicidad, de igualdad de partes, de oralidad, la disciplina de garantía de la prueba, el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, etc, como

notas características del sistema penal de enjuiciamiento, se compaginan mal con la declaración de la verdad histórica de un hecho tan poliédrico como el de la guerra civil y la subsiguiente posguerra.

Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados. El método de investigación judicial no es el propio del historiador. En definitiva, si son patentes las diferencias entre memoria e historia, también lo son las que existen entre ésta y las resultantes de una indagación judicial realizada con una finalidad distinta de la que persigue el historiador.

La búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores. Pero no corresponde al juez de instrucción, cuya función aparece definida en la ley procesal con un objeto de indagación que se va concretando en el devenir procesal y ve limitado su ejercicio por las normas que rigen el proceso penal y el derecho penal sustantivo. Es preciso un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo.

Los métodos de indagación del juez de instrucción no tienen nada que ver con el proceso investigador del historiador. No procede mezclar la verdad histórica con la forense, pues la histórica es general e interpretable, no está sometida a la perentoriedad de términos y plazos y, con frecuencia, precisa de cierta distancia temporal para objetivar su análisis. La judicial, por el contrario, se constriñe a un hecho, impone unas consecuencias con carácter coercitivo, está sometida a requerimientos temporales y formales y es declarada con observancia de las garantías propias y se refiere a la depuración penal de una responsabilidad exigida desde una acusación.

**SEGUNDO.-** En nuestro sistema de enjuiciamiento penal es preciso tener en consideración las causas de extinción de la

responsabilidad penal. En determinados casos, el legislador ha dispuesto que, pese a la posible existencia de un hecho que reviste caracteres de delito, la responsabilidad penal no puede ser declarada. Son los previstos en el art. 130 del Código penal, esto es y en lo que ahora interesa, la muerte del reo y la prescripción del delito; también la amnistía, según estaba previsto en el art. 112.3 del Código penal de 1973. Se trata de supuestos en los que el Estado, a través de la ley, dispone limitaciones a la actuación jurisdiccional por extinción de la responsabilidad penal.

**TERCERO.-** El auto de 16 de octubre de 2008, dictado por el acusado, realiza una aplicación errónea de la norma que es preciso poner de manifiesto en esta resolución. Ahora bien, como desarrollaremos, el delito de prevaricación no se produce por la aplicación errónea del derecho sino por dictar, a sabiendas, una resolución injusta. El error del magistrado instructor ha sido corregido en vía jurisdiccional por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y a esa resolución ha de estarse por emanar del órgano jurisdiccional competente para esa declaración.

La contradicción al Derecho tiene su método de corrección a través del sistema de recursos establecidos en la ley procesal para ajustar la resolución a la ley. La prevaricación supone, por lo tanto, algo más que la errónea aplicación del Derecho y ese "plus" se encuentra en la injusticia de la resolución.

1.- Analizaremos los errores que consideramos se han producido en el auto, bien entendido que, en realidad, existe un error en la tipificación de los hechos que, como consecuencia del mismo, arrastra otros.

En primer lugar, la calificación de los hechos. El Auto de 16 de octubre de 2008 no llega a calificar los hechos como delito contra la humanidad. Califica los hechos como delito permanente de detención ilegal sin ofrecer razón del paradero de la víctima "en el marco de crímenes contra la humanidad". Con esta construcción formal pretendía salvar los problemas de retroactividad, de imprescriptibilidad y de prohibición de la amnistía (vid. pags. 20 y ss del auto). Esto es, sin

realizar una subsunción en el delito contra la humanidad le otorga sus consecuencias. En esta aparente calificación emplea el término "marco", y también el de "contexto", expresiones que fueron reiteradamente repetidas en el juicio oral para enmarcar esa calificación jurídica en los propios términos empleados en la Sentencia de esta Sala conocida como "caso Scilingo", STS 798/2007, de 1 de octubre. En los dos autos, tenidos como presupuesto de la prevaricación, se argumenta que la Sentencia de esta Sala 798/2007, precisamente por atender a unos hechos criminales, asesinatos, torturas, etc..., en el contexto de un delito contra la humanidad, justifica la perseguibilidad de los hechos. Ubicado en ese "contexto" el auto de 16 de octubre extrae unas consecuencias que sólo podría realizar desde una efectiva y clara subsunción en el delito contra la humanidad.

Sin embargo, una atenta lectura de la Sentencia de esta Sala en la que se apoyan los autos dictados por el magistrado acusado no permite la interpretación mantenida. En esta resolución se reitera la vigencia, como no podía ser de otra manera, del principio de legalidad y sus exigencias de *lex previa*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta* y se afirma, categóricamente, que no es de aplicación el art. 607 bis del Código penal incorporado a nuestro Código el 1 de octubre de 2004. Por ello, casa la sentencia de la Audiencia Nacional en este concreto apartado. Además razona, frente al argumento de la Audiencia de origen, que en orden a la aplicación del Derecho Internacional Penal “es necesaria una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales”. En este sentido, la Constitución española prevé, en los arts. 93 y siguientes, la forma de incorporación al derecho interno de los Tratados Internacionales para desplegar sus efectos conforme al art. 10.2 de la Carta magna. Concluye la Sentencia de esta Sala que “el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles”; ello sin perjuicio de su consideración como criterio de interpretación y como elemento contextual en orden a la perseguibilidad internacional y a la individualización de la pena impuesta sobre la declaración de

conurrencia de tipos penales del Código penal vigentes al tiempo de la comisión de los hechos. Esto es, la contextualización de los hechos en los delitos contra la humanidad permite un efecto procesal, la perseguibilidad internacional, y otro que atiende a las facultades de individualización de la pena, sin permitir una nueva tipicidad.

Sin embargo, en el auto de 16 de octubre de 2008, el magistrado imputado realiza una interpretación del término "contexto" del que extrae la consecuencia de la perseguibilidad de las conductas que investiga sobre la base del Derecho penal Internacional consuetudinario. Así afirma la vigencia de la Cláusula Martens, adicionada al Convenio de la Haya de 1899, de los principios de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 y posteriormente por la resolución 95 de la Asamblea General de la ONU de 11 de diciembre de 1946 y el convenio sobre la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948.

Dijimos en la Sentencia 798/2007, y ahora lo reproducimos, que la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad exige que el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la Constitución y con los efectos dispuestos en la misma. No es posible –por más que sea sostenida por algún sector doctrinal- que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación. La garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 Constitución española) prohíben sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 21 del Código penal). Esta exigencia del principio de legalidad es aplicable al derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional.



La cláusula Martens aparece redactada en términos muy genéricos, -"leyes de la humanidad y dictados de la conciencia pública"- y sin previsión de una consecuencia jurídica a su inobservancia, que impiden su consideración como norma penal sustantiva. Los principios de Nuremberg, según razona el auto, fueron incorporados a nuestro ordenamiento a través de la ratificación por España de los Convenios de Viena en 1.952, cuando ya había terminado el periodo de investigación acotado en el sumario incoado, y, además, el propio auto señala que en la ratificación del Convenio en agosto de 1952, España excluye de la consideración de norma al derecho consuetudinario, lo que fue dejado sin efecto en una posterior ratificación, el 31 de julio de 1.979.

En consecuencia, la calificación de los hechos contenida en el auto de 16 de octubre de 2008, como delito contra la humanidad, ni siquiera en un "contexto", es aplicable al supuesto para el que asumió su competencia: el cuerpo normativo que conformaba la legalidad penal internacional no estaba vigente al tiempo de la comisión de los hechos.

En este sentido, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ha conformado una concepción estricta del contenido esencial del principio de legalidad con las consecuencias que su observancia comporta en orden a la *lex previa, lex certa, lex stricta y lex scripta*. El Código penal español dedica sus cuatro primeros artículos a configurar el principio de legalidad, desarrollando los arts. 25.1 y 9.3 de la Constitución y cualquier repertorio jurisprudencial revela esta configuración estricta del principio. Estas exigencias no son extrañas al ordenamiento internacional, pues fueron también adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Así, declaró la irretroactividad del Pacto para los casos de desapariciones en Argentina (Resolución nº 275/1988: Argentina 04/04/90 y 343, 344 y 345/1988 Argentina de 5 de abril de 1990). "Con respecto a la aplicación *ratione temporis* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede *ratione temporis* examinar

presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado...".

En el mismo sentido de vigencia del principio de legalidad, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos Kolk y Kislyly contra Estonia de 17 de enero de 2006, profusamente citada por el acusado, si bien declara ajustada al Convenio Europeo de Derechos Humanos la condena dictada contra los acusados de nacionalidad rusa participantes en delitos contra la humanidad durante la ocupación soviética, lo realiza partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que los aprobaron, por lo tanto concedores de su vigencia y capaces de ordenar su conducta a las exigencias impuestas por el mencionado principio de legalidad.

2.- En segundo término, hemos de referirnos a la prescripción de los delitos. Recordemos que los hechos objeto de la indagación judicial se remontan a la guerra civil, de 1936 a 1939, y continúan durante la posguerra hasta 1952. Las diligencias penales se originan en 2006 por lo que han transcurrido entre 54 y 70 años, tiempo que supera con creces el de la prescripción señalado en el art. 131 y siguiente del Código penal.

El auto de 16 de octubre de 2008 declara que, dada la naturaleza de delito permanente, no ha transcurrido el plazo de prescripción y que, en todo caso, se trataba de delitos no prescriptibles de acuerdo a las normas internacionales (art. 1 de la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de humanidad, de 26 de noviembre de 1968; art. 8 de la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006, ratificado por España, el 27 de septiembre de 2007).

Sobre el carácter permanente del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero, conviene realizar una precisión. Ese tipo penal no estaba previsto como tipo agravado de la detención ilegal en el Código vigente al inicio del periodo objeto de la instrucción judicial. En efecto, ese tipo penal que aparecía en el Código de 1.928, desapareció del

Código de la República de 1932 para volver a figurar en el Código de 1944, el primero del régimen que surgió de la guerra civil. Por lo tanto, durante la mayor parte del periodo de objeto de la instrucción no estaba vigente.

Por otra parte, la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo. De hecho no se ha puesto de manifiesto ningún caso que avale esa posibilidad. Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código penal.

Por último, se afirma en el auto que, en todo caso, el "dies a quo" de inicio de la prescripción sería el del día en el que los familiares pudieran hacer efectivo sus derechos a una reparación eficaz y esa posibilidad no se pudo materializar hasta la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, pues hasta esa fecha "nada se pudo hacer por los denunciantes para instar su persecución al existir leyes de impunidad que protegían a los presuntos autores". Pues bien, aún en ese supuesto habría transcurrido el plazo de prescripción fijado en 20 años por el art. 132 del Código penal.

Además, como dijimos, la declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento no pueden ser aplicados retroactivamente. Las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (art. 9.3 CE), salvo que su contenido fuera mas favorable. Así lo hemos declarado en varias Sentencias. Así, la STS 1064/2010, de 30 de noviembre, "el nuevo término de la prescripción entró en vigor en mayo de 1.999 cuando hacía meses que había cesado la conducta

delictiva... sin que pueda otorgarse eficacia retroactiva a un precepto penal menos favorable al acusado"; STS 1026/2009, de 16 de octubre, que refiere un supuesto de penalidad intermedia mas favorable en referencia al término de prescripción; STS 719/2009, de 30 de junio, "es claro que la prescripción de tres años es mas favorable que la dispuesta en el art. 113 anterior"; STS 149/2009, de 24 de febrero, "es mas si estudiamos la normativa de la prescripción vemos que el Código de 1973 es mas favorable (en comparación con el de 1.995)"; en ellas se refiere como argumento central el siguiente: "la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". Ciertamente se ha discutido por algún sector doctrinal, e incluso algunos países han acogido una construcción de la prescripción de los delitos en la que manteniendo su naturaleza de derecho sustantivo, por afectar a la teoría del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal, despliega unos efectos procesales, entendiendo que sería de aplicación la regla del "tempus regit actum". En este sentido la nueva norma de prescripción sería de aplicación al momento procesal en el que actúa. Sin embargo, ese no ha sido el criterio de la doctrina penal y la jurisprudencia española que ha considerado que el instituto de la prescripción es una norma de carácter sustantivo y de orden público sobre el que actúa el criterio de la irretroactividad salvo en lo favorable.

Por lo tanto, aún cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código penal.

3.- Con relación a la amnistía, el auto de 16 de octubre de 2008 arguye que cualquier ley de amnistía que busque eliminar un delito contra la humanidad sería nulo de pleno derecho y, por ende, no podría ser aplicada, criterio que apoya en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Añade que, dada la consideración de delito permanente, los efectos del ilícito pervivieron incluso después de la Ley

de amnistía (octubre de 1977). Respecto a este último apartado nos remitimos a lo que hemos argumentado sobre este extremo al tratar sobre la prescripción.

Ciertamente, la obligación de los Estados de perseguir las violaciones constitutivas de delitos contra la humanidad aparece impuesta, de manera clara y precisa, con la promulgación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, ratificado por España, el 19 de octubre de 2000 y publicado en el BOE el 27 de mayo de 2002, con una previsión clara sobre su ámbito temporal de actuación a los delitos cometidos "después de la entrada en vigor del presente Estatuto" (art. 11).. Con anterioridad, a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 y ratificado por España en 1977, los Estados se comprometieron a disponer recursos efectivos para la persecución de las vulneraciones a los derechos reconocidos (art. 2.3 del Pacto y en el mismo sentido el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Una ley de amnistía, que excluya la responsabilidad penal, puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho. Ahora bien, las exigencias del principio de legalidad a los que nos venimos refiriendo, hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto y el Convenio, y así lo ha interpretado el Comité encargado de su vigilancia en sus decisiones (véanse, las resoluciones 275/1988 y 343, 344 y 345 de 1988 en las que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recuerda que el Pacto "no puede aplicarse retroactivamente").

La defensa del acusado propuso como prueba documental resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, a partir de los años 90, ha interpretado el Pacto de San José de Costa Rica, al que no pertenece España, en la forma sugerida en el auto respecto a la nulidad de las amnistías promulgadas que abarcan a delitos contra los derechos humanos, aplicando retroactivamente el Pacto a supuestos anteriores a la entrada en vigor para el Estado. Sin embargo, esa jurisprudencia no es vinculante para España y no es seguida por el

Comité de Derecho Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque contribuye al cuestionamiento de la solución vigente en Europa y la sostenibilidad de una postura divergente.

Algún sector de la doctrina internacionalista mantiene que la prohibición de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos era costumbre internacional, de *ius cogens*, y, por lo tanto, vinculante para España a raíz de la ratificación del Pacto que así lo establece. Sin embargo, incluso si ello fuera así, esa costumbre incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966, ratificado por España en 1977, regiría a partir de una fecha muy posterior a los hechos objeto de la instrucción judicial. Aún en este supuesto, que entendemos no concurre, la prohibición de una amnistía dispuesta por una costumbre, posteriormente introducida a un Convenio Internacional, plantearía un nuevo problema, el de la posibilidad de que un tribunal español pudiera declarar nula, por contraria a derecho, la ley de amnistía. Ello no está previsto en los Pactos que se consideran de aplicación a los hechos, ni lo consideramos procedente, pues el incumplimiento del Tratado da lugar a su denuncia por parte de los órganos vigilantes del Pacto. Los jueces, sujetos al principio de legalidad no pueden, en ningún caso, derogar leyes cuya abrogación es exclusiva competencia del poder legislativo.

En este sentido, comprobamos cómo, desde estos órganos vigilantes del cumplimiento del Pacto, se han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la ley de amnistía (Resolución 828 de 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa; observación General 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1992), o se ha recordado la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 94 periodo de sesiones, Observancia final nº 5 sobre España). Se trata de recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento pero, no obstante, en lo que aquí interesa, nos servirá para poner de manifiesto la cultura jurídica imperante en esta materia y la razonabilidad de opiniones contrarias interpretando nuestro ordenamiento.

En otro orden de cosas, ha de recordarse que la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977. Esta ley ha sido confirmada recientemente en su contenido esencial, por otro acto de naturaleza legislativa: el pasado 19 de julio de 2011 el Congreso de los Diputados rechazó la proposición para modificar la Ley 46/1977, de Amnistía.

La citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha. Fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada "transición" española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. Esto se fue traduciendo a lo largo de las normas que tuvieron que ser derogadas y las que nacieron entonces. Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden uno de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de Amnistía. Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. Si lo hubiera hecho, carecería del sentido reconciliatorio que la animaba y que se perseguía. No puede olvidarse que la idea que presidió la "transición" fue el abandono pacífico del franquismo para acoger un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se estableció en la primera línea del primer apartado del primer artículo de nuestra Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), aprobada muy poco tiempo después de la indicada Ley de Amnistía. En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes.

La idea fundamental de la "transición", tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico. Debe recordarse

que la Constitución, que realizó una derogación expresa de diversas normas, en modo alguno menciona entre ellas la Ley de Amnistía, lo cual es lógico pues constituyó un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que éste suponía. Conseguir una "transición" pacífica no era tarea fácil y qué duda cabe que la Ley de Amnistía también supuso un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento.

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

4.- Con respecto a la asunción de la competencia para el conocimiento de los hechos, la resolución del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró la falta de competencia objetiva de la Audiencia Nacional, y concretamente, de los Juzgados Centrales para el conocimiento e instrucción de los hechos objeto de las denuncias, por la prescripción de los hechos en los que basó su competencia, delitos contra Altos Organismos de la Nación. Su conexión a otros no permite resurgir para la persecución penal hechos respecto a los que ha transcurrido, con creces el plazo de prescripción. En efecto, el delito contra Altos Organismo de la Nación, prescribió a los 20 años, en 1956. La interpretación que el acusado emplea para afirmar su persecución en la Audiencia Nacional, según la cual "mientras el delito principal no prescriba, no pueden entenderse prescritos los delitos que podemos llamar, a estos efectos, subordinados", (STS 686/95, de 18 de mayo), sólo tiene sentido en aquellos supuestos en los que los delitos en concurso forman parte de una "realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad" (STS 2040/2002, de 9 de diciembre). En otros términos, la consideración conjunta del término de prescripción tiene sentido en los



supuestos, no tanto de concurso real, sino de consideración conjunta del hecho como una unidad o como medio. De esta manera, no es admisible que un delito ya prescrito sea "resucitado" en su persecución, transcurridos más de cuarenta años después del transcurso del plazo de prescripción. El apoyo jurisprudencial que se cita en el auto de 16 de octubre de 2008 debe ser interpretado en este sentido y no en el literal que permita perseguir un delito, indudablemente, prescrito.

5.- Por último, en cuanto a la determinación de las personas contra las que dirige la indagación judicial por los delitos de detención ilegal sin dar razón de su paradero en un contexto de delitos contra la humanidad, afirma el magistrado acusado en el auto tantas veces citado que, al tiempo de asumir la competencia ignoraba si alguno de los imputados está vivo y que, en todo caso, habrá de incorporar, con fehaciencia documental, ese fallecimiento. Sin embargo, no podría desconocer que era notorio el fallecimiento de alguno de los imputados en su causa y la lógica del tiempo le hubiera llevado a la conclusión que cualquier persona ejerciendo funciones de mando y responsabilidad tendría en la época de los hechos una edad que en el 2008 sería más que centenaria.

**CUARTO.-** Ahora bien y sin perjuicio de lo dicho, los hechos que hemos declarado probados no son constitutivos del delito de prevaricación que ha sido objeto de la acusación. Como acabamos de exponer los autos objeto de la imputación contienen una argumentación que consideramos errónea desde el punto de vista de su acomodación al derecho sustantivo y, particularmente, en lo atinente a la subsunción en el delito contra la humanidad, aunque fuera en la consideración de "contexto". Es cierto, que desde la perspectiva actual expansiva y propia del desarrollo de la civilización, la consideración de delito contra la humanidad es plausible, pero ha de estarse a la normativa vigente y a la interpretación de las normas acordes a las garantías previstas en nuestro ordenamiento. Como consecuencia de esa declaración de "contexto" el magistrado imputado realiza una aplicación de institutos del sistema penal como la prescripción y la amnistía, así como la irretroactividad de la norma penal de forma perjudicial para los imputados, lo que no es procedente. Pero esa errónea aplicación del derecho no alcanza la nota

característica del delito de prevaricación, objeto de la acusación, de manera que, aunque errónea, no es prevaricadora.

Es preciso exponer, siquiera sea sintéticamente el presupuesto de hecho sobre el que actuó el magistrado imputado. Para un mejor examen haremos referencia al Informe General de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo de 28 de julio de 2006. La Comisión fue creada por Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre con el antecedente de la proposición no de ley aprobada por la unanimidad del Congreso de los Diputados que adoptó el siguiente pronunciamiento: "El Congreso de los Diputados reafirma una vez mas el deber de nuestra sociedad democrática de proceder al reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la guerra civil española, así como de cuantos padecieron mas tarde la represión de la dictadura franquista. Instamos a que cualquier iniciativa promovida por las familias de los afectados que se lleven a cabo en tal sentido, sobre todo en el ámbito local, reciba el apoyo de las instituciones, evitando en todo caso que sirva para reavivar viejas heridas o remover rescoldos de la confrontación civil". La citada Comisión, órgano de la administración, es oficial e independiente para abordar este apartado de nuestra reciente historia que presenta, todavía, un fuerte componente emocional.

Este presupuesto de hecho lo exponemos con la finalidad de indicar la situación fáctica al tiempo de la actuación jurisdiccional discutida. La guerra civil española se desencadena tras un golpe de Estado, el alzamiento militar de 17 de julio de 1936, se desarrolla durante cerca de tres años, hasta el 1 de abril de 1939. Hubo episodios de gran violencia, motivados, en ocasiones, por un revanchismo fratricida. El informe recoge cómo en los dos bandos se cometieron atrocidades, que en la cultura actual, informada sobre la vigencia y expresión de los derechos humanos, serían propios de delitos contra la humanidad. Hubo "sacas", "paseos", fusilamientos sin juicios previos, represiones de los oponentes políticos, ejecuciones desconectadas de los frentes de la guerra, etc. Hay episodios de la guerra civil española que constituyen verdaderas masacres como, entre otros, los sucesos de Granada, Belchite, Málaga, Paracuellos

del Jarama, Gernika, Badajoz en sus sucesivas ocupaciones, que son vergonzosos para la condición humana. Muchas de las personas fueron fusiladas sin juicio a lo que se añadió la ocultación del fallecido a su familia y su lugar de enterramiento. Incluso, este lugar de inhumación fue objeto de sucesivos desplazamientos sin informar a la familia.

Esta situación de barbarie, según aparece en el mencionado Informe, y también lo han expuesto testigos en el juicio oral, no sólo se desarrolló durante los años del enfrentamiento bélico, sino que perduró durante la década de los años 40. Es relevante el trienio de 1947 a 1949, en el que tuvieron lugar ejecuciones derivadas, en ocasiones, de simples delaciones vecinales.

Los testimonios oídos en el juicio oral narraron los sentimientos de los familiares de los desaparecidos, el silencio que imperaba en los familiares al no poder hablar sobre los hechos acaecidos, incluso de la vergüenza padecida y lo horrible de la comparación entre la suerte de unos fallecidos y la de otros.

Es obvio que en ambos bandos de la guerra civil se produjeron atrocidades y que los dos bandos, al menos sus responsables políticos y militares, no observaron las denominadas leyes de la guerra.

**QUINTO.-** Los hechos anteriormente descritos, desde la perspectiva de las denuncias formuladas, son de acuerdo a las normas actualmente vigentes, delitos contra la humanidad en la medida en que las personas fallecidas y desaparecidas lo fueron a consecuencia de una acción sistemática dirigida a su eliminación como enemigo político. Así resulta de la coincidencia temporal de las acciones y los documentos que alentaban su realización.

En el ámbito jurídico se ha denominado "derecho transicional" a aquella rama del ordenamiento jurídico cuyo objeto de análisis y estudio es la ordenación pacífica de los cambios de un régimen a otro, tratando de superar las heridas existentes en la sociedad como resultado de las violaciones a derechos humanos, avanzar en los procesos de

reconciliación y garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Las experiencias internacionales permiten constatar la pluralidad de mecanismos adoptados para garantizar, o tratar de conseguirlo, la ordenada transición de un régimen a otro, casi siempre antagónico, asegurando el cumplimiento de los fines básicos que parten del respeto a los derechos humanos y preparar una adecuada transición evitando el riesgo de la repetición de un régimen político no democrático del que quiere salvarse. En este sentido, son paradigmáticos las soluciones dadas en Alemania y en Sudáfrica.

En España, la doctrina que ha estudiado nuestra transición, además de destacar, en términos generales, su carácter modélico y las renunciaciones que tuvieron que realizarse para procurar la paz y la reconciliación, la han clasificado como un proceso de "impunidad absoluta con indemnización a las víctimas". La ley de amnistía, Ley 46/77 de 15 de octubre, ley aprobada por el primer Parlamento democrático, acabada la dictadura, lo fue por una amplísima mayoría, más del 90 por ciento de los Diputados. Desde la ley de amnistía y con apoyo en ella, el ordenamiento español se ha dotado de más de 20 disposiciones con rango de ley, Reales Decretos y Ordenes Ministeriales, a través de los que se han acometido importantes reparaciones económicas y, de otro orden, a las víctimas de la guerra civil del bando republicano (restitución de escalafones, reconocimientos económicos, restitución de bienes, concesión de nacionalidad a descendientes de exiliados etc.), tendentes a reparar materialmente los efectos de la guerra civil y del franquismo.

**SEXTO.-** De cuanto llevamos argumentado podemos extraer varias conclusiones: 1.- La situación puesta de manifiesto por las víctimas, que comparecen en el Juzgado Central nº 5 exponiendo su situación y demandando la tutela del órgano judicial, de acuerdo con nuestra cultura actual sobre Derechos Humanos, es una denuncia de delitos contra la humanidad. En efecto, en la medida en que se refería la desaparición de personas y cuerpos de los fallecidos, fusilamientos, ejecuciones extrajudiciales, detenciones ilegales etc., realizados siguiendo un plan

sistemático de ejecución, como resulta de algún Bando u Ordenaciones, y de su realización simultánea en tiempo y espacio.

2.- Las denuncias interpuestas determinan al Juez al examen del derecho aplicable y, en su caso, a la adopción de medidas referidas al hallazgo de un cadáver en condiciones de sospechosa criminalidad.

3.- La asunción de competencia por el Juzgado Central nº 5 de la Audiencia Nacional del que era titular el magistrado acusado, que se realiza en el auto de 16 de octubre de 2008, contienen algunas argumentaciones erróneas. Se efectúa una interpretación de las normas aplicables a los hechos, particularmente en lo referente a la incoación del proceso y a la asunción de competencia, que entra en colisión con las normas y la interpretación de la misma que consideramos procedente. Colisiona también con la Ley de amnistía de 1977 y los preceptos reguladores de la prescripción, con la determinación de los posibles imputados y con la subsunción de los hechos en la norma penal que aplica. Ello conlleva una actuación jurisdiccional errónea, que ha sido corregida mediante la utilización del sistema de recursos previstos en la ley, de manera que ha sido el órgano jurisdiccional competente, el Pleno de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional, quien ha resuelto el conflicto que le fue planteado. Efectivamente, en su resolución de 2 de diciembre de 2008, declara la falta de competencia objetiva del Juzgado Central nº 5 para la investigación de los hechos y presuntos delitos a los que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008.

4.- La actuación del juez al dictar el auto fue dirigida a disponer la tutela que le reclamaban quienes eran víctimas de unos delitos hoy día calificables como delitos contra la humanidad, que se encontraban en una situación de objetiva desigualdad respecto a otras víctimas de hechos sustancialmente similares y coetáneos en el tiempo de la guerra civil. Es cierto que las leyes y disposiciones posteriores a la Ley de Amnistía, que culminan con la Ley de Memoria Histórica, han reparado, en gran medida, las consecuencias de la guerra y posguerra, pero no han concluido las actuaciones concretas en orden a la localización y

recuperación de los cadáveres para su homenaje y procurar la efectiva reconciliación que la Ley de Amnistía persiguió.

5.- La interpretación que el magistrado realiza en el auto de 16 de octubre de 2008 y que reitera en el de 18 de noviembre siguiente, aunque errónea, ha sido empleada por otros operadores jurídicos que han argumentado en términos similares a los contenidos en los mencionados autos. Así, destacamos el informe del Ministerio fiscal en la demanda de amparo interpuesta por un familiar de un enterrado en una fosa común que pretendía, una vez localizado el cadáver de su familiar, actuar penalmente contra las personas que citaba en un escrito dirigido al Juzgado. Este rechazó la pretensión penal sobre la base de la amnistía y la prescripción y su resolución fue confirmada por la Audiencia provincial de Córdoba. La demanda de amparo se interpuso contra la resolución de la Audiencia que desestima la apelación contra el auto de archivo. Esta denuncia ante el Tribunal Constitucional fue apoyada por el Fiscal empleando una argumentación en gran medida similar a la utilizada por el magistrado en citados autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008. La demanda de amparo fue rechazada por el Tribunal Constitucional por auto 333/2008, de 27 de octubre, sin analizar los argumentos de apoyo del Ministerio fiscal, pues "sólo al demandante corresponde la carga de la argumentación, sin que ni siquiera al propio Tribunal pueda corresponder una labor de integración de los defectos argumentales de los que puedan adolecer las demandas de amparo".

Del mismo modo el informe del Ministerio fiscal en las Diligencias previas 211/2008 del Juzgado Central nº 2 de la Audiencia Nacional, en el que argumenta sobre la subsunción de unos hechos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial en los delitos de genocidio del art. 607 del Código penal por aplicación de los principios de Nuremberg, utilizan argumentos similares.

También constan documentalmente resoluciones del Comité Interamericano de Derechos Humanos, aplicando retroactivamente el Pacto de San José de Costa Rica. Igualmente, sobre la imprescriptibilidad y la no procedencia de amnistía respecto a delitos contra la humanidad,

existen resoluciones y Sentencias del Consejo de Europa y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que evidencian una expansión creciente de la cultura y del contenido de los derechos humanos. Entre estas resoluciones destacamos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006, caso Kolk y Kislyly contra Estonia, a la que ya nos hemos referido con anterioridad. El Tribunal en interpretación del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que, dispone la vigencia del principio de legalidad en términos similares a los del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que, tras asegurar su vigencia y el principio de irretroactividad, declara que: "el presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

De acuerdo a esta doctrina, que vuelve a evidenciar la fuerza expansiva de los derechos humanos, es posible una investigación y, en su caso, una condena por delitos contra la humanidad sin vulnerar el principio de legalidad, pero para ello es preciso que el contenido incriminatorio de los hechos sea, de alguna manera, conocida por los infractores o que lo sea para el país al que pertenecen como miembros de un aparato de poder. En el caso, dos responsables del Ministerio del Interior ruso, ocupante de la República báltica de Estonia, en el año 1949 procedieron a la deportación de una familia y en 1994 fueron condenados por los tribunales de la República Estonia, una vez recuperada la independencia, por delitos contra la humanidad considerando su imprescriptibilidad de acuerdo al Derecho penal internacional. El Tribunal afirma el conocimiento de la tipicidad por Rusia por su participación en la redacción de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que, definitivamente los aprobaron el 11 de diciembre de 1946. En definitiva, esta Sentencia destaca la validez universal de los derechos humanos y su aplicación incluso cuando no aparece su punición en el ordenamiento interno del país, aunque requiere el conocimiento de su vigencia al tiempo de los hechos.

**SÉPTIMO.-** Abordamos, a continuación, la subsunción de los hechos objeto de la acusación en el delito de prevaricación judicial del art. 446 del Código penal. La jurisprudencia de esta Sala es clara y constante en la interpretación de su contenido típico. Ya dijimos en la STS 308/2009, de 23 de marzo, que los elementos constitutivos de esta infracción penal eran los siguientes:

1º. Sujeto activo ha de ser un juez o magistrado. Se trata, por lo tanto de un delito especial propio, al referir como autor del delito a un sujeto especialmente calificado.

2º. El medio de comisión consiste en dictar una sentencia o resolución injusta. Tal injusticia puede derivar de razones de fondo y también existirá cuando haya importantes defectos de forma o procedimiento.

3º. El elemento subjetivo de este delito viene recogido en la expresión "a sabiendas" que ha de referirse a la injusticia de la propia resolución, es decir, requiere que el funcionario judicial conozca, bien que hay una oposición al ordenamiento sustantivo, bien que se viola alguna o algunas normas importantes de procedimiento: ha de actuar con el conocimiento pleno de la realidad de esa injusticia.

En la interpretación de la injusticia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que, como dijimos en la STS 755/2007, de 25 de septiembre, puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica



la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable

Son muchas las Sentencias de esta Sala que reproducen estos criterios básicamente expuestos, basta con citar la 627/2006, de 8 de junio, 102/2009, de 3 de febrero, y las importantes 2/99, de 15 de octubre, 2338/2001, de 27 de noviembre y 359/2002, de 26 de febrero. En todas ellas destacamos una particularidad de la prevaricación judicial: de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deban trasladarse "sic et simpliciter" los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como "esperpéntica", "apreciable por cualquiera", etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho.

En la reciente Sentencia de esta Sala, STS 79/2012, de 9 de febrero, recaída en un proceso inmediato anterior al presente y contra el mismo acusado, hemos expuesto y reiterado nuestra interpretación del delito de la prevaricación con explicación detallada de los supuestos en los que ha sido subsumida la tipicidad de la prevaricación, destacando cómo la esencia de la misma no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el abuso de la función, en definitiva, la infracción del deber.

En esta jurisprudencia destacamos los dos elementos de la prevaricación. Desde una formulación objetiva la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera, allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles - independientemente de la convicción del juez- no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable. El otro elemento, el subjetivo del tipo aparece

integrado por la expresión "a sabiendas" es decir la conciencia, o la indiferencia, de estar dictando una resolución con total abandono del principio de legalidad y de unas interpretaciones usuales y admisibles en Derecho en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de diversas interpretaciones. Estos elementos deben ser puestos en relación con la condición del juez técnico en Derecho y por tanto conocedor del Derecho y de la ciencia jurídica.

A la luz de lo anterior examinamos el contenido de las resoluciones que son el objeto de este procedimiento. Hemos declarado, a lo largo de la anterior argumentación la existencia de errores en la interpretación de la norma, errores que han sido objeto de la precedente revisión y constatación por el órgano encargado de la revisión en el recurso en su día planteado por el Ministerio fiscal. Ha de estarse a la declaración emitida por el Pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional. En la función jurisdiccional la interpretación correcta de la norma de aplicación es la que hace el órgano jurisdiccional que conoce de la última instancia revisora.

La falta de acierto en la legalidad y la injusticia, obviamente, no son lo mismo, pues la legalidad la marca, evidentemente, la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada. Aunque sea obvio, hay que recordar que una interpretación contraria, o que disienta de la realizada por el Tribunal Supremo, no la convierte en arbitraria o, en su caso, prevaricadora, pues el sistema permite la disidencia siempre que esté razonada. Como dijimos en la STS 8/2010, de 20 de enero, "Es obvio que las normas pueden tener distintos significados en función de los distintos criterios interpretativos empleados y las distintas realidades a las que se aplican, pero lo relevante es que esa aplicación de la norma sea uniforme por todos los órganos jurisdiccionales para poder asegurar la vigencia del derecho fundamental a la igualdad, la satisfacción de la seguridad jurídica, la previsibilidad en la aplicación del derecho y, en definitiva, la unidad del ordenamiento y la vigencia del principio de

legalidad. Esa uniformidad en la aplicación de la norma es compatible con la evolución necesaria de la jurisprudencia a través de las disensiones ordenadas. La vinculación que debe existir en la aplicación de la norma entre órganos jurisdiccionales, horizontal y vertical, permite la disensión que requerirá una específica motivación para justificar la desvinculación respecto a la doctrina nacida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo". Es por ello que la disidencia con una interpretación es factible, requiriéndose de quien la realiza una explicación de la disidencia, de su resolución, como aquí ocurre, pues los dos autos a los que se reprocha contener el elemento fáctico de la prevaricación, aparecen profusamente motivados con remisiones a fuentes de interpretación admisibles en nuestro Derecho.

Por otra parte, las resoluciones tenidas por prevaricadoras por la acusación, los autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008, son, de alguna manera, consecuencia uno del otro. En el primero se afirma la competencia, si bien supeditada a la comprobación del fallecimiento de las personas que designa como imputadas en los hechos. En el segundo auto, dictado tan pronto le consta fehacientemente la muerte como causa de extinción de la responsabilidad penal de todos los imputados en la instrucción, acuerda la inhibición de la causa a los juzgados territorialmente competentes. No es, por lo tanto, congruente, plantear la denuncia por prevaricación respecto a los dos autos, pues en uno se afirma y en el otro se niega la competencia.

Respecto a la contradicción entre el auto de 16 de diciembre de 1.998, por el que se rechaza de plano la querrela presentada por los sucesos acaecidos en Paracuellos del Jarama, y el contenido argumental del auto de 16 de octubre de 2.008, sobre los que la acción popular ha justificado el conocimiento de la prevaricación, destacamos que los diez años transcurridos entre una y otra resolución ponen de manifiesto un cambio de opinión jurídica sobre unos hechos, con independencia de sus autores y puede ser debida a la distinta concepción del sustrato de protección y de la fuerza expansiva de los derechos humanos en los últimos tiempos. Los cambios de opinión, debidamente razonados, no son presupuesto de la prevaricación. En todo caso, el contenido del auto de

16 de diciembre de 1.998 era correcto al afirmar en los hechos la vigencia de la ley de amnistía y la prescripción de los hechos.

En otro orden de cosas, dijimos al señalar los requisitos del tipo penal de la prevaricación judicial que la misma, se construye mediante una contradicción al Derecho de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable y que incorpora un disvalor verificado en el hecho.

Abordaremos, en el caso concreto, estos requisitos de la prevaricación. Como hemos argumentado, con cita del Informe de la Comisión Interministerial, los dos bandos realizaron atrocidades sin sujeción a las leyes de la guerra. En las denuncias se refiere que los hechos lesivos de derechos fundamentales se perpetuaron tras la finalización de la guerra civil, y que los mismos no fueron investigados. Se afirma que esa inacción en la investigación contraviene los Tratados Internacionales, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1.966, ratificado por España en 1976, (art. 2.3) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, ratificado el 26 de septiembre de 1979 (art. 13). Denuncian una situación antijurídica asimilable a la desaparición forzada a la que se refieren los Tratados Internacionales como constitutivos de delitos contra la humanidad, a los que sería de aplicación las especiales prevenciones dispuestas en los Tratados pues supondría un obstáculo a la obligación de perseguir esas infracciones. Esa interpretación que se postula, y que el magistrado acusado asume en los autos cuestionados, entra en colisión, como hemos señalado, con la concepción estricta del principio de legalidad y la interdicción de la aplicación retroactiva de la norma desfavorable, que rige en nuestro Derecho y supone que los Tratados Internacionales rigen desde su entrada en vigor de acuerdo a las previsiones constitucionales. El magistrado instructor ha pretendido mejorar la situación de los titulares de los derechos vulnerados y lo hace mediante la incoación de un proceso penal que dirige a tutelar a unas personas que han sido víctimas de una lesión constatada. Esa finalidad perseguida, aún cuando errónea en su realización y convenientemente corregida, ha tratado de mejorar la situación de unas víctimas cuyo derecho a conocer los hechos

y recuperar a sus muertos para honrarles es reconocido por la Ley de Memoria Histórica.

Con respecto al requisito de la contradicción al derecho no explicada con una argumentación jurídica mínimamente razonable, tampoco concurre en el supuesto de la acusación. Hemos expuesto que la argumentación de los autos tachados de prevaricadores, aunque errónea, es mantenida por algunos juristas en sus informes y en alguna resolución de organismos de control de Derechos Humanos. En este sentido nos hemos referido a los informes del Ministerio fiscal ante el Tribunal Constitucional, recurso de amparo 9367/2005, y el emitido al Juzgado Central número 2, Diligencias Previas 211/2008, ambos con un contenido argumental semejante al de los autos dictados por el magistrado acusado. También hemos expuesto la existencia de decisiones de los órganos vigilantes de las normas sobre protección de derechos humanos que evidencian la expansión de su contenido. En todo caso la normativa internacional de protección de los derechos humanos, en permanente discusión, está propiciando importantes debates jurídicos que impiden hoy un pronunciamiento categórico sobre su extensión.

El magistrado acusado se ha apoyado en fuentes de interpretación reconocidas en nuestro ordenamiento, si bien ha obviado que la fuerza expansiva de la cultura de protección de los derechos humanos, que es vinculante en nuestra interpretación, ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad, en los términos que aparece diseñado en el art. 9.3 de la Constitución y al que nos hemos referido anteriormente. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha afirmado la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad, la imprescriptibilidad, incluso aunque los actos hubieran sido legales bajo el derecho en vigor al tiempo de los hechos, pero siempre supeditado al conocimiento previo de la tipicidad en el derecho consuetudinario internacional para poder acomodar la conducta a las exigencias de dicho derecho. Esto es, la exigencia del requisito de la “lex previa” para poder ajustar la conducta al reproche contenido en la norma.

En consecuencia la actuación jurisdiccional del magistrado acusado, aunque haya incurrido en exceso en la aplicación e interpretación de las normas, que han sido oportunamente corregidas en vía jurisdiccional, no alcanzan la injusticia de la resolución que requiere el tipo de prevaricación y no merece el reproche de arbitrariedad exigido en la tipicidad del delito de prevaricación objeto de la acusación.

### **III. FALLO**

**F A L L A M O S:** QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado **D. Baltasar Garzón Real**, del delito de prevaricación del que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Carlos Granados Pérez

Andrés Martínez Arrieta

Julián Sánchez Melgar

Perfecto Andrés Ibáñez

José Ramón Soriano Soriano

José Manuel Maza Martín

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

## **TRIBUNAL SUPREMO** **Sala de lo Penal**

---

**VOTO PARTICULAR**

**FECHA:27/02/2012**

**VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE CON LA SENTENCIA ABSOLUTORIA DICTADA POR ESTA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, NÚMERO 101/2012, DE 27 DE FEBRERO DE 2012, QUE SUSCRIBE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR.**

Con el mayor respeto a la decisión de la Mayoría, cuyo fallo comparto plenamente, quiero sin embargo expresar mi discrepancia con alguno de sus razonamientos jurídicos, desde consideraciones **estrictamente técnico-jurídicas**.

Como es sabido, el art. 446 del Código Penal sanciona la prevaricación judicial, que se comete *cuando un Juez o Magistrado dictare, a sabiendas, una sentencia o resolución injusta*. De ello se colige que son dos sus elementos típicos: uno de carácter objetivo, que lo constituye en el caso enjuiciado una resolución injusta, y otro subjetivo, que lo completa el elemento jurídico “a sabiendas”, es decir, una actitud o voluntad dolosa en el magistrado que, conociendo tal injusticia, a pesar de ello, dicta tal resolución judicial.

Comparto con los Magistrados de la Mayoría lo erróneo de la resolución, en tanto que contradice el ordenamiento jurídico español, lo que se deduce, a mi juicio, de la simple lectura de los primeros fundamentos jurídicos de la Sentencia que ahora se dicta. En efecto, en tal resolución judicial se pone bien a las claras que nuestro Derecho procesal penal no contempla como posible lo que se ha venido a conocer en otros ámbitos jurídicos, como los "juicios de la verdad", pues como allí se afirma: "*el método de investigación judicial no es el propio del historiador*", afirmación

que igualmente comparto. También se dice que el Auto de 16 de octubre de 2008, dictado por el acusado, «*realiza una aplicación errónea de la norma que es preciso poner de manifiesto en esta resolución*», y se apostilla que una aplicación errónea no es lo mismo que prevaricación. Igualmente estoy de acuerdo. La Mayoría califica como interpretación jurídica no permitida en dicho Auto, no solamente la calificación del delito, contraria al principio de legalidad, opuesta también al de prescripción de los delitos, y de imposible concurrencia en cuanto al carácter permanente del delito generalizado de detención ilegal, o de imposible persecución penal de personas notoriamente fallecidas, y finalmente contraria también a la Ley de Amnistía de 1977, y a los Principios y Tratados Internacionales suscritos por España. Sobre tales aspectos, la Sentencia de la Mayoría incide suficientemente, por lo que no debe aquí abundarse en ello.

Se destaca también, con mucho acierto, en la Sentencia de la Mayoría, la Transición Española, como un modo «*de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico*». Nada más acertado, a mi juicio.

La razón de mi discrepancia reside en una cuestión técnica, constituida por la delimitación del elemento subjetivo del delito, de manera que, como dijimos al principio, tal parámetro, que se define en el tipo penal como un actuar “a sabiendas”, requiere una actitud o voluntad dolosa en el magistrado que, conociendo tal injusticia, y a pesar de ello, dicta la resolución judicial. Desde este plano, y por las razones que ya se han dejado expuestas, el acusado incurrió en una interpretación errónea del ordenamiento jurídico que colmaba, a nuestro juicio, el elemento objetivo; ahora bien, la conculcación de dicho tipo penal requiere igualmente de un elemento subjetivo que no concurre en la conducta del juez acusado.

Tal elemento subjetivo supone una actuación que denota un *abuso* de la función judicial con la conciencia de obrar así, esto es, «a sabiendas» de tal proceder, o lo que es lo mismo: que el juez dicta una resolución judicial con plena intencionalidad, injusta; y en esto, mantengo mi discrepancia. La interna convicción de quien resuelve en Derecho, persuadido, aun



erróneamente, de la legalidad del acto, no pertenece al elemento objetivo, como parece mantenerse en la Sentencia de la Mayoría, sino al elemento subjetivo del delito. Esta es la razón de mi discrepancia.

El magistrado acusado, bajo una argumentación que él consideraba discutible, y así lo recalca en el Auto citado, expone –una tras otra– las dificultades de abordar tal interpretación, que él denomina «escollos», lo que supone que tal interpretación no la realiza a sabiendas de su injusticia –finalmente declarada *también* así por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional–, sino con las finalidades propias del proceso, y dentro de él, la de amparar a los familiares de las víctimas de unos hechos criminales, como pudo comprobarse en el juicio oral, cometidos ciertamente por ambos bandos (aspecto éste que igualmente se destaca en la Sentencia de la Mayoría), pero lo hace bajo un soporte legal cuestionable, y que hemos declarado finalmente erróneo. En tal contexto, ningún aspecto subjetivo ha quedado probado en autos de donde deducir que actuara a sabiendas de su injusticia, es decir, con plena conciencia de lo erróneo de su decisión, ni siquiera deducible por su resolución de 1998, con respecto a la masacre de Paracuellos del Jarama, porque los delitos que allí podrían investigarse eran comunes, es decir, se encontraban nítidamente fuera de las atribuciones de un órgano especializado de la Audiencia Nacional, y eran, en consecuencia, competencia de los juzgados ordinarios de instrucción, no del juez acusado. Abundando, pues, en la falta de este elemento subjetivo en su conducta, ha de resaltarse que en cuanto al juez instructor se le pone de manifiesto que por los delitos contra los Altos Organismos de la Nación, que repetimos fundamentaban, a su juicio, tal competencia, se acredita documentalmente que no queda nadie vivo contra el que dirigir el procedimiento –fuera de las figuras históricas, notoriamente fallecidas, pues no se olvide que se habían individualizado nominalmente en la causa numerosos responsables–, y antes de que tal resolución judicial fuera revocada, se inhibió a favor de los Juzgados ordinarios de instrucción, cuyas cuestiones de competencia aun hoy están pendientes de resolver, lo que a nuestro juicio supone: 1º) que el juez acusado consideraba, al menos, discutible su propia competencia, y acordó instruir en los términos expuestos; y 2º) que en cuanto pudo comprobar tales datos, declinó tal competencia, asumiendo, pues, que carecía de ella, lo que neutraliza cualquier atisbo de obstinación en este

extremo, y desde luego, impide la concurrencia del elemento subjetivo del delito por el que ha sido acusado.

En este sentido, procede la absolución del magistrado acusado, pero residenciando tal proceder en la falta de tal elemento subjetivo del delito, que nos parece técnicamente más apropiado, más que en lo relativo a la errónea decisión objetiva, en donde converge nuestra argumentación con la de la Mayoría, cuyos primeros apartados asumo y comparto plenamente.

Señalar finalmente que esta distinción contribuye a enjuiciar con más precisión las conductas consistentes en las discrepancias interpretativas en la aplicación del Derecho, pues tal doloso injusto penal ha de polarizar sustancialmente sobre la toma de la decisión, y no tanto sobre la decisión misma, que tiene sus recursos correctores.

*Julián Sánchez Melgar*

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**

---

**VOTO PARTICULAR**

**FECHA:27/02/2012**

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN A LA SENTENCIA N° 101/2012, recaída en la Causa especial n° 20048/2009.**

Desde el profundo respeto que me merece la posición mayoritaria de mis compañeros de Sala en la presente Resolución, he de discrepar, no obstante, de la misma por considerar que efectivamente nos hallamos ante un delito de prevaricación judicial dolosa, del art. 446 3° CP, toda vez que el Magistrado acusado, con pleno conocimiento de la contradicción de sus Resoluciones con el ordenamiento jurídico español, que estaba obligado a aplicar y respetar, comenzó asumiendo competencia que no le correspondía para incoar un procedimiento penal inviable, instrumentalizándolo al servicio de sus propias intenciones subjetivas, contra personas ya fallecidas y por delitos que habían sido objeto de amnistía o que, en todo caso, se encontraban ya claramente prescritos, lo que en definitiva supuso un abuso de sus facultades jurisdiccionales, imponiendo su voluntad y la búsqueda de intenciones propias sobre el mandato explícito de la norma.

Mi discrepancia del criterio de la mayoría, por tanto, se establece con base en las siguientes razones:

## I

En esa decisión mayoritaria se comienza describiendo los hechos acreditados como consecuencia de la Instrucción en su día llevada a cabo y de la prueba, esencialmente documental, practicada en el acto del Juicio oral que, en resumen y completados con los que ya se expusieron en su día por el Instructor de la Causa en su Auto de 3 de Febrero de 2010 que aquí se consideran también relevantes, son:

1) Que el 19 de Diciembre de 2006 el Magistrado acusado ordenó, manifestando que los hechos podían ser constitutivos de un delito que no identifica, la incoación de Diligencias Previas, admitiendo a trámite las denuncias formuladas por diversas personas y Asociaciones que, invocando el derecho a conocer el destino de los restos de personas fallecidas como consecuencia de un *“plan preconcebido y sistemático”* de eliminación de enemigos políticos desatado tras lo que los denunciantes denominan *“sublevación militar”* acaecida en nuestro país el 18 de Julio de 1936, exigían su derecho a conocer la ubicación de los restos de tales víctimas, quejándose de que el Estado no preste su colaboración en esa tarea de localización de los lugares de enterramiento cuando era su responsabilidad y solicitando a la Administración de Justicia *“...que asuma un papel activo en la localización de las fosas, exhumaciones, identificación de restos y restitución a sus familiares...”* puesto que las *“...familias no cuentan con los medios necesarios...”* para ello. Así mismo dispone en ese momento el traslado al Fiscal para que informe acerca de la competencia para conocer del asunto, traslado que no se materializa en aquel momento.

2) Desde la fecha mencionada, 19 de Diciembre de 2006, hasta Junio de 2008 transcurre año y medio en los que el Instructor no realizaría ninguna diligencia de investigación ni acordaría medida alguna de protección a las víctimas, limitándose a practicar las ratificaciones de las denuncias presentadas y, sólo tras ser objeto de denuncia, a causa de su inactividad, por parte de la “Asociación por la recuperación de la memoria histórica de Mallorca” ante el Servicio de Inspección

del Consejo General del Poder Judicial, el día 8 de Noviembre de 2007 dispone, por proveído de 16 de Noviembre de 2007, hacer efectivo el traslado al Ministerio Fiscal, que había acordado ya once meses antes, para que se pronunciase acerca de si le correspondía al Instructor la competencia para la tramitación del procedimiento.

Como consecuencia de ello el Fiscal informó el día 1 de Febrero de 2008 en el sentido de que ni procedía admitir a trámite las denuncias, pues la Ley de Amnistía era plenamente aplicable a los hechos denunciados y no cabía la calificación de los hechos como delitos de lesa Humanidad ya que no era posible la aplicación retroactiva de esta categoría delictiva, de acuerdo con la doctrina expresa de esta Sala (STS de 1 de Octubre de 2007, caso “Scilingo”), ni en cualquier caso correspondería al Juzgado Central la competencia para conocer de un procedimiento semejante ya que, según el art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no sería competente la Audiencia Nacional para el enjuiciamiento de un delito de lesa Humanidad cometido en el territorio español, pues tan sólo en relación con los delitos cometidos fuera de nuestro territorio nacional el principio de Jurisdicción Universal le otorgaba esa competencia que, en otro caso, correspondía a los órganos jurisdiccionales nacionales del lugar donde los delitos se hubieran cometido.

3) Tras el anterior informe casi cinco meses más transcurrirían hasta que, el día 23 de Junio de 2008, el acusado, sin resolver aún sobre lo interesado por el Fiscal respecto de su falta de competencia, dispone la práctica de una serie de diligencias dirigidas tanto a los propios denunciantes como a organismos tales como la Abadía Benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, la Delegación del Patrimonio Nacional en San Lorenzo de El Escorial, el Centro Documental de la Memoria Histórica del Ministerio de Cultura, Ministerio de Defensa, Dirección General de los Registros y del Notariado, Conferencia Episcopal Española, Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas, Ministerio de Asuntos Exteriores, Vicepresidencia Primera del Gobierno, etc. para conocer el número de “desaparecidos” (sic) existentes desde el 17 de Julio de 1936 y sus identidades, así como la existencia de denuncias precedentes relativas a esas desapariciones.

4) El 16 de Octubre de 2008 el Magistrado acusado decide afirmativamente sobre su competencia para investigar “...un delito permanente de detención ilegal sin ofrecerse el paradero de la víctima en el marco de crímenes contra la humanidad, a los que añadirá delitos contra las personas y contra Altos Organismos de la Nación...” y ya desde ese momento admite que se enfrenta a una serie de lo que denomina como “escollos” tales como el de la irretroactividad de la Ley aplicable, la consideración como delito permanente de detención ilegal la desaparición de las personas víctimas de los hechos a investigar como medio para eludir la prescripción de los delitos, la exclusión de la aplicación de la Ley de Amnistía de 1977, la competencia del Juzgado Central para semejante investigación, la identificación de los presuntos responsables y su situación actual o las posibilidades de que el Instructor dispone para dispensar protección a las víctimas de las infracciones investigadas.

5) El 18 de Noviembre de 2008, tras aportar acreditación la Policía Judicial acerca del fallecimiento de las 35 personas contra las que se dirigía la investigación y antes de que la Sala de la Audiencia Nacional dictase Auto el día 2 de Diciembre estimando el Recurso interpuesto por el Fiscal contra la anterior Resolución del acusado declarando la incompetencia objetiva del Juzgado “...para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008.”, el Magistrado dispuso la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento de las personas imputadas y se inhibe a favor de los Juzgados competentes territorialmente para la exhumación de las fosas que han sido identificadas y las que en el futuro se identifiquen.

6) Así mismo, con anterioridad, el mismo magistrado querellado, en fecha 16 de diciembre de 1998, en Diligencias Indeterminadas 70/98 tramitadas en su juzgado, dictó auto en el que rechazó la admisión a trámite de una querrela interpuesta por la Asociación de familiares y amigos de víctimas del genocidio de Paracuellos del Jarama contra D. Santiago Carrillo Solares, el partido Socialista Obrero Español, el Partido Comunista, el Estado Español y la Comunidad Autónoma de Madrid. Argumentaba, entre otras consideraciones, sobre la aplicación a los tipos penales objeto de la querrela, de la aplicación del instituto de la prescripción y de la amnistía de 1.977 a los hechos denunciados.

Junto con esos hechos, ya descritos por el Instructor en su día y plenamente confirmados por esta Sala tras el Juicio oral, la mayoría, a lo largo de los primeros Fundamentos de su Resolución, seguidamente efectúa una serie de valoraciones jurídicas que no puedo por menos que compartir y que son las siguientes:

1) Que *“No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena”*, lo que implica la existencia de responsabilidades penales **exigibles** y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la Ley procesal establece y le garantiza.

Lo que evidentemente no se pretendía ni con las denuncias ni por el Instructor que, en realidad, lo que perseguían era la satisfacción del derecho a conocer las circunstancias en las que aquellas personas habían fallecido y el lugar en el que reposaban sus restos, a la manera de los denominados “Juicios de la verdad” llevados a efecto en otras latitudes, pero que no están reconocidos en nuestro ordenamiento y, menos aún, dentro de un proceso penal que, como hemos visto, tiene un objeto que excluye absolutamente esa clase de finalidad pues *“El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal...”* ya que, como dice la decisión mayoritaria, *“Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo con las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados.”*

Y es que, en efecto, no puede caber duda alguna de que, no sólo los supuestos autores de los ilícitos que se denunciaban habían muerto cuando las denuncias se presentan, sino que, en todo caso, sus actos, presuntamente delictivos, habrían sido objeto de amnistía como consecuencia de la LO de 1.977 y, por si todo lo anterior fuera poco, se encontrarían además prescritos, de acuerdo con las previsiones de los arts. 130 y siguientes del Código Penal.

Con lo que no tenía sentido la incoación de un procedimiento penal a partir de unas denuncias que, en realidad, no buscaban el enjuiciamiento y condena de personas responsables de hechos delictivos, imposibles ya al haber fallecido,

sino la legítima satisfacción moral de conocer el paradero de los restos de sus familiares y el auxilio del Estado, económico y de medios materiales, para conseguir ese fin.

2) Se apoya el acusado en su Auto de 16 de Octubre de 2008 en una particular lectura de la Sentencia de esta Sala de 1 de Octubre de 2007 (caso “Scilingo”) para sostener que el hecho de que encontrarse la investigación de unos delitos de detención ilegal sin ofrecer razón del paradero de la víctima *“en el marco de crímenes contra la humanidad”* le faculta para atribuirse la competencia, criterio completamente erróneo, como se encargan de explicar mis compañeros suficientemente, habida cuenta de que no sólo la referida “doctrina Scilingo” no avala semejante decisión del acusado en modo alguno sino que, incluso, en esa Sentencia lo que pueden leerse son, en realidad, consideraciones tan contrarias a los intereses del Magistrado como las de la insistencia en la vigencia, en nuestro ordenamiento, del principio de legalidad y sus exigencias de “lex previa, lex certa, lex scripta y lex stricta”, la irretroactividad del art. 607 bis CP (delitos de lesa Humanidad) que no se incorporó a nuestro Código hasta el 1 de Octubre de 2004, así como la necesidad de una precisa transposición, operada según el Derecho interno, para posibilitar la aplicación del Derecho Internacional Penal, al menos en aquellos sistemas, como el español, que no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales (art. 10.2 CE), incluidas por supuesto las de carácter consuetudinario y todas aquellas de esta misma naturaleza o de otra distinta en las que intenta apoyar su decisión competencial el acusado.

3) En lo que se refiere a la sorprendente persecución de delitos de los que sus posibles autores se encontrarían ya fallecidos la Sentencia mayoritaria refiere que, aún cuando el Magistrado, al tiempo de asumir su competencia, afirmase desconocer si alguno de los imputados estaba vivo, *“Sin embargo, no podría desconocer que era notorio el fallecimiento de alguno de los imputados en su causa y cuando la lógica del tiempo le hubiera llevado a la conclusión que cualquier persona ejerciendo funciones de mando y responsabilidad tendría en la época de los hechos una edad que en el 2008 sería más que centenaria.”*

4) Por otra parte, respecto de la ausencia de prescripción de los delitos objeto de investigación que el Magistrado acusado defiende argumentando que nos hallaríamos ante un delito permanente de detención ilegal sin dar cuenta del



paradero de la víctima, la Resolución mayoritaria es categórica cuando, tras recordar que *“Las diligencias penales se originan en 2006 por lo que han transcurrido entre 54 y 70 años, tiempo que supera con creces el de la prescripción señalado en el art. 131 y siguiente del Código penal”*, pasa a afirmar que *“...la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica”* pues *“No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo”*, por lo que, en definitiva, *“Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código penal.”*

Porque, y ésta es una pregunta que me hago yo, ¿pretende acaso el Magistrado acusado que unas personas víctimas de desaparición forzada bajo la Dictadura han permanecido en situación de privación de libertad, en algún lugar ignoto, durante una extensión tal de tiempo, en la que se incluyen los últimos 36 años, recuperadas ya plenamente las libertades propias de nuestro sistema democrático?

El que se acuda a una argumentación de tamaña inconsistencia, para superar el “escollo” que suponía la evidente prescripción de los posibles delitos, evidencia bien a las claras la voluntad del acusado de seguir adelante con sus personales designios sin preocupación alguna por cumplir con la obligación de respeto al Derecho vigente.

5) Finalmente, en cuanto al dato de que las infracciones investigadas se encontraban amnistiadas, de acuerdo con la Ley de 1.977, el texto que apoya la mayoría explica con toda claridad y rigor el valor y alcance de dicha norma en relación con estos delitos, norma que por otra parte ya había aplicado, admitiendo por tanto su legítimo valor y eficacia, el propio acusado en su Auto, ya mencionado, de 16 de Diciembre de 1998 (caso “Paracuellos”).

La evidencia en este punto de la concurrencia del elemento de abuso de poder en el que se instala el núcleo de la significación antijurídica del acto prevaricador queda magistralmente reflejada cuando mis compañeros, tras exponer cómo *“La idea fundamental de la “transición” fue la de obtener una*

*reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico” y recordar que la misma fue aprobada por un Poder legislativo con plena legitimidad democrática y representación de todos los partidos e ideologías y que, frente a otras llamadas Leyes “de punto final”, ésta “...en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes”, concluyen diciendo que “Precisamente, porque la transición fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento.”*

### III

Por otra parte, la doctrina de esta Sala ha venido insistiendo, respecto del delito de prevaricación judicial, en los siguientes aspectos:

1) Que en este delito “**Lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del derecho...**” (STS de 3 de Febrero de 2009) pues “...la cuestión de la responsabilidad penal del juez comienza allí **donde la aplicación incorrecta de la ley no puede ser imputada a la falibilidad humana, sino al abuso de las funciones del juez**. En estos supuestos la disfunción no es imputable al sistema, sino al juez, y es en estos casos que se hace necesaria la exigencia de responsabilidad penal del juez como “**correlato o contrapeso que garantiza la libertad de responsabilidad y, de esta manera, la independencia**”.” (STS de 3 de Febrero de 2009).

2) Que su diferencia con la prevaricación administrativa se encuentra tanto en la “...mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa...” como porque “...la prevaricación judicial es un delito de técnicos del derecho, de ahí que **no deba trasladarse “sic et simpliciter” los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como esperpéntico, apreciable por cualquiera, etc.**, pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en derecho” (STS de 3 de Febrero de 2009).

3) Que, así mismo, “...siendo el sujeto activo un juez, la injusticia de su resolución puede estar escondida en una argumentación aparentemente ajustada a derecho” (STS de 15 de Octubre de 1999, caso “Gómez de Liaño”).

4) Que “...este delito no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la **vulneración del Estado de Derecho al quebrantar la función judicial de decidir aplicando el Derecho...**”, lo que supone que “...se produce un abuso de la posición que el derecho otorga al Juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales” (STS de 15 de Octubre de 1999). Por ello, la antijuridicidad de la Resolución judicial “...ha de ser demostrativa del apartamiento de la función que corresponde al juez en el Estado de Derecho según los arts. 117.1 7 103.1 de la Constitución” (STS de 15 de Octubre de 1999) que, a su vez, disponen el “...sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” en la actuación de cualquier Administración Pública y que la Justicia se administra por Jueces y Magistrados “...sometidos únicamente al imperio de la ley.”

5) Que la comisión de esta clase de ilícitos requiere dos elementos, a saber, “...el objetivo, integrado por el dictado de una resolución injusta, y el subjetivo, integrado en saber que se está dictando la resolución injusta” (STS de 3 de Febrero de 2009).

6) Que “...la esencia de este delito radica en el quebrantamiento del Derecho objetivo, y se entiende que existe tal quebrantamiento cuando la **aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible...**” e incluso “En caso de normas de contenido impreciso y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora **cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento**” (STS de 3 de Febrero de 2009).

7) Que se da este delito de forma especial en todos los casos de absoluta falta de competencia, tanto “...cuando se **inobservan las normas esenciales de procedimiento** o cuando el contenido de la resolución judicial suponga un torcimiento flagrante del Derecho” (STS de 24 de Junio de 1998).

8) Que, por otra parte ha de excluirse una concepción subjetivista del elemento objetivo de la injusticia de la Resolución toda vez que “...no se configura el delito como el producto de la actitud subjetiva del juez al aplicar el derecho, o sea, **según su propia idea de la justicia**, sino que la ilegalidad ha de existir objetivamente” (STS de 15 de Octubre de 1999), ya que “El elemento objetivo de la resolución injusta sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio y no desde las convicciones del juez, porque en tal caso **la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial**. La conciencia del juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley porque **ello conduce en definitiva a convertir la conciencia del juez en la ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho**” (STS de 3 de Febrero de 2009).

#### IV

En definitiva, a la vista de los hechos tenidos como probados, tanto por mis compañeros de Sala como por mí mismo, a partir de las conclusiones alcanzadas durante la Instrucción y que se han visto plenamente corroboradas en fase de enjuiciamiento, así como del contenido de la reiteradísima y pacífica doctrina jurisprudencial que acaba de citarse, la conclusión, a mi juicio, no podría ni debería ser otra que la condenatoria, toda vez que la conducta del acusado integra plenamente los elementos constitutivos de un delito de prevaricación judicial, tal como viene descrito en el art. 446 3º del Código Penal, es decir, el hecho de que un Magistrado dicte a sabiendas una Resolución injusta.

En efecto, resulta obvio que el acusado, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, adoptó cuando menos las siguientes decisiones contrarias a Derecho:

a) Incoar un procedimiento penal con una finalidad impropia de este instrumento legal, puesto que se dirigía contra personas fallecidas, con los presuntos delitos amnistiados y, en todo caso, ya prescritos, por lo que, desde su inicio resultaba evidente la imposibilidad de concluir en el enjuiciamiento de responsable alguno respecto de los hechos objeto de investigación.

b) Perseguir, por consiguiente, con esa Instrucción penal como única finalidad la de la localización de los lugares de enterramiento de las personas fallecidas en el transcurso de la Guerra Civil y, posteriormente, a consecuencia de las represalias realizadas por una de las partes contendientes en ella, la que impuso su dominio por las armas. Finalidad que la Ley vigente no atribuye, en caso alguno, a la jurisdicción penal sino a las Administraciones que pueden, y deben, facilitar a los familiares de los fallecidos los medios para la localización, identificación y recuperación de sus restos (Ley de la Memoria Histórica).

c) Atribuirse indebidamente la competencia para la Instrucción de ese procedimiento pues, aún cuando su objeto hubiere sido procesalmente válido, se refiriese realmente a la persecución de delitos de lesa Humanidad y existiera efectivamente la posibilidad de alcanzar la condena de algún responsable por ellos, de ninguna manera sería el titular del Juzgado Central el competente para su investigación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 65 LOPJ, al tratarse de hechos acaecidos en territorio español y, por ende, no afectados por los criterios competenciales derivados de la aplicación de los principios de Jurisdicción Universal previstos en el art. 23 LOPJ. Sin que en este punto pudiese tampoco valer de excusa que tales hechos se refirieran a un delito contra el Gobierno y las altas Instituciones legítimas de la República no sólo porque dicho delito también estaría prescrito, como tan acertadamente razonan mis compañeros, sino también por la sencilla razón de que en el tiempo que el propio acusado acota respecto de los hechos objeto de su investigación (a partir de 1939 y hasta 1954) ese Gobierno legítimo ya se le había hecho desaparecer.

La realidad de tales hechos y la calificación de los mismos como contrarios a Derecho a nadie, de los trece miembros de esta Sala, que tanto durante la fase de Instrucción como en el enjuiciamiento hemos tenido intervención en la presente Causa especial, de entre los catorce Magistrados titulares que en este momento integramos la plantilla real del Tribunal, nos han ofrecido duda alguna, a la vista del contenido constante de nuestras sucesivas Resoluciones.

Con ello se satisfaría ya, en principio, la integración del tipo objetivo del delito, es decir, el dictado de una (en este caso más de una) Resolución “injusta”, quedando por determinar, tan sólo, si esa contrariedad al Derecho era conocida por el acusado que, a pesar de ello, decidió actuar en desobediencia al

ordenamiento jurídico o si, por el contrario, no fue consciente de la real trascendencia antijurídica de su conducta, lo que abriría el debate acerca de si nos hallamos ante un supuesto de delito imprudente, también previsto en nuestra legislación para la prevaricación, exclusivamente si se trata de la judicial (art. 447 CP), camino que parece iniciar el Voto Particular del Excmo. Sr. Sánchez Melgar que, no obstante, concluye también en la convicción de que lo procedente es la conclusión absolutoria.

Pero la opinión de mis compañeros de la mayoría no llega a entrar en esa valoración de la concurrencia, o no, del elemento subjetivo acerca de si el acusado dictó sus Resoluciones “a sabiendas” de que con ellas contravenía el Derecho pues consideran que, como quiera que evidentemente hay que distinguir el mero error o la simple equivocación en la interpretación de la norma de la prevaricación y que, por ende, no toda decisión no ajustada a Derecho ha de ser considerada prevaricadora, que éste es uno de esos casos en los que no se da ese “plus” de entidad en la contravención que convierte el simple error jurídico en decisión prevaricadora.

Y consideran los cinco compañeros que no suscriben ninguno de los dos Votos Particulares que tal circunstancia de la posibilidad alternativa de una distinta interpretación de la norma, en el sentido que siguió el acusado, no se inscribe en el ámbito de la subjetividad del autor de dichas decisiones, que pudiera pensar que las mismas eran correctas, sino que excluye la concurrencia del elemento objetivo del tipo, porque “objetivamente” la aplicación que se hizo de la norma, en este caso, no era tan claramente contraria a Derecho como para merecer el reproche penal.

En resumen: que la interpretación del Derecho que sostenían los Autos objeto de examen era, aunque equivocada, “objetivamente” defendible en nuestro ordenamiento.

Yo disiento por completo de semejante planteamiento y adelanto, desde aquí, que incluso de ser cierta esa posibilidad de una interpretación alternativa como la que el acusado siguió, tendría toda la razón el Voto concurrente de que la misma sólo cabría entenderla desde la subjetividad de quien la utilizó, dando eso sí lugar con ello a una conducta punible a título de imprudencia, pero sin

poder en modo alguno considerar que “objetivamente” no nos hallamos ante Resoluciones “injustas”, en el sentido que a este calificativo, de apariencia tan grandilocuente, ha venido dando en forma más ajustada y realista toda nuestra Jurisprudencia hasta el día de hoy.

En realidad, tan sólo parte de los últimos párrafos de su extensa Fundamentación, en especial de los dos últimos de la misma, dedica la Sentencia mayoritaria a explicar las razones por las que considera que, a pesar de la evidencia de lo erróneo de la interpretación del Derecho llevada a cabo por el Magistrado acusado y que tan amplia y acertadamente se describe en toda la argumentación precedente cuyo contenido comparto fervorosamente pues constituye un excelente texto tanto en lo estrictamente jurídico como en la explicación contextual, social, política e histórica, de las normas de aplicación en el caso enjuiciado, no existe sin embargo delito de prevaricación de clase alguna pues, desde el punto de vista objetivo, no se da ese elemento que transforma la simple equivocación en un ejercicio abusivo de las funciones que tiene atribuidas el Juez que pretende imponer su voluntad, intención particular o capricho sobre el imperio de la norma emanada de la soberanía popular, a través del Poder legislativo, sustituyendo la aplicación de ésta con suplencia del Legislador.

En este caso, la conducta del acusado quedaría dispensada del reproche penal según mis compañeros, porque, la “*...finalidad perseguida, aún cuando errónea en su realización y convenientemente corregida, ha tratado de mejorar la situación de unas víctimas cuyo derecho a conocer los hechos y recuperar sus muertos para honrarles es reconocido por la Ley de Memoria Histórica*” y porque la argumentación en apoyo de tales Resoluciones, “*...aunque errónea, es mantenida por algunos juristas en sus informes y en alguna resolución de organismos de control de Derechos Humanos*”, textos de los que la propia Sentencia ha dado cuenta anteriormente para afirmar que en modo alguno vinculan a nuestros Tribunales.

La finalidad o “buena intención” del Juez que dicta Resoluciones no acordes con la norma que tiene la obligación de aplicar, obviamente no sirven para justificar su conducta y así lo ha reiterado este Tribunal en numerosas ocasiones.

La propia Resolución mayoritaria expresa con rotundidad y enfáticamente que el Sistema penal *“...no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones.”*

Me preocupa seriamente que, con la argumentación mayoritaria (el fin dar satisfacción a los perjudicados contribuye a justificar la incorrecta aplicación de la norma) se pueda estar dando pie a que alguien, en situación semejante, presuma que se encuentra habilitado para aplicar el célebre principio de que *“el fin justifica los medios”* que tan enérgica y razonablemente se ha declarado ajeno a la cultura propia de un Estado de Derecho en pronunciamientos de esta Sala muy recientes como los contenidos en la Sentencia de 9 de Febrero de 2012 (caso “Garzón/intervención de las comunicaciones de los presos”) donde se concluye afirmando tan categórica como justamente que *“La justicia obtenida a cualquier precio termina no siendo justicia.”*

Pero es que, además y por si fuera poco, resulta que dicha finalidad, de satisfacción de las justas pretensiones de los familiares de las víctimas del franquismo, no era tampoco realizable por la vía del procedimiento penal, como lo demostró el destino último, previsible y lógico de las actuaciones incoadas por el acusado.

Y tal circunstancia, que el Magistrado sin duda debía conocer, convertía toda su actuación procesal en un verdadero simulacro de instrucción penal que, a la postre, conduciría a los denunciantes, como era previsible e inevitable, a una frustración más en tan difícil y meritoria búsqueda de los restos de sus seres queridos para honrarlos debidamente, añadiendo sobre ellos un nuevo y reiterado efecto “victimizador”.

Porque la legitimidad y razón que ampara a esos perjudicados en sus pretensiones no admite discusión de ninguna clase, resultando ociosa la prueba en tal sentido aportada por la Defensa al Juicio y en él practicada, aunque que ello no fuera propiamente objeto del mismo, pues avergüenza pensar que se haya podido plantear siquiera la duda, hasta el punto de practicar pruebas ante este Tribunal acerca de ese extremo, de que ha de darse por indiscutible el legítimo derecho de los denunciantes a ver cumplidos sus deseos. Hasta la propia Acusación ha venido insistiendo en esta misma idea de reconocimiento innegable.



La cuestión es otra. No se está enjuiciando si a los denunciados les asistía la razón, e incluso por supuesto el derecho, para pedir lo que pedían, y si, por tanto, el intentar darles satisfacción justifica la aplicación torcida de la norma, sino si el Magistrado acusado era realmente quien debía darles respuesta y disponía de los instrumentos legales para ello o si, con sus actos, vulneraba el ordenamiento jurídico a su capricho, hasta el punto de perjudicar, por buena que fuera su intención, los propios intereses de los denunciados conduciéndoles al callejón sin salida de un procedimiento penal sin ninguna finalidad posible.

Porque no sólo en el procedimiento penal, como ya queda dicho, no tenía en modo alguno cabida la tramitación de una pretensión semejante, sino que, incluso, el 26 de Diciembre de 2007, en pleno compás de espera en la tramitación de la Causa, el Parlamento español aprobó la Ley 52/2007, denominada “*de la Memoria Histórica*”, en la que se reconocen y amplían los derechos de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, incluyendo todo lo relativo a la localización, recuperación y tratamiento de los restos de los fallecidos en tales circunstancias, materia cuya competencia se atribuye, con carácter general, a las Autoridades administrativas ajenas a la jurisdicción.

Y, a pesar de ello, el acusado prosiguió con su procedimiento penal, en el que tan sólo un mes antes de la aprobación de esa Ley, muy avanzada ya su tramitación parlamentaria, el 16 de Noviembre de 2007, había decidido por fin dar traslado al Fiscal, para su Informe sobre competencia, cumpliendo entonces lo acordado once meses atrás.

En todo caso ¿es que la intención de dar satisfacción a los denunciados puede justificar la persecución de unos delitos prescritos y con sus presuntos autores ya fallecidos, como hecho más que notorio en especial respecto de algunos de ellos como en el caso del General Franco, contra el que también se incoa desde un principio la causa?

Pues bien, si no se puede justificar el incumplimiento de la norma aplicable ni por la bondad de la finalidad perseguida cuando además, en este caso, ese objetivo legítimo tenía sus propios cauces para ser alcanzado, de acuerdo con la

más reciente legalidad, otro tanto cabe decir de la alusión a los informes de ciertos juristas y a alguna resolución de los organismos de control de Derechos Humanos, como elementos que neutralizarían el carácter “injusto”, por contrario a Derecho, de las Resoluciones dictadas por el acusado.

Hasta hoy, al menos, cuando se ha medido la decisión acordada por el acusado de prevaricar, a efectos de valorar el exceso en la aplicación de la Ley por parte del Juez que, abusando de la función que tiene encomendada, hace imperar su voluntad sobre la del Legislador y, por ende, es reo del delito de prevaricación, se había remitido siempre este Tribunal a la propia norma vigente en nuestro ordenamiento nacional, cuando es evidente en su sentido y su vigencia incuestionable, y en contadísimas ocasiones, precisamente para evitar que una condena de esta clase pudiera basarse en una interpretación concreta del Tribunal Supremo, en la propia doctrina jurisprudencial cuando ésta resultaba inequívoca, clara, notoria y exclusiva en relación con la interpretación del precepto.

Aquí, sin embargo, nos encontramos con la originalidad consistente en el hecho de que mis compañeros equilibran lo que es una serie de Resoluciones, cuyo carácter contrario al Derecho se explica con pormenor y claridad diáfana, con la existencia de opiniones o criterios, ajenos a nuestro ordenamiento, para afirmar que, objetivamente, la decisión del acusado permitía una interpretación alternativa que excluye el delito de prevaricación.

Pero ¿cómo puede existir esa interpretación alternativa si la misma habría de basarse en criterios que no son de aplicación en nuestro ordenamiento y que, incluso, contradicen preceptos expresos contenidos en éste, tales como los relativos a la prescripción de los delitos, la Ley de Amnistía de 1977 o la de Memoria Histórica de 2011, o principios como el de legalidad o el objeto del procedimiento penal y sus garantías en nuestro Sistema penal, por no hablar de las propias reglas de competencia de los órganos jurisdiccionales?

¿Es que a partir de ahora el Juez español puede desobedecer las leyes patrias, las dictadas por nuestro Parlamento soberano, porque encuentre criterios u opiniones ajenos a nuestro Derecho que coincidan con su particular modo de ver las cosas?

En mi modesta opinión, si el delito de prevaricación se refiere a la gravemente incorrecta aplicación del Derecho, alude en exclusiva al Derecho español, de obligado cumplimiento en nuestro país, el que los Jueces nacionales tienen que aplicar, incluyendo, por supuesto, aquel otro que, emanado de la letra de los Convenios internacionales suscritos por España, o de sus derivaciones como el Derecho comunitario, o de los Tribunales u órganos encargados de interpretar esos textos, tenga acogida en nuestro ordenamiento de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en las Leyes. Y basta.

Creo que así lo entienden cada día los Jueces españoles cuando de aplicar el Derecho, las fuentes de nuestro Derecho, se trata.

Por otra parte, la absoluta inexistencia de Resoluciones anteriores semejantes a las adoptadas por el acusado de órgano jurisdiccional alguno, ni en España ni por virtud de jurisdicción universal por ningún Juez del mundo hasta ese momento, ni de una iniciativa en ese mismo sentido por el Ministerio Fiscal en todo ese considerable período de tiempo de setenta años o, cuando menos, treinta desde la restauración del régimen democrático en nuestro país, debían sin duda haber sido avisos, incluso para el menos avisado de los Jueces, sobre la improcedencia de las Resoluciones adoptadas, máxime cuando, como luego veremos, ese fue también el criterio seguido por el propio acusado al desestimar la admisión de la querrela interpuesta por unos hechos análogos a los que aquí nos ocupan, en las diligencias 70/1998 (Caso “Paracuellos”).

De hecho, el propio texto que apoyan mis compañeros de la mayoría dice textualmente que: *“El magistrado acusado se ha apoyado en fuentes de interpretación reconocidas en nuestro ordenamiento, si bien **ha obviado** que la fuerza expansiva de la cultura de protección de los Derechos Humanos, que es vinculante en nuestra interpretación, **ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad, en los términos que aparece diseñado en el art. 9.3 de la Constitución...**”*

Con este argumento, para mí, se habría completado plenamente el elemento objetivo del tipo del delito en su integridad, toda vez que lo que viene a decirse es que el Magistrado acusado ha obviado el cumplimiento del principio de legalidad buscando amparo para desobedecer la Ley que está obligado a cumplir en

planteamientos, del todo respetables, pero carentes de la menor eficacia en y contra nuestro ordenamiento, en tanto que el elemento subjetivo, es decir, el que el Magistrado acusado sabía perfectamente que incurría en grave incumplimiento de la Ley, aparece de forma aún más clara si cabe a partir de dos circunstancias evidentes.

En primer lugar, su amplia experiencia y conocimientos como Juez de Instrucción durante muchos años, tramitando gran cantidad de asuntos de indudable trascendencia, que hacen imposible pensar que pudiera desconocer cuestiones tan elementales como el Derecho aplicable en una instrucción o los fines del procedimiento penal, Leyes como la de Amnistía o de la Memoria Histórica, esta última además aprobada precisamente durante el transcurso de las diligencias que son aquí objeto de enjuiciamiento, o las normas en las que se apoya su propia competencia.

Resultaría realmente un insulto a la razón afirmar el desconocimiento de cuestiones tan esenciales por un profesional como el Magistrado acusado y, en todo caso, semejante afirmación, que en modo alguno suscribo, habría de conducir, con harta probabilidad, no a la absolución sino a una condena por prevaricación imprudente del art. 447 CP.

La actitud del acusado en relación con las decisiones destinadas a prolongar su conocimiento de la causa, frente al informe contrario del Fiscal que se oponía a su competencia para ello, acordando posteriormente un sobreseimiento libre por extinción de responsabilidad penal por fallecimiento de los denunciados, cuando se sabe que semejante Resolución no incumbe en ningún caso al Instructor en el Sumario Ordinario sino a la Sala, y la posterior y precipitada inhibición a favor de múltiples Juzgados sobre los que la Audiencia carecía en absoluto de competencia funcional, con lo que evitaba el control de ésta sobre sus decisiones precedentes, son en su conjunto datos igualmente reveladores de la plena conciencia por su parte de lo irregular de su comportamiento procesal.

Debiendo, por cierto, salir aquí al paso de una aseveración de mis compañeros que con todo respeto no comparto, en concreto cuando dicen que *“No es, por lo tanto, congruente plantear la denuncia por prevaricación respecto a los dos autos, pues en uno se afirma y en el otro se niega la competencia.”*

Pues bien, a mi juicio tal incongruencia no es tal pues si bien uno de los aspectos irregulares del Auto inicial de 16 de Octubre de 2008 es el de la asunción de una competencia que claramente no le correspondía, por lo que se refiere al de 18 de Noviembre de 2008, en el que declina esa competencia, antes de que se pronuncie en el mismo sentido la Sala de la Audiencia, el acusado atribuye, al inhibirse, una jurisdicción a los *“juzgados competentes para la exhumación de las fosas que han sido identificadas y las que en el futuro se identifiquen”* de igual modo inexistente pues, como ya se ha dicho, desde la publicación de la Ley de la Memoria Histórica era a la Administración a quien correspondía esa tarea. Culmina así el Magistrado su actuación en este procedimiento insistiendo, una vez más, en un pronunciamiento contrario a la Ley con el ánimo evidente de perpetuar la imposición de su particular interpretación sobre los mandatos expresos de la norma positiva.

Pero es que además, si existiese aún alguna duda acerca del conocimiento del acusado de cuál era la correcta aplicación del Derecho a un caso como el que ha sido objeto de las presentes actuaciones, tenemos como prueba de que él sí que sabía la solución acertada el hecho de que la expuso y sostuvo, con meridiana claridad y hasta con un empeño y energía poco frecuentes, en el Auto de fecha 16 de Diciembre de 1998, por el que inadmitía a trámite la Querrela presentada por la *“Asociación de familiares y amigos de víctimas del genocidio de Paracuellos del Jarama”* contra Santiago Carrillo Solares y otros.

En esa ocasión el acusado, aplicando con toda corrección la Ley a un caso de extraordinaria semejanza con éste, aunque alguno de los allí querellados constase entonces que aún permanecía con vida, y cuya solución, en cualquier caso, pasaba por la interpretación y aplicación de los mismos preceptos, en especial la Ley de Amnistía de 1977, rechaza la querrela, emitiendo incluso fuertes reproches contra sus autores por el hecho de haberla interpuesto con tan nulo fundamento jurídico al encontrarse los hechos amnistiados, sin hacer alusión ninguna entonces a razones para esa inadmisión que ahora pretende alegar como distintivas de ambos supuestos.

Mis propios compañeros coinciden en esta apreciación, si bien excluyen su significación reveladora del perfecto conocimiento por el acusado de la

correcta aplicación del Derecho en aquella primera ocasión y, por ende, de su torcida conducta en la que aquí se enjuicia, probablemente sin necesidad de entrar en ello puesto que al considerar que no se cumple el tipo objetivo del delito no sería preciso justificar también la inexistencia del subjetivo.

Sin embargo se argumenta la intrascendencia de aquella Resolución y la discrepante aplicación del criterio con base en “...*que los diez años transcurridos entre una y otra resolución ponen de manifiesto un cambio de opinión jurídica sobre unos hechos, con independencia de sus autores y puede ser debida a la distinta concepción del sustrato de protección y de la fuerza expansiva de los derechos humanos en los últimos tiempos.*”

Razonamiento que, con sinceridad y modestia, no me resulta en absoluto convincente, máxime cuando en ningún momento esa ha sido la explicación que nos ha ofrecido el acusado ni su Defensa, que justifican el cambio de criterio por una diferencia entre los delitos a perseguir en una y otra ocasión que, a su vez, nada tiene que ver con la corrección al interpretar el ámbito y la eficacia de la Ley de Amnistía.

De modo que, según mis compañeros, el acusado no sólo no aplicó debidamente la norma en el caso que enjuiciamos sino que cuando antes había acertado plenamente en ello con posterioridad se corrigió a sí mismo, sin mala fe, para errar aplicando como Derecho criterios y opiniones ajenas a nuestro ordenamiento que, por su mera existencia, justificarían el hecho de que el Juez las acoja y se base en ellas como fundamento de su decisión y posterior amparo frente a la acusación de prevaricación.

De esta forma, en mi humilde opinión, se está elevando por la mayoría de este Tribunal a categoría de exclusión del elemento objetivo del tipo de la injusticia de la Resolución, la adscripción del Juez a unas posiciones, ajenas a los ámbitos del Derecho aplicable en nuestro país, pero que le suscitan adhesión personal y resultan útiles para fundar sobre ellas, ¿en Derecho?, aquellas Resoluciones que persigan los fines benéficos por él deseados.

Pocas veces se habrá visto un ejemplo más claro de lo que es una prevaricación judicial, cuando el Juez elige aquellos criterios que se compadecen

con su voluntad, independientemente de su origen, razón o eficacia, para justificar con ellos el incumplimiento del mandato de la norma que verdaderamente le vincula.

Y como entiendo que nos hallamos ante ese supuesto, yo, al contrario de la mayoría, respetuosamente considero que la decisión adoptada, de acuerdo con los hechos incontestablemente probados, la norma aplicable y la numerosísima y constante doctrina de esta Sala que al menos en parte ya se ha citado, no debería ser otra que la condenatoria por la comisión de un delito de prevaricación judicial dolosa del art. 446 CP.

Deseando dejar constancia, además, de mi honda preocupación por el precedente que esta Resolución pudiere llegar a representar en relación con el tratamiento del delito de prevaricación judicial, de modo que, a partir de ahora, en el futuro los Jueces puedan sostener su apartamiento de las normas imperativas de nuestro ordenamiento alegando la bondad de sus fines o intenciones subjetivas junto a la existencia de opiniones jurídicas, meramente doctrinales o sin efecto de vinculación alguna para nuestros Tribunales, en el dictado de Resoluciones que contravengan de manera clara y flagrante incluso los principios más básicos de nuestro Sistema penal o del resto del ordenamiento jurídico.

## V

No puedo finalizar este Voto Particular sin dar, por último, respuesta a dos interrogantes que inquietaban al Ministerio Fiscal, según sus propias palabras en el Informe final dirigido al Tribunal, y sobre las que en mi opinión merece, incluso tras haber alcanzado su objetivo principal con el éxito de la pretensión absolutoria, ser cumplidamente satisfecho.

Máxime porque resulta necesario, por la trascendencia que ello pudiera tener o alarma causar, salir al paso de cualquier sospecha que anide en la mente de quienes forman parte de una Institución tan prestigiosa y justamente merecedora de crédito social como el Ministerio Público de nuestra Nación.

El digno representante del Ministerio Público comenzó su Informe, además de otras referencias a mi juicio poco afortunadas y carentes de razón sobre

la actuación del Instructor de este procedimiento y a la propia doctrina de la Sala relativa a la actuación de la acción popular en nuestro procedimiento penal, expresando sus dudas acerca de que estuviéramos asistiendo a un ejercicio del repudiable, y ya por fortuna superado, Derecho Penal “de autor”, en el que se pretendía la condena del acusado por ser quien es, por tratarse de quien se trataba, por su identidad personal y no por la ilicitud de los hechos por él realizados, y concluyó el Fiscal ese mismo alegato con una especie de admonición a la Sala acerca del riesgo que se corría, caso de concluir en una condena en el presente caso, de ataque a la independencia judicial pues podría tomarse como ejemplo de escarmiento a quienes osasen disentir de la opinión de los Tribunales superiores.

Evidentemente ninguna de ambas cuestiones deberían preocupar al Fiscal que seguro que conoce sobradamente que no entra dentro del proceder de ningún miembro de este Tribunal actitud alguna persecutoria contra un ciudadano por el hecho de ser quien es, sospecha que permítasenos calificar a estas alturas, de absurda, al igual que sorprende sobremanera que se intente sostener que un procedimiento tendente a enjuiciar si resulta de aplicación a una determinada conducta el delito de prevaricación judicial supone, por sí mismo, un ataque a la independencia judicial. Antes al contrario.

Del mismo modo que el hecho de la realización de meritorias tareas en pro de la Justicia, nacional e internacional, o de otro orden, a favor incluso si se quiere del conjunto de la Humanidad, no otorgan patente de inmunidad perpetua ante la Ley a su autor, creo que es también sabedor en primera persona el Fiscal de que este Tribunal tan acostumbrado, por razón de las normas de aforamiento, a enjuiciar en única instancia a personalidades de la máxima jerarquía política y social, nunca ha sufrido perjuicio alguno, ni a favor ni en contra, en razón al carácter o la identidad de la persona sometida a enjuiciamiento, como históricamente sus Resoluciones evidencian.

De la misma manera, no debe olvidarse, y así se lo he de recordar al Fiscal como respuesta a sus inquietudes, que la sanción de la prevaricación es precisamente la justificación misma de la independencia judicial, la contrapartida necesaria del inmenso poder que la sociedad deposita en sus Jueces que, por ese motivo, se les considera tan independientes como sometidos a la Ley.



El poder amplísimo que otorga la jurisdicción no se le entrega al Juez para que actúe arbitrariamente sino para que interprete y aplique la Ley aprobada por el Poder legislativo como representante de la soberanía popular.

El Juez que, con plena conciencia de ello, impone su propio deseo y voluntad, por bienintencionada que su finalidad fuere, sobre la vigencia del Derecho no sólo incumple los deberes de su función sino que comete un acto verdaderamente subversivo contra los principios básicos del Estado de Derecho y del reparto de Poderes propio del sistema Democrático, haciendo un mal uso de la independencia de que goza e incurriendo por ello en el delito de prevaricación.

Y la prevaricación se tiene por producida cuando así lo proclama un Tribunal de Justicia, tras el correspondiente enjuiciamiento y mediando generalmente la Acusación del Fiscal, siempre celoso en su defensa de la legalidad.

Por ello la circunstancia de enjuiciar unos hechos por si fueran constitutivos de delito de prevaricación no debería causar alarma alguna a nadie, menos si cabe al Fiscal, ni miedo por la supervivencia de la independencia judicial sino confianza en que el correcto uso de su independencia por los Jueces está garantizado mediante el control de su cumplimiento.

Incluso la condena, de producirse, tampoco supondría ese ataque a la independencia que tanto teme el Fiscal, sino recta aplicación de la Ley en una materia tan trascendente como la de la evitación de la arbitrariedad y el capricho judicial, en la que numerosas ocasiones se ha significado el propio Ministerio Público obteniendo la justa condena de miembros del Poder judicial merecedores de la misma.

Imagino, no obstante, que el pronunciamiento absolutorio acordado por la mayoría de esta Sala habrá dado cumplida satisfacción al Ministerio Público, despejando ampliamente sus dudas y tranquilizándole respecto de los temores por la incolumidad de la independencia judicial, en tanto que la minoritaria opinión que represento deberá ser respetada, o no, en función de la razonabilidad de mis propios argumentos que, en definitiva, poco deben preocupar puesto que se agotan en la ineficacia, al menos inmediata, del Voto Particular.

Fdo: José Manuel Maza Martín

**PUBLICACION.**- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.