

Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica

Por RAFAEL ESCUDERO ALDAY¹

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

El proceso de recuperación de la memoria histórica ha situado la reivindicación de las víctimas de la dictadura franquista en el centro del debate ciudadano, político y académico. Conceptos como justicia transicional, derechos de las víctimas del franquismo o memoria democrática, entre otros, han ocupado el espacio público. En este artículo se analiza el debate generado en los últimos tiempos. Un debate que se extiende no sólo a la reparación de los derechos de las víctimas de la dictadura (memoria personal y familiar), de acuerdo con las obligaciones internacionales que incumben a España, sino también al propio cuestionamiento de la Transición y de las bases jurídico-políticas del actual sistema constitucional (memoria colectiva).

Palabras clave: *Memoria histórica, justicia transicional, transición a la democracia, víctimas del franquismo, crímenes contra la humanidad, dictadura, Constitución de 1978.*

¹ Este artículo ha sido elaborado durante el curso académico 2011-2012. Ese curso Rafael Escudero fue *International Visiting Scholar* en el Washington College of Law (American University). Para la realización de esta estancia de investigación contó con una beca de la Fundación Cajamadrid de movilidad para profesores de las universidades públicas de Madrid.

ABSTRACT

The on-going process of recovering the historical memory in Spain has situated the legitimate reivindications of the victims of Francoist dictatorship just in the center of the social, political and academic debate. Concepts like transitional justice, rights of the victims of political violence and democratic memory have occupied the public agenda. This article focuses on the questions related not only to the reparations of the victims' rights (personal and familiar memory), according to the international obligations, but also to the transition to democracy and the political foundations of the Spanish constitutional regime (collective memory).

Key words: *Recovering of Historical Memory, Transitional Justice, Victims of Gross Violations of Human Rights, Crimes against Humanity, Francoism, Transition to Democracy, Spanish Constitution.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA: SOBRE PACTOS, SILENCIOS Y OLVIDOS. 3. LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA: DE LA HISTORIA A LA POLÍTICA. 3.1 *Memoria histórica: los contenidos de un concepto.* 3.2 *Contra la memoria: las críticas a un concepto.* 3.2.1 La memoria y su validez científica. 3.2.2 La memoria y su uso político. 4. DE LA MEMORIA HISTÓRICA A LA JUSTICIA TRANSICIONAL: OBLIGACIONES PARA EL ESTADO. 4.1 *La agenda de la justicia transicional.* 4.2 *¿Por qué en España? Y, ¿por qué ahora?* 5. EPÍLOGO. LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO.

1. INTRODUCCIÓN

El panorama político de los últimos años en España se ha visto sacudido por la irrupción del movimiento de recuperación de la memoria histórica. Un movimiento nacido de la sociedad civil, de organizaciones y asociaciones cuya inicial reivindicación se centraba en recuperar la dignidad y los derechos de las víctimas del franquismo, y que ha conseguido hacerse un hueco no sólo en la opinión pública, sino también en la agenda política. 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 27-XII-2007) –conocida popularmente como la ley de memoria histórica– supuso el reconocimiento de algunas de las demandas largamente solicitadas por este movimiento. Esta ley se suma a otras disposiciones de carácter legal y reglamentario que desde los inicios de la democracia habían venido aprobándose para indemnizar a personas represaliadas durante la dic-

tadura (Aguilar 2008a). Mediante ella el legislador buscaba zanjar, de una vez por todas, la cuestión de las víctimas del franquismo y su debido reconocimiento y protección.

Sin embargo, la aprobación de la ley de memoria histórica no supuso el fin de la discusión política ni del debate académico. Políticamente, la ley ha sido cuestionada tanto por quienes consideran que supone el fin del pacto de la Transición y la apertura de las «heridas del pasado» como por los que opinan que su articulado y medidas no alcanzan a reparar adecuadamente a las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos cometidas a raíz del golpe de Estado que dio lugar a la guerra civil y la posterior dictadura franquista². Desde el punto de vista académico, son varios los debates generados y diversas también las perspectivas de análisis. Historiadores, politólogos, filósofos y juristas han encontrado en este proceso un terreno fecundo para sus aportaciones, dado que en él se entrecruzan cuestiones relacionadas con la historiografía y sus diferentes técnicas, el deber moral de dignificar a las víctimas de un pasado violento, las obligaciones que el Derecho internacional impone al Estado español, el uso de la historia con fines políticos, así como las bases político-ideológicas del proceso de Transición a la democracia que dio lugar a la Constitución de 1978.

En este proceso de recuperación de la memoria histórica, del relato de la represión política acaecida durante la guerra civil y la dictadura franquista, se distinguen dos grandes reivindicaciones. Bajo la primera se aglutinan las demandas de las víctimas de dicha represión, ignoradas durante los cuarenta años de dictadura y desatendidas en gran medida tras la llegada de la democracia. Se pide que se ponga fin a ese desamparo, que se desarrollen políticas públicas que permitan la recuperación de la memoria personal y familiar de quienes sufrieron graves violaciones de derechos, violencia de motivación política o represión a consecuencia de su ideología. A ello se suma una segunda reivindicación, que busca ir más allá de la implementación de este programa de reparaciones para poner su foco de atención en la construcción de una sociedad y una ciudadanía más respetuosa con la legalidad, la democracia y los derechos humanos. Se pretende, así pues, recuperar una memoria democrática que, frente al relato político hegemónico que ha actuado como pilar legitimador del sistema constitucional, reivindique el relato de las víctimas del franquismo y ponga en valor lo que supuso para España la Segunda República y la Constitución de 1931.

De lo individual a lo colectivo, de la reparación de las víctimas a la conformación de un marco ideológico-político basado en los valores republicanos que se instale en el imaginario colectivo de la democra-

² Un análisis detallado del debate parlamentario, los argumentos esgrimidos por los distintos grupos políticos y las medidas contenidas en la ley puede seguirse en Martín Pallín y Escudero (2008).

cia española. Por qué es hoy, más de treinta años después de la aprobación de la Constitución de 1978, cuando ha cuajado este movimiento de recuperación de la memoria histórica, y cuáles son los aspectos que lo vertebran y dotan de coherencia argumentativa, es el objeto de análisis de las páginas que componen este trabajo.

2. LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA: SOBRE PACTOS, SILENCIOS Y OLVIDOS

El discurso político hegemónico en España presenta la Transición a la democracia como un proceso exitoso, incluso modélico, cuyos resultados son dignos de exaltación teórica y exportación a otros países (López Guerra 1998: 1939-1944). Se alega el carácter ejemplar de un proceso que, sin violencia ni enfrentamiento entre españoles, puso fin a la dictadura y dio lugar a una democracia equiparable a las de los países de su entorno. Tal resultado fue posible gracias a lo que se ha llamado el «consenso de la Transición»; expresión bajo la que se hace referencia a un pacto de reconciliación –iniciado ya en los años cincuenta– entre unas élites pertenecientes a la oposición democrática y los sectores aperturistas del franquismo. Un pacto basado en el silencio y olvido del trágico pasado, en retirar del debate público y de la escena política todo lo que tuviera que ver con la República y la dictadura, no solo a los efectos de que aquel no volviera a repetirse, sino también como única forma de asegurar la consolidación de la democracia (Juliá 2010: 306-310).

Entre las cláusulas de ese «pacto de silencio» –de ese echar al olvido la tragedia del pasado– ocupa un lugar destacado el pasar por alto todo lo relativo a los crímenes del franquismo, amnistiando a sus autores e inoculando una dosis de amnesia en la sociedad española sobre lo sucedido durante los cuarenta años de dictadura. Una amnesia que, trasladada al incipiente régimen político, invadió todas las esferas de la vida ciudadana, social, académica, universitaria, etc. (Espinosa 2010: 35-40). En lo que a las víctimas directas se refiere, este olvido se tradujo en la indefinida postergación de sus legítimas reivindicaciones de reparación integral del daño causado, rehabilitación de su memoria e investigación penal sobre los hechos y sus autores.

Pero el pacto de olvido no termina aquí. Incluía otra cláusula por la que cada parte se comprometía a renunciar al pasado, cada una al suyo, como instrumento de reivindicación política. Así, mientras que los franquistas debían renunciar a la dictadura, los demócratas debían hacer lo mismo con la República. Ello consolidó la tesis de la equidistancia entre la dictadura franquista y la Segunda República (Monedero 2011: 105-107). Asimismo, produjo la salida de la escena política de cualquier reivindicación de la experiencia republicana que pretendiera hacerse por las fuerzas políticas democráticas. La Constitución

de 1931, sus valores, principios y derechos, quedaron fuera del terreno de juego político³.

Antes de culminar en la Constitución aprobada en diciembre de 1978, los contenidos del pacto fueron materializándose en decisiones políticas de gran relevancia que pusieron de manifiesto el enorme control que sobre el proceso ejercieron los sectores del franquismo aglutinados bajo lo que se denominó el «partido militar» (Lacasta 1988: 143-160; Capella 2003: 22). Para empezar, configurando la Transición como un proceso de reforma y no como una ruptura radical con el franquismo, gracias en gran medida a la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política (BOE 5-I-1977), la cual ha sido calificada precisamente como una «ley-puente» entre la legislación franquista y la futura arquitectura constitucional (Díez-Picazo y Elvira 2008: 22). Esta ley permitió pilotar el proceso de la forma que mejor convenía a los sectores conservadores.

Estos impusieron la renuncia a la discusión sobre la forma de Estado. Recuérdese que el propio Franco había designado a Juan Carlos de Borbón «sucesor a título de rey» el 22 de julio de 1969, de acuerdo con las previsiones de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 1946. Así, el sistema político que surgiera tras la muerte del dictador recibiría su legitimidad del régimen nacido el 18 de julio de 1936 a raíz de un golpe de Estado contra el Gobierno republicano. Nada se hizo durante la Transición para revertir esta situación. Más bien al contrario. Se consolidó esta línea de continuidad en la sucesión a la jefatura del Estado que había establecido el propio Franco. Para ello, a los partidos políticos que quisieran concurrir a las elecciones generales de 15 de junio de 1977, las que dieron lugar a unas Cortes materialmente constituyentes, se les obligó a renunciar a toda denominación expresamente republicana. Así, cuando en 1978 la ciudadanía acudió a ratificar en referéndum la Constitución –ese argumento de legitimidad sobrevenida que se utiliza para lavar el «pecado original» de la monarquía española–, esta se encontraba ya totalmente consolidada en el escenario político. Es más, dado que su legitimidad provenía del régimen dictatorial anterior, el monarca no juzgó oportuno ni necesario jurar el propio texto constitucional⁴.

La manifestación más clara del pacto de olvido que funda la Transición se encuentra en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía (BOE 17-X-1977). Nacida como una reivindicación de la oposición

³ Prueba de ello es la inexistencia de menciones expresas a la República y su Constitución en el texto constitucional de 1978. La única referencia que se hace al pasado republicano aparece en la Disposición transitoria segunda, al hilo de la puesta en marcha del proceso autonómico, al referirse a «los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía».

⁴ A diferencia de lo que sí hizo, y hasta dos veces, con los principios del movimiento nacional y demás leyes fundamentales del reino. Una, el 22 de julio de 1969, cuando Franco le designó sucesor en la jefatura del Estado; y otra, el 22 de noviembre de 1975, tras la muerte del dictador, a la hora de acceder a la Corona.

democrática, que buscaba con ella la salida de los presos políticos de las cárceles, la amnistía fue utilizada como moneda de cambio para la normalización democrática. Así, tras un artículo inicial que declara amnistiados los que durante la época franquista se consideraban delitos políticos, su art. 2 incluye en la amnistía «los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley», así como «los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas». Este artículo es el esgrimido por quienes –incluido el Tribunal Supremo– entienden que no cabe siquiera investigar judicialmente los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el golpe de Estado de 1936 y la posterior dictadura franquista. En todo caso, es el punto central que sujeta esa hipotética reconciliación entre españoles que produjo la Transición.

Además, la privilegiada posición de poder que tuvieron los sectores franquistas en el escenario político de la época determinó la creación de una suerte de «constitución tácita» (Capella 2003: 19, 31-39), que ejerció de límite al texto finalmente aprobado en 1978. Sus contenidos se ponen de manifiesto, por ejemplo, al observar la regulación constitucional del Ejército –similar a la que tuvo bajo el franquismo– o al zanjar la cuestión de la unidad de España, evitando cualquier discusión sobre el modelo territorial de Estado. No deja de merecer algún comentario el precepto constitucional que regula esta cuestión, el art. 2: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles». El uso del verbo fundamentar en este enunciado supone una fuerte contradicción con el principio de soberanía popular que parece inspirar el texto constitucional. En efecto, el fundamento de toda constitución democrática no puede ser otro que el acuerdo de la ciudadanía expresado libremente mediante su aprobación. Pero nunca la unidad de la nación española, la cual será en todo caso el resultado de la decisión de la soberanía popular, pero no la premisa básica para su ejercicio. Este cambio de fundamento impone una condición para el incipiente sistema constitucional: este solo será tal mientras se mantenga la unidad de la nación⁵.

Esta «constitución tácita» impidió que fuera mucho lo avanzado en términos de profundización democrática. Se legalizaron los partidos políticos y se institucionalizaron las elecciones sobre la base del sufragio universal, lo cual no es poco, pero a cambio se circunscribieron los instrumentos de participación ciudadana a los que pudieran canali-

⁵ Como anécdota –y quizá algo más– cabe reseñar que, a tenor de lo escrito sobre esta cuestión, parece que no fueron los miembros de la ponencia constitucional los que redactaron este art. 2, sino que su texto les fue remitido desde el Palacio de la Moncloa con la advertencia de que no cabía modificación alguna al haber sido ya consensuado con el Ejército (BASTIDA 1988: 45).

zarse a través de los partidos políticos. El modelo constitucional de democracia representativa asfixia cualquier posibilidad de avanzar hacia mecanismos de democracia directa o participativa. Los escasos indicios de esta última que aparecen en el texto constitucional están contruidos de forma que no puedan «competir» con la actividad de los representantes de la ciudadanía. Por ejemplo, en la iniciativa legislativa popular (art. 87.3), excluida de las cuestiones centrales de la Constitución y para cuya presentación se exige un mínimo de medio millón de firmas acreditadas. Similar filosofía preside la regulación del referéndum, es decir, la consulta directa a la ciudadanía de decisiones políticas de especial trascendencia. Su convocatoria queda reservada en exclusiva al presidente del Gobierno, con autorización previa del Congreso, y su resultado en ningún caso será vinculante (art. 92). El enorme recelo y desconfianza que el referéndum vinculante suscitaba entre los constituyentes de 1978 (Peces-Barba 1988: 187) hizo que, finalmente, este quedara reservado a la reforma del «núcleo duro» de la Constitución, la aprobación y reforma de los Estatutos de autonomía de las regiones históricas (Euskadi, Catalunya y Galicia) más Andalucía, así como para una hipotética incorporación de Navarra a la comunidad autónoma vasca. Hasta aquí llega la obligatoriedad de consultar al pueblo⁶.

Esta opción por la democracia representativa encuentra su complemento necesario en el sistema electoral de tenor mayoritario configurado ya desde las normas que regularon las primeras elecciones generales de junio de 1977. En concreto, el Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales (BOE 23-III-1977), diseña un sistema electoral dirigido a consolidar dos grandes partidos políticos de ámbito estatal – uno de centro-derecha y otro de centro-izquierda– para que se consiguiera así una estabilidad y gobernabilidad que, de otro modo, podrían verse amenazadas por la presencia en el parlamento de muchas fuerzas políticas de variado signo. Posteriormente, la Constitución validó este sistema electoral, que ha dado lugar a un bipartidismo extendido a la elección de cargos institucionales (magistrados del Tribunal Constitucional, miembros del CGPJ, etc.). Anteponer la gobernabilidad a un sistema que refleje de la manera más ajustada posible las preferencias electorales de las personas es un enorme sacrificio en términos democráticos a la hora de alcanzar una veraz representación de la complejidad de la sociedad (Ferrajoli 2011: 86).

La «constitución tácita» también tuvo su reflejo en el tratamiento constitucional del sistema económico –de libre mercado, según su

⁶ No se recogió la figura del referéndum derogatorio, presente en la constitución republicana de 1931 (art. 66) y en algunas constituciones de nuestro entorno, como por ejemplo en la italiana. Mediante este procedimiento la ciudadanía puede solicitar pronunciarse sobre –y, en su caso, rechazar– una ley aprobada en el parlamento. Es un mecanismo de control de la ciudadanía sobre sus representantes que el constituyente de 1978 decidió pasar por alto en su defensa de la democracia representativa.

art. 38– y los derechos sociales. Si bien la Constitución proclama un Estado social y democrático de Derecho, después no articula los instrumentos jurídicos necesarios para su efectiva consecución. Con las excepciones de la educación y la asistencia jurídica gratuita, el resto de derechos sociales –por ejemplo, la vivienda o el trabajo– se configuran como principios rectores de la política social y económica, no como auténticos derechos subjetivos dotados de protección judicial. Así, su proclamación constitucional como derechos es pura retórica (Prieto 1990: 185); una retórica dirigida a calmar las aspiraciones de quienes postulaban ir más allá en la garantía de los derechos vinculados a la justicia social y al Estado de bienestar. Una vez más, la presión de las fuerzas conservadoras, de los sectores empresariales vinculados al franquismo, se dejó sentir en los resultados finales del proceso constituyente (Navarro 2002: 25).

Como también influyó en el proceso otro de los integrantes del «partido militar»: la jerarquía de la Iglesia católica, que desde un inicio había apoyado sin fisuras a la dictadura franquista. Su poder fue decisivo para que no se volviera al Estado laico, propio de la Constitución republicana, y se optara por un Estado aconfesional. Esta fórmula abre la puerta a que los poderes públicos reconozcan el hecho religioso, mantengan relaciones de cooperación con las confesiones religiosas y obliga a que estas sean preferentes en el caso de la Iglesia católica (art. 16.3). Inteligente fórmula para garantizar que el Estado siga financiando las actividades propias de la Iglesia.

Sirva este breve recorrido para cuestionar el calificativo de «modélica» atribuido a la Transición. Difícilmente puede calificarse como tal un proceso que termina en una «democracia de baja intensidad» (Pisarello 2003: 132). Aun así, con sus claroscuros y lagunas, lo cierto es que se hubiera derivado hacia un régimen más conservador o autoritario de no ser por la movilización y presión de partidos de izquierda, sindicatos y asociaciones de diversa índole, que generaron un clima proclive a la consecución de derechos políticos y sociales (Jerez 2011: 53-54; Lacasta 2011: 135-136).

A este clima social se respondió desde altas instancias del Estado a través de una violencia institucionalizada para amedrentar así a la población civil en sus demandas democráticas. Todo ello formaba parte de una estrategia de represión dirigida desde autoridades y poderes públicos, amparada en una legislación penal especial propia de la época de la posguerra y aplicada por unas fuerzas de orden público educadas en la cultura franquista. Es, precisamente, este clima de terror y violencia de motivación política otro de los argumentos que empañan esa imagen modélica de la Transición tantas veces alegada⁷.

⁷ Según las memorias anuales de la Fiscalía del Tribunal Supremo, fueron 188 las personas fallecidas entre octubre de 1975 y diciembre de 1983 como consecuencia de la violencia política de origen institucional debida a la acción de miembros de los cuerpos policiales o de personas y grupos parapoliciales y de extrema-derecha dirigi-

3. LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA: DE LA HISTORIA A LA POLÍTICA

Han tenido que pasar más de treinta años desde la aprobación de la Constitución para que se escuchen voces que cuestionan el relato hegemónico sobre la Transición. Estas voces han cobrado fuerza a partir de la irrupción del movimiento de recuperación de la memoria histórica a finales del siglo pasado. En efecto, este movimiento ha conseguido situar en el centro del debate ciudadano, político y académico no sólo la necesidad de dignificar la situación de las víctimas del franquismo, sino el cuestionamiento de ese pacto de silencio y olvido que está en la base del sistema constitucional. Véase a continuación cómo se articulan ambas dimensiones en el propio concepto de memoria histórica.

3.1 Memoria histórica: los contenidos de un concepto

El origen del concepto de memoria histórica se encuentra en la sociología y la historiografía francesa, siendo las aportaciones de Maurice Halbwachs (1925) y su desarrollo posterior por parte de Pierre Nora (1984) los hitos teóricos decisivos en su construcción doctrinal. Hace referencia este concepto al conocimiento del pasado –de un pasado que ha permanecido oculto para la historia oficial de un país– con el objeto de valorarlo y sacarlo del olvido. Es la conformación de un relato colectivo sobre el pasado por parte de un grupo con el objeto de contribuir a forjar sus señas de identidad como tal. Por tanto, mediante este concepto se hace referencia a dos circunstancias: primero, a la toma de conciencia por parte de las personas de algún aspecto de su pasado; y segundo, al acto de relacionar ese pasado con el presente (Jelin 2011: 188-189).

Cobra relevancia lo transmitido de forma oral, es decir, aquellos hechos del pasado que no han entrado a formar parte de los libros de historia y que se han mantenido en el recuerdo de quienes los sufrieron y de aquellos a quienes les fueron transmitidos. De ahí que se

dos, amparados o tolerados por autoridades públicas (SÁNCHEZ SOLER 2010: 20, 353). La violencia política institucional que estaba detrás de estas muertes –y de otras graves violaciones a los derechos humanos como torturas, secuestros y detenciones ilegales– en comisaría, cuarteles, controles de policía o tras la represión de manifestaciones y actos públicos se caracterizó por los siguientes elementos: su autoría correspondió a agentes del Estado y de sus fuerzas de seguridad o a personas y grupos que contaron con su apoyo; con un cierto grado de organización, manifestado en la repetición de acciones y autores, así como en la propia selección de las víctimas; con el objetivo de aterrorizar a la población y paralizar así las demandas ciudadanas en favor de la democracia y los derechos humanos; y, finalmente, bajo un contexto de impunidad que impidió no sólo su investigación judicial, sino incluso su propia denuncia.

recurra a la memoria, la cual actúa como «soporte mínimo de lo histórico» (Aróstegui 2004: 23). Este recurso es relevante en casos como el español, donde el relato histórico de lo sucedido durante el fin de la Segunda República y la dictadura franquista sólo puede reconstruirse adecuadamente a través de la memoria, dado el silencio oficial durante tantos años sostenido sobre estos hechos. Ello hace que, ni en este caso ni en otros similares, pueda haber historia sin memoria (Aróstegui 2004: 24).

De ahí, por tanto, que la memoria sea una forma de conocimiento que opere frente a la historia oficial, a aquella que se ha consolidado en el imaginario colectivo. Lo que se busca con la recuperación de la memoria es, como planteaba Walter Benjamin en la séptima de sus tesis de filosofía de la historia (2008), pasarle a la historia el cepillo a contrapelo. Es decir, dar voz a los que nunca ocuparon ninguna página en los libros de historia.

Por todo ello, de la memoria histórica se predica carácter colectivo en un doble sentido: en primer lugar, para hacer referencia al hecho de que, si bien la memoria es personal, subjetiva e individual, su conformación depende siempre del entorno social, de la interacción de la comunidad, de los «marcos sociales» en los que cada persona habita y se mueve (Halbwachs 1925). La interdependencia entre lo individual y lo colectivo se antoja decisiva, al ser ese conjunto de elementos, conceptos y valores que conforman una comunidad el que da sentido a la memoria, transformando un conjunto de recuerdos más o menos compartidos en una memoria colectiva compartida. Entra en juego aquí el segundo sentido en que debe entenderse la referencia a lo colectivo: mediante la memoria se pretende conformar un relato común compartido por la ciudadanía que sirva para profundizar en valores democráticos. En este caso, aquellos que se plasmaron en la Constitución de 1931 y que fueron sepultados tras el golpe de Estado de 1936.

La insistencia en conformar este relato colectivo pone de manifiesto el carácter eminentemente político de la memoria histórica. Se busca reivindicar ese pasado oculto desde el presente, con la pretensión de que el relato recuperado contribuya a generar un mejor futuro. En efecto, la memoria –al igual que la historia (Pérez Garzón 2010: 25-27, 37-48)– se utiliza con fines políticos. En este caso, esta construcción política que resulta ser la memoria se despliega en un triple momento. En primer lugar, como toma de conciencia de las injusticias del pasado, dado que sólo desde el recuerdo de sus víctimas puede una sociedad ser consciente de su pasado y sus crímenes (Mate 2008: 170). En segundo término, como imperativo de recordar para no repetir. Este imperativo se sustenta en una exigencia ética, que algunos autores extraen de la barbarie nazi, reinterpretabo el viejo imperativo categórico en los siguientes términos: «orientar el pensamiento y la acción de modo que Auschwitz no se repita, que no vuelva a ocurrir nada semejante» (Adorno 1975: 365-367).

Finalmente, y en tercer lugar, como referente ideológico que sirva de fundamento para la sociedad, lo que sólo se consigue a través de la transmisión de recuerdos y una buena educación sobre el pasado que permita pensar históricamente (Ibáñez 2009: 55, 89). En el caso español, mediante el conocimiento de la experiencia republicana, que en el siglo XX fue capaz de conformar un sistema jurídico-político basado en los valores democráticos y de respeto a los derechos humanos. De ahí que se hable de memoria democrática y que se reclamen del Estado políticas públicas que la extiendan hacia toda la ciudadanía⁸. Es esta la primera condición para configurar una sólida cultura democrática que marque distancias con la dictadura.

3.2 **Contra la memoria: las críticas a un concepto**

Varios son los argumentos presentados contra la recuperación de la memoria histórica. Debido a su carencia de rigor histórico, quedarán al margen de este trabajo los que la descalifican a partir de la consideración de la experiencia republicana como un periodo revolucionario al que se puso fin mediante la acción militar de 1936, la cual se ve no como un golpe de Estado contra la legalidad vigente, sino como el legítimo intento de restaurar el orden y la legalidad rota durante la República⁹. Al margen de estas, las críticas al recurso de la memoria histórica responden a motivaciones historiográficas y filosófico-políticas (en general: Juliá 2010: 339-359; Manzano, 2010: 71-95). Debido a su solidez metodológica y rigor teórico, estas críticas –claramente relacionadas entre sí– merecen ser analizadas y respondidas. Además, este ejercicio de respuesta servirá para definir mejor los perfiles del difuso concepto de memoria histórica y su aplicación a la realidad española¹⁰.

3.2.1 LA MEMORIA Y SU VALIDEZ CIENTÍFICA

Se arguye, en primer término, que la memoria no puede ser una fuente de conocimiento válido para la historiografía, dado que no satisface ninguno de los requisitos que se exigen a las fuentes de conocimiento histórico. Es, pues, un argumento que enfrenta el carácter epistémico de la memoria. Esta es el recuerdo que tienen las personas de determinados hechos y, como tal, no deja de ser algo fragmentario,

⁸ La Exposición de Motivos de la ley de memoria histórica recoge este discurso al advertir el deber de los poderes públicos de llevar a cabo «políticas públicas dirigidas al conocimiento de nuestra historia y al fomento de la memoria democrática».

⁹ Un análisis de los errores y falacias argumentativas de estas tesis «revisionistas» puede encontrarse en ESPINOSA (2010).

¹⁰ Buena parte de estas críticas hicieron mella en el legislador a la hora de redactar la Ley 52/2007, la cual, pese a su denominación popular, no acoge la expresión «memoria histórica» en su título.

selectivo, subjetivo, manipulable y sujeto a múltiples contradicciones que pueden condicionar fatalmente la realidad. Su transmisión de forma oral potenciaría todavía más estas notas. Por el contrario, la historia no se basa en memorias individuales subjetivas, sino en la investigación intelectual de los datos empíricos que sobreviven del pasado. Todo ello conduce a excluir a la memoria del catálogo de fuentes al que puede recurrir una historiografía seria y rigurosa.

La respuesta a esta argumentación pasa por advertir que la historiografía cuenta con una multiplicidad de fuentes en las que apoyarse, de manera que la memoria es tan solo una de ellas. En efecto, el historiador puede acudir a fuentes orales y escritas a la hora de realizar su labor, siendo la apreciación conjunta de todas ellas la que le permitirá argumentar sus conclusiones. En este sentido, no parece de recibo desestimar de partida todo un material historiográfico por el hecho de provenir de una fuente oral. Será el historiador quien, a la luz de su *expertise*, valore y en su caso estime o no los testimonios y relatos que le sean proporcionados¹¹.

Detrás del rechazo de la memoria, de la producción oral y de los testimonios, parece haber una opción más ideológica que científica. En una realidad como la española donde durante la dictadura y la Transición se hizo todo lo posible por borrar los rastros de la represión —destruyendo archivos, fichas policiales e, incluso, los lugares físicos donde aquella se produjo—, las fuentes orales de la memoria son una fuente básica para el conocimiento de lo sucedido. Negar su validez busca impedir el conocimiento de los hechos acaecidos mediante la estrategia de «callar al mensajero», dado que este es el que nos deja constancia de lo que aconteció. Borrado el pasado, se evita la posibilidad de tener que dirimir los posibles delitos a que tales hechos hubieran dado lugar (Espinosa 2009: 235-236).

El debate sobre las fuentes orales ha saltado al plano jurídico a raíz de ciertas demandas judiciales presentadas por familiares de personas ya fallecidas cuyos nombres han salido —y no precisamente bien parados— en estudios llevados a cabo sobre episodios de la represión. Se alega el derecho al honor y a la propia imagen de tales personas, supuestamente vulnerados por los autores de tales estudios, frente a las libertades de expresión e información, así como la libertad científica del propio historiador¹². En esta tesis, ha sido el Tribunal Constitucional quien ha zanjado esta cuestión. En su sentencia 43/2004, de 23 de marzo, el Tribunal afirmó

¹¹ Piénsese lo que sucedería en el proceso penal si se prohibiera como medio de prueba la declaración de testigos, debido a que esta es siempre fruto de recuerdos más o menos hilvanados y condicionados por las circunstancias que rodean a quienes dicen haber visto ciertos hechos. Si se aceptan las declaraciones testificales es porque existen procedimientos a disposición del juez para verificar si el testigo miente o no, si su reconstrucción de los hechos es real, distorsionada o inventada.

¹² El relato y discusión jurídica de los casos más significativos planteados hasta la fecha aparece en ESPINOSA (2009).

que «la libertad científica disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que mientras que éstas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquélla se refiere siempre a hechos del pasado y a individuos cuya personalidad se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo». Así, la libertad científica prevalecerá frente al derecho al honor cuando la investigación «efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica».

Esta referencia a la corrección metodológica resulta especialmente importante, dado que en la mayor parte de las ocasiones se carece de documentos u otras fuentes escritas que contribuyan a probar las acusaciones de colaboración con la represión franquista. Aquí, la labor del historiador se basa en testimonios orales, más difusos que las pruebas escritas pero no por ello carentes *per se* de valor histórico.

3.2.2 LA MEMORIA Y SU USO POLÍTICO

Además de su valor epistémico, se rechaza el uso político de la memoria. Se arguye su carácter subjetivo y fragmentario para, esta vez, rechazar que pueda servir de fundamento a ningún discurso político. Y menos en un caso como el español donde «hermanos de sangre» se enfrentaron entre sí, tal y como cuenta el relato transmitido durante generaciones. Es imposible encontrar una memoria compartida que pueda servir de cara al futuro, de manera que lo mejor es «echar al olvido» las memorias particulares que cada cual pueda transmitir.

De nuevo, se aprecia el trasfondo político de la crítica a la memoria histórica. En este caso, lo que se pretende es salvaguardar el valor de la Transición, que había adoptado como una de sus premisas ideológicas la tesis de la equidistancia entre la Segunda República y la dictadura franquista. Para defenderla, se desprestigia y descataloga políticamente a la Segunda República, negando que pueda presentarse como ejemplo de futuro al no haber existido en ella una auténtica cultura democrática (Juliá 2010: 316; Leguina 2010: 121-157). Se traen a colación los crímenes cometidos en las zonas leales al Gobierno republicano tras el golpe de Estado, añadiendo que similares eran en sus motivaciones a los de los militares rebeldes: la conquista del poder y el exterminio de la resistencia (Leguina 2010: 77-91 y 95-102).

Esta estrategia argumentativa es la base de la tesis de la equidistancia. Dado que en «ambos bandos» se cometieron crímenes, lo mejor es olvidar el pasado, ignorar los argumentos de ambas partes y mirar hacia adelante. En ello consistió el espíritu de la Transición, en ser equidistante entre una experiencia democrática y otra dictatorial¹³. Sin

¹³ Todavía se aprecian en el ámbito académico algunos restos de esta equidistancia. Por ejemplo, en la resistencia por parte de no pocos autores a referirse al franquis-

embargo, esta tesis es una versión distorsionada de la historia. No son equiparables ambas violencias (Lacasta 2011: 117-118). Si bien la acaecida en zona republicana se debió a acciones incontroladas a las que el Gobierno legítimo puso fin en cuanto pudo, la llevada a cabo por los golpistas respondía a un premeditado plan de exterminio, sostenido en el tiempo por sus dirigentes y de mucho mayor calado que aquella¹⁴.

Finalmente, se aduce también que en toda sociedad coexiste una «pluralidad de memorias» para rechazar la posibilidad de que el Estado legisle favoreciendo alguna de ellas (Todorov 2002: 162). Los poderes públicos no deben fomentar políticas sobre la memoria, sino que esta ha de ser un espacio para la propia sociedad, para que sean sus integrantes quienes decidan qué relato sobre el pasado consideran más adecuado. Esta tesis niega, precisamente, el núcleo central de la memoria histórica, basado en las ideas de Benjamin: la memoria a recuperar es la memoria de los oprimidos, de los que quedaron sepultados por los vencedores de la historia.

En nada afecta a quienes política y académicamente defienden esta tesis –según la cual el Estado democrático no debería desarrollar políticas públicas de memoria y educación que fomenten el conocimiento de la experiencia republicana y del trágico destino de quienes la defendieron– que el conflicto no es entre memoria y olvido, sino entre la memoria democrática y el relato oficial consolidado durante la dictadura. Tampoco hace mella en su negativa que durante el franquismo se adoptaran políticas de memoria dirigidas a las víctimas de la violencia política acaecida en zona republicana. Ello ha provocado que aumente la sensación de desamparo en la que se encuentran las víctimas de la dictadura franquista, lo que por otra parte ha contribuido a dotar de mayor legitimación social a sus peticiones.

mo como una dictadura, prefiriendo en cambio la denominación de «régimen de claro sentido personal» (DE ESTEBAN 2000: 36, 39) o de autoritarismo (LINZ 2009: 8-11, 49-60). No obstante, en el franquismo concurrían los elementos característicos de las dictaduras o Estados totalitarios: caudillismo e imposición de la voluntad carismática de un dictador; concepción elitista y oligárquica de la sociedad; eliminación física del adversario político; simbología y narrativa del terror y la violencia; nacionalismo exacerbado; catolicismo reaccionario; organicismo social y profundo desprecio por los derechos humanos (DÍAZ 1992: 43-49).

¹⁴ En alguno de sus puntos la ley de memoria histórica sigue presa de esta tesis de la equidistancia. Por ejemplo, cuando rechaza romper de forma tajante con el ordenamiento jurídico franquista y declarar nulas las sentencias dictadas en consejos de guerras y demás tribunales de represión política. Fueron los principios de seguridad jurídica y continuidad del Estado los alegados por los defensores de la fórmula finalmente aprobada, consistente en declarar ilegítimas e injustas tales sentencias y condenas, pero no nulas (arts. 2 y 3 de la ley). Sabido es que el reproche de ilegitimidad e injusticia es un reproche moral, carente de consecuencia jurídica alguna. Así pues, si el legislador hubiera querido «marcar distancias» con el régimen anterior –y de paso reparar la dignidad de los condenados por tales sentencias emitidas sin cumplir las más elementales garantías del debido proceso– debería haber decretado su nulidad, al ser esta la única forma de borrar la culpabilidad dictada por una sentencia (ESCUDERO 2008).

4. DE LA MEMORIA HISTÓRICA A LA JUSTICIA TRANSICIONAL: OBLIGACIONES PARA EL ESTADO

Otro de los soportes teóricos del movimiento de recuperación de memoria histórica es el concepto de justicia transicional. Con esta expresión se hace referencia a las medidas que habrían de adoptarse en periodos de transición política hacia la democracia por países que en el pasado habían soportado guerras civiles o regímenes dictatoriales con graves violaciones a los derechos humanos de la población. Estas medidas, aglutinadas bajo las demandas de verdad, justicia y reparación, tendrían un doble objetivo: por un lado, reparar a las víctimas y sus derechos, reconocer su sufrimiento y restaurar su dignidad; por otro, conseguir la reconciliación social y garantizar la no repetición de tales hechos, contribuyendo así a la consolidación de un sistema político más democrático, justo e incluyente (De Greiff 2006: 1-18; Arthur 2009: 355-357). Es la implantación de una agenda de este tipo la que se exige por parte del movimiento memorialista a los responsables políticos del Estado español.

4.1 La agenda de la justicia transicional

El concepto de justicia transicional aparece en el debate académico de finales de los ochenta y principios de los noventa del siglo pasado, al hilo de los procesos de transición a la democracia acaecidos en algunos países latinoamericanos y en la Europa del Este. Es, en todo caso, una concepción de la justicia asociada a periodos de cambio político y caracterizada por buscar respuestas legales que se enfrenten a los crímenes cometidos en un pasado dictatorial (Teitel 2000: 3). Pronto, sus pretensiones trascendieron el ámbito teórico para convertirse en un factor político de primera magnitud. Su agenda se fue incorporando a numerosos sistemas jurídicos por la vía del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Así ha sucedido con los proclamados derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Bajo la apelación a la verdad se hace referencia al derecho de las víctimas a saber, tanto en lo relativo a la información sobre lo sucedido y las razones reales de su victimización, como en lo que respecta al destino de los restos de las personas desaparecidas. Son varios los instrumentos mediante los que puede satisfacerse esta demanda, destacando el de las llamadas comisiones de la verdad. Con esta expresión se hace referencia a las investigaciones oficiales e independientes puestas en marcha desde el aparato del Estado para arrojar luz pública sobre lo sucedido en el pasado y, en su caso, ayudar a dirimir las correspondientes responsabilidades penales a que hubiera lugar.

El derecho a la verdad desemboca en una demanda de justicia. Con el tiempo el Derecho internacional ha ido consolidando tanto el derecho de las víctimas a acceder a la justicia mediante la posibilidad de

interponer recursos inmediatos y efectivos, como la obligación de los Estados de combatir la impunidad haciendo comparecer ante la justicia a los responsables de las violaciones de derechos humanos (Méndez 1997: 255-282). La prohibición de amnistías e indultos generales a quienes hubieran cometido actos de cuya gravedad pudiera predicarse la categoría de crímenes de lesa humanidad forma parte también de este derecho a la justicia consagrado jurídicamente a nivel internacional¹⁵.

Finalmente, la justicia transicional demanda la reparación integral de las víctimas y la obtención de garantías de no repetición. Ello exige medidas de restitución en su dignidad y derechos, así como políticas públicas (símbolos, homenajes, actos oficiales, etc.) que rehabiliten por completo su memoria. Todas ellas cumplen con el objetivo de satisfacer a las víctimas y empoderarlas en el espacio público, de manera que resulta ineludible su participación en su diseño e implementación (Orentlicher 2007: 19). Además, responden al objetivo colectivo de configurar una ciudadanía más democrática y respetuosa con la cultura de los derechos humanos mediante el reconocimiento público de quienes sufrieron persecuciones por razones ideológicas o políticas. En definitiva, las políticas que componen la agenda de la justicia transicional trascienden de la reparación a las víctimas para actuar como factores de legitimidad del nuevo Estado surgido tras un pasado violento.

4.2 ¿Por qué en España? Y, ¿por qué ahora?

Cabe preguntarse por la adecuación de estas medidas al caso español. Máxime cuando el discurso político hegemónico defiende el éxito de ese proceso de Transición que ha dado lugar a una época de paz y estabilidad institucional jamás alcanzada en España. Si esto es así, ¿por qué comprometerlo con medidas de justicia transicional o llamadas a la recuperación de la memoria histórica?

Esta pregunta puede responderse a través de dos líneas de argumentación que, si bien divergen en sus premisas y postulados básicos, alcanzan una misma conclusión. La primera consiste en afirmar que, aunque efectivamente la Transición haya sido un proceso exitoso, ello no es óbice para que transcurrido el tiempo y consolidada la democracia se active la agenda de la justicia transicional. Sus demandas pueden perfilarse mejor con el tiempo, del mismo modo que las líneas marcadas en los procesos de transición tampoco son inmutables. Los

¹⁵ Véase en este sentido la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147, de 16 de diciembre de 2005, por la que se aprueban los «Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones».

pactos pueden ser reinterpretados, aunque sigan en vigor las premisas políticas que los mantienen (Aguilar 2008b: 418-419 y 429-430). El cambio generacional operado en España, tanto en la propia sociedad civil como en la clase política, ha fomentado una demanda de memoria y conocimiento público, de terminar con el silencio y el olvido, cuestionando incluso la propia situación jurídica de impunidad en que permanecen los crímenes del franquismo. Ello muestra que una forma dinámica de interpretar tanto los acuerdos institucionales logrados durante la Transición como las propias demandas de justicia transicional permitiría acomodar sus factores a unos tiempos más proclives para una mejor reparación de las víctimas (Blakeley, 2005: 50-54). Tiempos que, en definitiva, habrían llegado ahora.

La segunda respuesta a la pregunta que encabeza este epígrafe parte de una premisa radicalmente opuesta, a cuya demostración se dedicaron las primeras páginas de este trabajo: la Transición no merece ser calificada de exitosa porque ha perpetuado el relato histórico oficial que servía de fundamento ideológico al franquismo¹⁶ y, en consecuencia, ha generado tan solo una democracia de baja intensidad.

Además, el régimen constitucional nacido de la Transición ha ignorado largamente la reparación de las víctimas del franquismo. De hecho, no ha satisfecho ninguna de las dimensiones que componen la agenda de la justicia transicional. Ni en sede judicial ni en sede parlamentaria. La ley de memoria histórica evitó crear una comisión de la verdad que conformara un relato oficial de las violaciones de derechos humanos acaecidas en la dictadura. Un relato que hubiera servido no sólo para satisfacer ese derecho a la verdad con que cuentan las víctimas y sus familiares (memoria personal y familiar), sino también para declarar pública y solemnemente su rechazo a tales prácticas y su compromiso con la democracia y los derechos humanos (memoria colectiva).

Aunque la ley configura un derecho ciudadano a la memoria personal y familiar (Saucá 2008: 102), ello no se ha traducido en medidas que efectivamente garanticen la reparación económica y moral de las víctimas y su dignidad. Falta mucho camino por recorrer en este ámbito, máxime si se compara con la protección legal e institucional que reciben las víctimas del terrorismo. Se requiere una política pública de reparación integral y efectiva, que sitúe a las víctimas del franquismo

¹⁶ Aunque muy tímidamente, la ley de memoria histórica de 2007 ha empezado a quebrar este relato. En su Exposición de Motivos se produce la primera condena explícita del Parlamento español al franquismo. Antes, el 20 de noviembre de 2002 la Comisión constitucional del Congreso –no el Pleno– a lo máximo que llegó fue a aprobar una proposición no de ley en la que se condena el uso de «la violencia con la finalidad de imponer convicciones políticas y establecer regímenes totalitarios contrarios a la libertad y a la dignidad de todos los ciudadanos». No fue una condena al franquismo como la que sí hicieron en 2006 el Consejo de Europa y el Parlamento europeo.

en el centro del espacio público y reivindique su memoria como elemento de cultura democrática¹⁷.

En definitiva, aunque se discrepe en la valoración sobre la Transición y sus efectos, aunque sólo sea por la manifiesta injusticia que supone el desamparo en que se encuentran las víctimas del franquismo, un programa de justicia transicional debería implementarse en España (Kymlicka 2011: 303).

5. EPÍLOGO. LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO

Las vertientes individual y colectiva de la recuperación de la memoria histórica confluyen en la discutida cuestión sobre la investigación de los crímenes del franquismo. En concreto, de la desaparición forzada de más de 130.000 personas (Espinosa 2010: 36, 77-78). Hoy, con un régimen constitucional consolidado, el Estado español rechaza investigar tales hechos, con lo que vulnera el derecho de los familiares y allegados a conocer el destino de los restos de sus seres queridos. En este punto, la reivindicación personal y familiar coincide con la colectiva, pues una sociedad democrática como la española no puede desentenderse de esa parte de su historia reciente.

La negativa a investigar ha sido la respuesta ofrecida por los distintos poderes del Estado. Del poder judicial se reclama una investigación con el objeto de esclarecer los hechos que están detrás de las desapariciones y, en su caso, dirimir las correspondientes responsabilidades penales. En su sentencia de 27-II-2012 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha rechazado la posibilidad de investigar en sede judicial tales crímenes¹⁸. Su argumentación responde punto por punto a la defensa del pacto de la Transición, definida una vez más como «modélica» (FJ 5), y de la tesis de la equidistancia que aquella trajo

¹⁷ Es muy significativa la regulación legal de las tareas de localización, exhumación e identificación de restos. El legislador ha optado por su «privatización», al establecer el principio de colaboración de las administraciones públicas con asociaciones y particulares que deseen conocer el paradero de los desaparecidos (art. 10). Se trata de una manifiesta dejación de funciones por parte del Estado en una materia tan sensible como es la recuperación de restos humanos: facilitar la labor de tales entidades privadas, subvencionando sus gastos, en vez de promover los mecanismos legales e institucionales necesarios para que sean las propias autoridades públicas las que desarrollen estas labores.

¹⁸ La sentencia se dicta en el marco de un proceso en el que se juzga por prevaricación al magistrado Baltasar Garzón, entonces titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, por haber iniciado un procedimiento contra altas autoridades de la dictadura por un delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero en el marco de crímenes contra la humanidad. El Tribunal Supremo declara la inocencia del magistrado, pero cierra la posibilidad de que tales delitos se investiguen en el foro judicial español.

consigo. Esto último se manifiesta en el propio lenguaje de la sentencia, donde se concibe la guerra civil y la posguerra como un «hecho poliédrico» (FJ 1), se habla de «bando republicano» para referirse al legítimo Gobierno del país, se señala que en «ambos bandos» se cometieron atrocidades sin trazar una línea de separación entre ambas violencias (FJ 7) y no se menciona ni una sola vez la palabra dictadura –salvo en un voto particular– para calificar al franquismo.

Para el Tribunal Supremo la investigación judicial de los crímenes del franquismo supondría un grave cuestionamiento del pacto político que fundamenta el régimen constitucional. Los derechos de las víctimas encuentran su límite en esta investigación judicial, la cual pondría en riesgo nuestra convivencia democrática. Con esta opinión el Tribunal se adentra en un terreno que no le corresponde a un órgano del poder judicial. Se erige en defensor de un pacto político cuando su única función es la de aplicar el Derecho. Para ello es para lo que tiene competencia, y no para realizar valoraciones políticas más o menos aceptadas o compartidas.

El Tribunal Supremo es consciente de ello. De ahí que las múltiples consideraciones políticas que jalonan el fallo –y que le dotan de sentido final– se acompañen de una mínima argumentación legal que permita presentar la sentencia ante la opinión pública y la cultura jurídica. Pero es precisamente ahí, al analizar la estrategia argumentativa seguida por el Tribunal, donde se pone de manifiesto con mayor claridad la motivación política que le guía. Todas y cada una de las elecciones interpretativas que va adoptando a lo largo de la sentencia responden a la pretensión de evitar esa investigación que cuestionaría la legitimidad política del sistema actual.

Así sucede cuando circunscribe el marco normativo aplicable al Derecho interno, aplica en toda su extensión el principio de legalidad penal y excluye las normas de Derecho internacional¹⁹. Con ello evita la consideración de las desapariciones forzadas producidas durante el franquismo como crímenes contra la humanidad. Evita también considerar tales hechos como delitos permanentes (hasta que aparezcan los restos o el Estado proporcione información al respecto, aunque se presume la muerte de la persona) e imprescriptibles. En opinión del tribunal –frente a lo que sostiene incluso la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, este ilícito no estaba en vigor, ni siquiera como costumbre internacional, en la época en que se cometieron tales desapariciones. Al rechazar la «internacionalización» del caso, el Tribunal vacía de contenido el art. 10.2 de la Constitución española, que configura al Derecho internacional –y sus instrumentos y mecanismos propios (Chinchón 2010: 3-4)– como criterio de interpretación del Derecho interno.

¹⁹ Véase un detallado análisis de la sentencia desde la perspectiva de la doctrina internacionalista, así como de la aplicabilidad del Derecho internacional por parte de los tribunales penales nacionales, en CHINCHÓN (2012).

«El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal» (FJ 1). Con esta tajante declaración el alto tribunal se quita de encima las tesis de Derecho internacional que distinguen entre los derechos a la verdad y a la justicia, que establecen la obligación de investigar mientras se mantenga la incertidumbre sobre el destino de la persona desaparecida, aun cuando no sea posible sancionar a los culpables (porque estén muertos o amnistiados), y que establecen como obligación –también del poder judicial– la satisfacción de ese derecho a saber que tienen las víctimas de graves violaciones de derechos humanos (Méndez 1997).

El Tribunal Supremo cierra las puertas de los tribunales a las víctimas y les conmina a acudir a otras sedes, al parlamento e incluso a la academia, a la labor de los historiadores, para que les garanticen ese derecho a conocer lo sucedido con sus seres queridos. Ignora que la sede natural para la garantía de los derechos –también de los reconocidos por la normativa internacional– son los tribunales, que son por otra parte los únicos capaces de llevar a cabo una investigación con las debidas garantías sobre unos hechos de los que muy pocos dudan de su catalogación como crímenes contra la humanidad.

Al final permanece incólume la defensa de la Transición y el valor de la ley de amnistía, hito fundamental e instrumento necesario para dismantelar el «régimen franquista» (FJ 3). Esta actúa como cláusula de cierre, dado que el Tribunal la invoca –bajo el argumento de que fue aprobada por un parlamento democrático– sin entrar a analizar los hechos y, sobre todo, sin comprobar si en ellos se aprecia la intencionalidad política que requieren los delitos amnistiados en 1977. En manos del Tribunal Supremo, la ley de amnistía es un salvoconducto hacia la impunidad, un triunfo de la dictadura y sus crímenes frente al Estado democrático y sus víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, T.W.: *Dialéctica negativa*, trad. J.M. Ripalda, Madrid, Taurus, 1975, 410 pp.
- AGUILAR, P.: *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid, Alianza, 2008, 548 pp.
- «Transitional or Post-Transitional Justice? Recent Developments in the Spanish Case», *South European Society and Politics*, vol. 13, n.º 4, 2008, pp. 417-433.
- ARÓSTEGUI, J.: «Retos de la memoria y trabajos de la historia», *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea*, n.º 3, 2004, pp. 5-58.
- ARTHUR, P.: «How «Transitions» Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice», *Human Rights Quarterly*, vol. 31, 2009, pp. 321-367.
- BASTIDA, X.: *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Barcelona, Ariel, 1988, 238 pp.

- BENJAMIN, W.: *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*, trad. B. Echeverría, México, UACM-ITACA, 2008, 118 pp.
- BLAKELEY, G.: «Digging Up Spain's Past: Consequences of Truth and Reconciliation», *Democratization*, vol. 12, n.º 1, 2005, pp. 44-59.
- CAPELLA, J.-R.: «La Constitución tácita», en Capella, J.-R. (ed.); *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 17-41.
- CHINCHÓN, J.: «Proceso penal y Derecho internacional: Imposibilidad de castigar vs. Obligación de investigar: algunas reflexiones y propuestas», *Diario La Ley*, n.º 7845, pp. 1-10.
- DE ESTEBAN, J.: *Las Constituciones de España*, 2.ª ed., Madrid, BOE-CEPC, 2000, 427 pp.
- DE GREIFF, P.: «Repairing the Past: Compensation for Victims of Human Rights Violations», en De Greiff, P. (ed.); *The Handbook of Reparations*, Nueva York, OUP, 2006, pp. 1-18.
- DÍAZ, E.: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8.ª ed., Madrid, Taurus, 1992, 174 pp.
- DÍEZ-PICAZO, L.M. y ELVIRA, A.: *La Constitución de 1978*, Madrid, Iustel, 2008, 469 pp.
- ESCUADERO, R.: «La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sus sentencias», en Martín Pallín, J.A. y Escudero, R. (eds.); *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 209-234.
- ESPINOSA, F.: *Callar al mensajero. La represión franquista, entre la libertad de información y el derecho al honor*, Barcelona, Península, 2009, 256 pp.
- «La represión franquista: un combate por la historia y por la memoria», en Espinosa, F. (ed.); *Violencia roja y azul. España, 1936-1950*, Barcelona, Crítica, 2010, pp. 17-78.
- FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. P.A. Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011, 109 pp.
- HALBWACHS, M.: *Les cadres sociaux de la mémoire*, París, PUF, 1925, 211 pp.
- HALBWACHS, M.: *La mémoire collective*, París, PUF, 1950, 105 pp.
- IBÁÑEZ, J. (2009); *Antígona y el duelo. Una reflexión moral sobre la memoria histórica*, Barcelona, Tusquets, 2009, 404 pp.
- JELIN, E.: «Silences, Visibility, and Agency: Ethnicity, Class, and Gender in Public Memorialization», en Arthur, P. (ed.); *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divides Societies*, Nueva York, CUP, 2011, pp. 187-213.
- JEREZ, A.: «Transición», en Escudero, R. (coord.); *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2011, pp. 51-57.
- JULIÁ, S.: *Hoy no es ayer. Ensayos sobre la España del siglo XX*, Barcelona, RBA, 2010, 384 pp.
- KYMLICKA, W.: «Transitional Justice, Federalism, and the Accommodation of Minority Nationalism», en Arthur, P. (ed.); *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divides Societies*, Nueva York, CUP, 2011, pp. 303-333.
- LACASTA, J.I.: *Cultura y gramática del Leviatán portugués*, Zaragoza, Prentice-Hall, 1988, 527 pp.
- «La memoria arrinconada en la Filosofía del Derecho española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXVII, 2011, pp. 111-136.

- LEGUINA, J.: *El duelo y la revancha. Los itinerarios del antifranquismo sobrevenido*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2010, 224 pp.
- LINZ, J.: *Sistema totalitario y regímenes autoritarios*, Madrid, CEPC, 2009, 600 pp.
- LÓPEZ GUERRA, L.: «The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe», *Cardozo Law Review*, vol. 19, 1998, pp. 1937-1951.
- MANZANO, E.: «La memoria, el olvido y la historia», en Pérez Garzón, J.S. y Manzano, E.; *Memoria histórica*, Madrid, CSIC-Los Libros de la Catarata, 2010, pp. 71-95.
- MARTÍN PALLÍN, J.A. y ESCUDERO, R. (eds.); *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta, 2008, 250 pp.
- MATE, R.: *La herencia del olvido*, Madrid, Errata naturae, 2008, 227 pp.
- MÉNDEZ, J.: «Accountability for Past Abuses», *Human Rights Quarterly*, vol. 19, 1997, pp. 255-282.
- MONEDERO, J.C.: *La Transición contada a nuestros padres. Nocturno de la democracia española*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2011, 232 pp.
- NAVARRO, V.: *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Anagrama, Barcelona, 2002, 216 pp.
- NORA, P. (dir.); *Les lieux de mémoire*, vol. I, París, Gallimard, 1984, 76 pp.
- ORENTLICHER, D.: «Settling Accounts» Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, n.º 1, 2007, pp. 10-22.
- PECES-BARBA, G.: *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, CEC, 1988, 299 pp.
- PÉREZ GARZÓN, J.S.: «Entre la historia y las memorias: poderes y usos sociales en juego», en Pérez Garzón, J.S. y Manzano, E., *Memoria histórica*, Madrid, CSIC-Los Libros de la Catarata, 2010, pp. 23-69.
- PISARELLO, G.: «Constitución y gobernabilidad: razones de una democracia de baja intensidad», en Capella, J.R. (ed.); *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, pp.129-149.
- SÁNCHEZ SOLER, M.: *La Transición sangrienta. Una historia violenta del período democrático en España (1975-1983)*, Barcelona, Península, 2010, 520 pp.
- SAUCA, J.M.: «El derecho ciudadano a la memoria histórica», en Martín Pallín, J.A. y Escudero, R. (eds.); *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 73-104.
- TEITEL, R.G.: *Transitional Justice*, Nueva York, OUP, 2000, 292 pp.
- TODOROV, T.: *Memoria del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX*, trad. M. Serrat, Barcelona, Península, 2002, 267 pp.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012.