

## **La guerra civil española y los derechos humanos: algunas reflexiones desde el tiempo de los derechos.**

Carlos R. Fernández Liesa

La guerra civil está de actualidad en el setenta aniversario de su finalización. Esto se refleja en el incremento del interés por recordar ese periodo de la historia de España, que sigue marcando a muchos ciudadanos, la mayoría de los cuales no la vivieron en primera persona. Pero quedan testigos y, sobre todo, muchos descendientes de los que la vivieron y que se siguen planteando las razones que condujeron a la guerra, así como su desarrollo y consecuencias posteriores.

La guerra civil es un laboratorio de análisis para muchas cuestiones de la política internacional del periodo de entreguerras. Pero también es importante analizarla desde la perspectiva humanitaria y de los derechos humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones jurídicas y su especificidad. Los hechos que se produjeron son desgraciadamente conocidos. Más allá de los heridos y fallecidos producidos por la guerra propiamente, se produjo un nivel de violaciones de los derechos humanos muy elevado, en ambas zonas, con características distintas, pero igualmente terribles.

Esto fue así porque en el 36 se pusieron en marcha dos mecanismos de exterminio impulsados desde arriba o desde abajo, en una dialéctica amigo-enemigo, rebelión-revolución, que tuvo un efecto tremendo. Una de las diferencias fue que en la República las grandes matanzas ocurrieron como resultado del hundimiento del Estado y remitieron a medida que el Estado se reconstruía. Fue una guerra de vencedores y vencidos, de aniquilación del derrotado. Por lo demás, produjo consecuencias que se alargaron en el tiempo, como las crisis de refugiados, el exilio posterior y la continuación de la represión en el tiempo.

No se trata ahora de analizar las violaciones a los derechos humanos que se produjeron en ambas zonas, con distintas características y elementos, que están siendo objeto de análisis por los historiadores en una tarea inacabada, que el tiempo contribuye a

clarificar, en la lejanía de los hechos. En estas páginas me gustaría, simplemente, apuntar algunas reflexiones jurídicas desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, que no han estado muy presentes hasta el momento, pero que son muy convenientes en un proyecto que tiene en cuenta el tiempo de los derechos.

Por lo demás, la guerra civil está de actualidad, como muestran recientes decisiones de Comités internacionales y de la Audiencia Nacional. Así, de un lado, a finales de octubre de 2008, el Comité de Derechos humanos del Pacto de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas, al supervisar el último Informe presentado por España, recomendaba a nuestro país que restableciese la verdad histórica de las violaciones de los derechos humanos durante la guerra civil, que considerase la derogación de la ley de amnistía y que tipificase los crímenes contra la humanidad, entre otras cosas. Este comité no fundamentaba su posición en normas de Derecho internacional ni de derecho interno.

De otro lado, la guerra civil ha vuelto a estar de relieve porque el juzgado central de instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional se consideró competente para la tramitación de una causa por presuntos delitos permanentes de detención ilegal, sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad, por lo que el juez Garzón ordenó una serie de diligencias previas que tuvieron gran difusión mediática.

En este sentido, pedía en el auto de 16 de octubre de 2008 a los registros civiles los certificados de defunción de múltiples jefes del régimen de Franco, así como datos sobre los máximos dirigentes de la Falange española, la creación de un grupo de expertos, la autorización de exhumaciones etc..

El auto fue recurrido, en un muy fundamentado escrito, por la fiscalía al amparo del art 766.1 y 2 de la Lecrim, por muy diferentes razones, el 20 de octubre. El 7 de noviembre de 2008 el pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional acordó la paralización de todas las actuaciones acordadas en el sumario 53/08. El 2 de diciembre el Pleno de la Sala de lo Penal declaró la falta de competencia objetiva del juzgado central de instrucción y dejó sin efecto todos los actos y resoluciones. Salvo, se indicaba, aquellas diligencias que se considerasen *“necesarias para comprobar el delito, y aquellas que considere de reconocida urgencia entendiéndose que en dicha categoría se comprenden*

*aquellos actos de instrucción cuya realización no pudo posponerse hasta que se decidiera sobre la competencia porque su no ejecución hubiera supuesto la pérdida de elementos esenciales para la investigación criminal*". El juzgado central de instrucción se inhibió el 26 de diciembre de 2008. El 27 de mayo de 2009 el Tribunal Supremo admitía a trámite una querrela interpuesta contra el Magistrado B. Garzón por la Asociación Manos Limpias por delito de prevaricación. Según los querellantes, el juez abrió un proceso al franquismo a sabiendas de que era incompetente y de que los posibles responsables de los hechos estaban fallecidos.

Con independencia del devenir judicial del asunto, que esperamos será sobreesido, en uno y otro caso se plantean cuestiones de interés para el Derecho internacional y para los derechos humanos, que en este comentario sólo cabría apuntar, pero que deberían ser objeto de mayores reflexiones e investigaciones.

La calificación de los crímenes de la guerra civil como crímenes contra la humanidad puede encajar en términos explicativos de algunas de las conductas criminales que se produjeron, como la eliminación física de los oponentes políticos planificada en algunos casos con un carácter sistemático desde el principio de la contienda.

Pero el problema no es tanto de encaje como de la aplicación retroactiva de un tipo penal que en aquel momento no existía. Esto es contrario al principio de legalidad, incluso en su forma amplia *nullum crime sine iure*, y al principio *tempus regit actum*. En cuanto a la calificación de los crímenes cometidos durante la Guerra civil, la Sala de lo Penal (auto de 7 de noviembre de 2008) se limitó a considerar que el "*delito de rebelión no es competencia de la Audiencia Nacional*".

El Juez Garzón estimó que tenía competencia en virtud de la existencia de un "*delito permanente de detención ilegal, sin ofrecerse razón del paradero de la víctima, en el marco de crímenes contra la Humanidad*". Para el juez Garzón la naturaleza jurídica de los hechos (FJ 2) incluye actos prohibidos por el *Ius in bello* en tanto que "*crímenes contra las leyes y costumbres de la guerra y leyes de humanidad*" y delitos contra la legalidad republicana. Además, indica en el FJ.3 que la categoría de crímenes contra la humanidad parte de un principio básico y fundamental, "*que estas conductas agredan en la forma más brutal a la persona como perteneciente al género humano en sus*

*derechos más elementales como la vida, la integridad, la dignidad, la libertad, que constituyen los pilares sobre los que se constituye una sociedad civilizada y el propio Estado de Derecho. Ningún Gobierno u otro poder del Estado, especialmente el judicial, pueden desconocer estos valores y principios que antes que estatales son humanos y que necesariamente se integran en el sistema de derecho interno, de ahí su obligatoriedad si no se quiere dar cobertura a la barbarie”.*

A juicio del juez (FJ.9), entre otras muchas argumentaciones, la permanencia delictiva de los hechos, especialmente de las detenciones ilegales, han devenido en desaparición forzada de personas, siendo un delito de consumación permanente en el contexto de crímenes contra la humanidad. El recurso de la fiscalía fue especialmente duro tanto en cuanto a la irretroactividad de la ley penal, los límites del proceso penal, el principio de legalidad penal, la prescripción, la ley de amnistía etc.

No cabe duda de que algunas de las conductas de la guerra civil eran crímenes contra la Humanidad y genocidio, crímenes de guerra y de agresión. No sería sencillo que en cada una de esas conductas se pudiesen probar los elementos del tipo penal, pero sí en algunas. Ahora bien, el problema es aplicar retroactivamente el tipo penal que entonces era inexistente.

Se podrá invocar que también sucedió en los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, lo cual es cierto. Es decir, el primer precedente de enjuiciamiento de crímenes contra la Humanidad, crímenes de guerra y contra la paz (el genocidio llegó luego) está en Nuremberg donde la Comunidad internacional para juzgar semejantes atrocidades no cumplió los principios de legalidad y de no retroactividad.

Pero defender que eso se haga por jueces internos para conductas anteriores a la segunda guerra mundial carece de sentido y habría que determinar hasta cuándo. ¿Cabría del mismo modo perseguir a los militares españoles que utilizaron o autorizaron el uso de armas químicas en las guerras de Rif, que se producen sólo unos años antes de la guerra civil?, ¿qué diferencia habría entre unas y otras?. Si en la segunda guerra mundial el Poder vencedor juzgó a los nazis por las atrocidades cometidas, ahora no existe una situación comparable que permita aplicar un derecho inexistente.

Una cuestión es recordar el pasado, honrar e indemnizar a las víctimas, buscar a los desaparecidos etc.. Otra, es juzgar el pasado histórico. Sobre esto la ley de la Memoria histórica parecería criticable por timorata al haber dado unas expectativas infundadas y no haber abordado las cuestiones medulares, como la anulación de las condenas por auxilio a la rebelión u otras tropelías jurídicas que el sistema jurídico podría revisar en el respeto de los principios jurídicos fundamentales, sin perseguir a personas concretas, cuyos responsables máximos están fallecidos, pero poniendo el dedo en la llaga del sistema que permitió y consagró a posteriori dichas conductas, en gran parte del sistema judicial que parece intocable para responder por haber contribuido a sancionar dichos crímenes con el manto del olvido.

Otro elemento de análisis, que todavía no ha sido siquiera objeto de reflexión ni de debate, es el derecho aplicable a la guerra civil, que en los debates políticos y jurídicos brilla por su ausencia. En este sentido, en 1936-1939 no existía el Derecho internacional de los derechos humanos, pero sí que existía el derecho internacional humanitario, que tampoco era aplicable a la guerra civil española pues no era una guerra entre Estados ni en ella se reconoció nunca la beligerancia, que era el requisito que el derecho de la época exigía para que se aplicasen los convenios de la Haya (de 1899 y de 1907) y de Ginebra (1929), entre otros. De tal modo que a la protección de los prisioneros, de la población civil, de los heridos y enfermos no le eran aplicables los convenios de Derecho internacional humanitario.

La doctrina y el propio Tribunal para la Antigua Yugoslavia en el Asunto Tadic han invocado el precedente de la guerra civil en el desarrollo del Derecho internacional humanitario. De un lado, en cuanto a la aplicación de normas humanitarias a conflictos sin reconocimiento de beligerancia; de otro lado, en cuanto al desarrollo normativo que supuso el posterior art. 3 común a los convenios de Ginebra de Derecho internacional humanitario, de 1949. Además, la práctica de la guerra civil española fue muy importante en el desarrollo de normas posteriores que prohibieron los ataques indiscriminados, ante los ataques a la población civil que se habían producido, fundamentalmente aéreos (Guernica, Barcelona, Almería, Málaga, Madrid, entre otros etc..).

Los convenios de derecho internacional humanitario no regulaban las graves violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, las persecuciones, desapariciones, asesinatos de personas por pertenecer a un partido político, a una religión, ideología, etnia, origen nacional etc..Esta laguna fue muy importante en la guerra civil española, pues muchas de las violaciones de los derechos humanos fueron por pertenencia a un partido, a una ideología, a una religión o por otros motivos de esa índole. Habría que esperar al estatuto de Londres que creó el Tribunal de Nuremberg o al convenio para la represión y sanción del crimen de genocidio de finales de los cuarenta. También a nuevos desarrollos del derecho internacional humanitario. Estos se inician ante la evidencia de que las guerras civiles no encajaban en la regulación internacional del momento. Por ello, en 1938 la Conferencia de Londres de la Cruz Roja trató especialmente la cuestión de los detenidos políticos y otras que se sitúan en el origen de los desarrollos posteriores que confluirían en la convergencia entre derechos humanos y derecho internacional humanitario que cristaliza el art. 3 común a los convenios de Ginebra como un *minimo minimorum* aplicable a cualquier conflicto armado con independencia de su naturaleza.

También cabe traer a colación que durante la guerra civil se desarrolló el derecho de asilo diplomático. Desde el inicio de la guerra civil muchas personas se refugiaron en las Embajadas en Madrid, solicitando asilo diplomático. Como es sabido el asilo diplomático no se aplicaba en Europa, al ser una institución jurídica de raigambre latinoamericana. En la guerra civil el sentido humanitario de muchos países y la tolerancia del gobierno republicano permitió que entre 10.000 y 15.000 personas, según las fuentes, obtuviesen protección y refugio en las representaciones extranjeras. Esta práctica no contribuyó a la universalización del derecho de asilo diplomático, pero sí a su confirmación en el ámbito iberoamericano.

En definitiva la guerra civil española fue muy importante para el desarrollo del derecho internacional humanitario y para los derechos humanos. Al analizarla habría que tomarse en serio los derechos humanos, poniendo de relieve el derecho aplicable de manera objetivo, en función del principio *tempus regit actum*, e intentando restaurar en la medida de lo posible las heridas abiertas, utilizando el derecho sin abusar de él, de manera coherente con el tiempo de los derechos, pero buscando el máximo efecto posible de las disposiciones jurídicas y de lo que nos permite el Derecho.

