

LA LEY ESPAÑOLA 46/1977, DE AMNISTÍA, NO TIENE POR OBJETO ACTOS DE NATURALEZA GENOCIDA Y LESA HUMANIDAD¹

Por Joan E. Garcés

[Sumario. 1. Impunidad continuada en España: desde el 17 de julio de 1936 hasta hoy. 2. Principales tratados y doctrinas internacionales de aplicación directa. 3. Naturaleza jurídica de los actos delictivos investigados por el Juez D. Baltasar Garzón en las Diligencias Previas 399/2006. 4 Estos delitos son imprescriptibles e inamnistiables. 5 Principales normas penales aplicables. 6. A estos delitos no les es de aplicación la Ley de amnistía. Sentido propio y contexto de los términos de la Ley. 7. Espíritu y finalidad de la Ley. 8. Antecedentes legislativos de la Ley. 9. Conclusión.]

1. Impunidad continuada en España: desde el 17 de julio de 1936 hasta hoy

Se pueden resumir los actos genocidas cometidos contra los republicanos españoles, en ocasión de y por intermedio de la rebelión y sedición de una fracción de las FFAA contra los altos organismos y forma de gobierno de la nación española:

- el secuestro por españoles de más de 30.000 niños de familias republicanas, en el extranjero y España, y su traslado por la fuerza al grupo nacional no republicano, cambiándoles su identidad,
- la desaparición forzada de más de 115.000 republicanos,
- la matanza mediante ejecución de más de 300.000 republicanos,
- el sometimiento intencional de decenas de miles de prisioneros republicanos a trabajo esclavo, acarreando su destrucción parcial,
- la detención y torturas de centenares de miles de republicanos;
- el desplazamiento de alrededor de otro medio millón de republicanos hacia el exilio, negándoles la nacionalidad y reduciéndolos a la apatridia con que decenas de miles fueron llevados a los campos de exterminio nazis.

¹ Sobre la ley española de amnistía se leerá con provecho la monografía coordinada por ESPUNY TOMAS (M^a Jesús); PAZ TORRES (Olga): 30 años de la ley de amnistía (1977-2007), Barcelona, Univ. Autónoma de Barcelona, 2007, en particular las contribuciones de GARCIA ARAN (Mercedes): “Repercusiones penales de la ley de amnistía de 1977” (pp. 187-191); MOLINE (Carme): “La ley de amnistía de 1977: la reivindicación antifranquista y su lectura treinta años después” (pp. 41-55); PEREZ FRANCES (Joan Huis): “Amnistía, indulto e intencionalidad política”, pp. 57-69; AGUILAR (Paloma): Collective memory of the Spanish civil war: the case of the political amnesty in the Spanish transition to democracy. Working Paper 1996/85, publicado en diciembre de 1996 por el Instituto Juan March. Sobre la normativa legal en España al aprobarse la ley de amnistía: LINDE PANIAGUA (Enrique): Amnistía e indulto en España. Madrid, Ed. Túcar, 1976, pp. 81 a 111.

2. Principales tratados y doctrinas internacionales de aplicación directa

En conformidad con el art. 1.5 del Código Civil, de 1889, y los arts. 96.1 y 10.2 de la Constitución española de 1978, habrá que tener presente:

- el Convenio (II) de La Haya, de 29 de julio de 1899, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, y su anexo, el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Gaceta de Madrid, 22 de noviembre de 1900; Dicc. A. 9623);
- el Convenio de Ginebra, de 27 de julio de 1929, relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra (La Gaceta de Madrid, 11 de octubre de 1930; Dicc. A. 1365);
- el Convenio contra el trabajo forzado, adoptado por la Organización internacional del Trabajo el 28 de junio de 1930, ratificado por España el 29 de agosto de 1932;
- el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948 (BOE 8-02-1969 y 18-09-1985), según es interpretado por la Corte Internacional de Justicia dado que el Reino de España ha retirado su reserva a la totalidad del artículo IX² (BOE 9.12.2009);
- el Pacto de Derechos Civiles y Políticos –PIDC- (BOE 30 de abril de 1977), ya vigente cuando se aprueba la Ley 46/1977, de amnistía;
- el Convenio Europeo de Derechos Humanos – CEDH- (BOE 10 de octubre de 1979);
- el Convenio sobre prevención de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes (BOE 5 de julio de 1989);
- el Tratado de Roma de 17 de julio de 1998 y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (BOE 5 de octubre de 2000);
- la Convención de NNUU sobre desaparición forzada de personas, de 20.12.2006. Al ratificarla el 24 de septiembre de 2007, España está obligada a no frustrar su objeto y fin (art. 18 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 22 de mayo de 1969 (BOE, 13-6-1980));
- la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es vinculante para España según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

3. Naturaleza jurídica de los actos delictivos investigados por el Juez D. Baltasar Garzón en las Diligencias Previas 399/2006

Son susceptibles de ser subsumidos en el tipo de actos de naturaleza genocida o de lesa humanidad.

² Art IX: “Las controversias entre las Partes Contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.”

De naturaleza genocida, porque se dirigen a destruir, en todo o en parte, grupos sociales particulares claramente definidos por las autoridades del régimen del Movimiento Nacional.

De lesa humanidad, por constituir un ataque sistemático y generalizado contra la población civil.

En ambos casos, los actos han tenido lugar sustancialmente bajo el mando, la coordinación y/o complicidad de autoridades y funcionarios del régimen del Movimiento Nacional.

4. Estos delitos son imprescriptibles e inamnistiables

En España los delitos y penas de lesa humanidad, genocidio y guerra no prescriben, arts 131.4 y 133.2 del C. Penal. No los incluye la ley 46/1977, de amnistía (BOE 17.10.1977).

Su investigación y sanción actual en España no constituye una aplicación retroactiva de la ley penal. La doctrina del TEDH considera que los delitos de lesa humanidad son inamnistiables (ver la Sentencia Ould Dah c. Francia, de 17-03-2009³). Y en las Sentencias del caso Jorgic c. Alemania, de 12 de julio de 2007⁴, Kolk y Kislyiy c. Estonia, de 17 de enero de 2006⁵, considera que se respeta el principio de legalidad penal al aplicar hoy la ley penal que estaba vigente en el momento del acto delictivo-*tempus delicti commissi* – que sancionaba, p. ej., asesinato, lesiones, secuestro, detenciones ilegales, violaciones, robos, etc., la que debe ser ahora interpretada según los principios de un Estado de Derecho. Agrega que al interpretar el CEDH las jurisdicciones nacionales pueden no interpretar literalmente el concepto “grupo”, y aplicarlo a un “grupo social” (Jorgic, p. 108). Así lo ha hecho, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de 12 de diciembre de 2000:

“la definición legal del genocidio defiende la idea de una protección legal que, más allá del individuo, se extiende a la existencia social del grupo (...) la intención de destruir el grupo (...) va más allá del exterminio físico y biológico (...). Por lo tanto, el texto de la ley no implica que la intención del culpable sea exterminar físicamente al menos una parte importante de los miembros del grupo” (pp. 76-82)

En la Sentencia del caso *sobre la aplicación del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio*, de 26 de febrero de 2007⁶, la Corte Internacional de Justicia ha determinado la noción de grupo protegido según el método positivo, diferenciando el grupo en virtud de lo que los propios autores del crimen consideran características nacionales, étnicas, raciales o religiosas del grupo (párrafo 196).

³ Accesible en http://www.cfcpi.fr/IMG/pdf_Ould_Dah_c_France_Conseil_de_l_Europe_.pdf.

⁴ Accesible en <http://weblog.leidenuniv.nl/media/blogs/76039/1948/jorgic%5B1%5D.pdf>.

⁵ Accesible en inglés en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolk.html>, traducción libre en castellano en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>

⁶ Accesible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf>

La jurisprudencia del Tribunal Internacional para ex Yugoslavia (Jelisic, pp. 67-71; Krstic, p. 557) y para Ruanda (Akayesu, p. 515; Kayishema, p. 98 ; Rutanga, p. 56 y ss.; Musema, pp.160-167; Bagilishema, p.65), admite integrar en el delito de genocidio la acción de un Gobierno para exterminar físicamente a un grupo nacional opositor a su ideología o a su proyecto.⁷

La Ley española 44/1971, de 15 de noviembre, en el artículo 137 bis del Código Penal ha incluido explícitamente al “grupo social” en el tipo de genocidio. Modificado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio, de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal, la Exposición de Motivos no hacía referencia alguna al delito de genocidio. ¿Pretendió el legislador algo más que adaptar el precepto a la literalidad del texto de Nueva York, como eliminar la punición del exterminio de los grupos sociales, cuando en la Exposición de Motivos no se manifiesta intención de disminuir la extensión del bien jurídico protegido?

La Sentencia del Tribunal Supremo español de 1 de octubre de 2007 (RJ 2009\4711) define “grupo” en el marco de este Convenio como “*un número relevante de personas relacionadas entre sí por características que las diferencias de los demás miembros de la población*” (FD 10.4). En su voto particular el Magistrado D. Joaquín Giménez García estima que el

“*grupo nacional incluye el exterminio de los grupos políticos de la misma nacionalidad (...) carece de sentido excluir del genocidio la política de exterminio ejecutada contra un subgrupo nacional por razones políticas cuando, por el contrario, la muerte o la práctica de cualquiera de las conductas que integran el crimen de lesa humanidad dirigidas por un grupo contra otro de la población civil, o parte de ella, son considerados tales crímenes*”.

5. Principales normas penales aplicables

Las vigentes en España en la fecha del acto delictivo, o la norma posterior si fuera más favorable. Por ejemplo, el artículo 474 del Código Penal de 1932 contemplando la detención ilegal⁸, ésta sería la aplicable a las detenciones ilegales seguidas de desaparición cometidas después del 17 de julio de 1936 por el Movimiento Nacional.

En cuanto a los delitos de genocidio y lesa humanidad, deben ser considerados en conformidad con los arts. 10.2 y 25.1 y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación, en particular, con los arts. 7, 2, 3, 4, 5, 6 y 13 de CEDH y los arts. 24, 25.1, 14, 10.2, 9.3, 96.1 de la Constitución española de 1978, teniendo presente: 1.- el principio afirmado en la sentencia del Tribunal Internacional de Nüremberg de 1946⁹,

⁷ Así lo ha considerado también el hecho probado 1.2, pág. 27, inciso último, primer párrafo, de la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005 (caso Scilingo, oficial de la Marina de Guerra argentina).

⁸ Ley de 27 de octubre de 1932 reformatoria del Código Penal de 18 de junio de 1870.

⁹ “(...) *With regard to crimes against humanity, there is no doubt whatever that political opponents were murdered in Germany before the war, and that many of them were kept in concentration camps in circumstances of great horror and cruelty. The policy of terror was certainly carried out on a vast scale, and in many cases was organised and systematic. The policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most*

según el cual son invocables ante los Tribunales de Justicia los crímenes contra la humanidad cometidos al menos desde el 23 de marzo de 1933¹⁰; 2.- el Convenio para la sanción y prevención del delito de genocidio, de 1948, que no instituye ni crea este delito sino que, como declara su artículo primero, “*constata*” su existencia; 3.- el Convenio de Viena de 22 de mayo de 1969 (artículos 26 y 27); 4.- el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5.- el artículo 7.2 del Convenio Europeo de DD. HH., tal como es interpretado y aplicado por el TEDH, por ejemplo

- en el caso K.- H.W. c. Alemania (TEDH 2001\230, pp. 45, 64, 82, 83, 85, 248, y las opiniones concordantes de los jueces Loucaides y Pellonpää)¹¹;
- en el caso Streletz y otros c. Alemania, cuya sentencia¹² considera que el artículo 7.2 del CEDH

«constituye una excepción al principio «nullum crimen, nulla poena sine lege praevia» (...) [al] principio de legalidad («Legalitätsprinzip») (...) Es fácil imaginar un asunto análogo en el que los demandantes fueran altos magistrados (...) que hubieran participado ellos mismos en la creación de la «práctica» judicial (jurisprudencia) de impunidad. ¿Diríamos entonces que este «elemento de interpretación judicial» (apartado 82 de la sentencia) es válido como «ley que define el delito»? Como el teórico jurista alemán von Ihering subrayó justamente, el Estado de derecho reposa en la significación formal de las redacciones jurídicas. Si se quiere proteger el Estado de derecho, esta significación objetiva debe permanecer independiente y estrictamente separada, en último análisis, de cualquier interpretación subjetiva y arbitraria, por muy generalizada que dicha interpretación pueda estar en el contexto de una «práctica del Estado» dada. Esto es todavía más cierto si esta interpretación arbitraria reinante del «Derecho en (in)acción» que contradice el Derecho escrito es el resultado de una confabulación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial del Estado»¹³ ; o que “6(...) los mismos textos jurídicos (la Constitución (...) o el Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos) conducen a resultados diferentes según que sean aplicados siguiendo uno u otro método del derecho propio del orden político contemplado. 7 Esto nos lleva a la cuestión de saber si, tras un cambio a través del cual un orden político (...) pasa a ser democrático, es legítimo aplicar «el antiguo» Derecho establecido por el régimen anterior no democrático siguiendo los métodos de interpretación y de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático nuevo. 8 Quiero señalar que, en mi opinión, no hay lugar para otras soluciones. Los Estados democráticos únicamente pueden autorizar a sus

ruthlessly carried out. The persecution of Jews during the same period is established beyond all doubt”. El texto íntegro de la Sentencia es accesible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp.

¹⁰ El 23 de marzo de 1933 el Reichstag –ocupado por las SS y otros cuerpos armados nazis- aprobó el acta de habilitación que confirió al Canciller Adolf Hitler los plenos poderes con los que se llevaron a la práctica crímenes generalizados y sistemáticos.

¹¹ En <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=K.-H.W.&sessionid=54095209&skin=hudoc-fr>

¹² Accesible en http://www.menschenrechte.ac.at/orig/01_2/Streletz.pdf.

¹³ TEDH, Sentencia Streletz y otros c. Alemania, de 22 de marzo de 2001, voto concurrente del Juez ZUPANČIĆ (TEDH\2001\229). Ver en igual sentido el punto 81 de la misma Sentencia; el caso K-HW (2001) 36 E.C.H.R. 59 ECHR en [83]; el voto particular del citado Juez en el caso Zdanoka (2006) 45 E.C.H.R. 17 ECHR; el caso Clusters (2007) 47 E.C.H.R. 28 ECHR en [85]-[86].

instituciones a aplicar el Derecho –incluso si se trata de normas anteriores dictadas bajo un régimen predemocrático– de una manera inherente al orden político democrático (en el sentido en el que esta noción es comprendida en las democracias tradicionales). El recurso a cualquier otro método de aplicación del Derecho (implicando que se llegue a resultados diferentes a partir de los mismos textos jurídicos) atentaría contra la sustancia misma del orden público de un Estado democrático.⁹ Los mismos principios son igualmente válidos en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación de las normas del Derecho internacional, como las del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos. El Pacto fue firmado y ratificado por la mayoría de los Estados del mundo –democráticos y no democráticos (incluida la ex-RDA)–. Un Estado democrático únicamente puede interpretar y aplicar este instrumento (y otras normas jurídicas internacionales) siguiendo los métodos de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático. (...).¹⁰ En consecuencia, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas nacionales o internacionales siguiendo los métodos propios de los regímenes (...) no democráticos (con resultados intolerables para un sistema democrático) deben ser consideradas erróneas, desde el punto de vista de un sistema democrático. Esto es válido tanto para una apreciación «ex post facto» de la práctica jurídica que estaba en curso bajo un régimen no democrático anterior (como en este caso, pero el problema puede plantearse evidentemente en otras nuevas democracias), como para la apreciación de la práctica jurídica actual (por ejemplo, en lo que se refiere al Pacto) en vigor en un régimen no democrático actual. Esta práctica debe ser contemplada como una desviación del Derecho. Una vez realizada la transición hacia un orden político democrático, las personas responsables no podrían justificar su comportamiento atrincherándose detrás de la manera «específica» en la que el Derecho es interpretado en los regímenes no democráticos.¹¹ En mi opinión, ésta es una conclusión obligatoria resultante del carácter universal de los derechos humanos y de los valores democráticos, que se imponen a todas las instituciones democráticas. Por lo menos desde la época del proceso de Nuremberg, esta concepción del orden democrático es bien comprendida en el mundo y por lo tanto previsible para todos.¹² Lo que atestiguan igualmente, me parece, las conclusiones de la presente sentencia¹⁴;

- en el caso Zdanoka c.Letonia, en cuya sentencia¹⁵ reitera el TEDH que

»Ni siquiera el derecho internacional puede borrar un período histórico de cincuenta años de duración. Por ello, si la actividad (...) debía ser declarada a priori ilegítima o ilegal, muchos acontecimientos sobrevenidos [en el régimen de facto] deberían haber sido declarados a posteriori ilegítimos o ilegales. Ex factis ius oritur [el derecho nace de los hechos], la historia está quizás en condiciones de hacer un enjuiciamiento semejante, pero no el derecho. El campo del derecho está determinado por el poder estatal establecido. La historia, por el contrario, es escrita por el vencedor (...). El travestismo operado por antiguos opresores que después se identifican con y profitan de la

¹⁴ Sentencia Streletz y otros c. Alemania, cit., voto concurrente del Juez LEVITS.

¹⁵ En

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Zdanoka&sessionid=54095426&skin=hudoc-en>

democracia y del estado de derecho (...) [está] demostrado en varios asuntos de los que ha conocido el Tribunal.¹⁶ (...) Revindican de manera desvergonzada los mismos derechos fundamentales que toda su vida han negado a los otros, y a menudo violado a sangre fría de la manera más brutal. (...) En derecho internacional, el proceso de Nuremberg es una ilustración histórica de la manera como el estado de derecho responde a la barbarie, del que el poder de la lógica jurídica prevalece ex post facto sobre la lógica hobbesiana del poder. Resulta claramente del ya citado caso Streletz, Kessler y Krenz que, por razones más restrictivas, la práctica sistemática de la impunidad, a pesar de la existencia puramente formal de normas punitivas precisas que van en sentido opuesto, no puede justificar después del hecho un medio de defensa activo que se basa en un error de derecho excusable. Una vez restablecido el estado de derecho, se aplica la norma positiva, incluso si estaba latente antes. (...) Este caso [Streletz, Kessler y Krenz] prueba que la norma punitiva, incluso si está durmiendo y es objeto de una denegación selectiva y sistemática –es decir, de una práctica generalizada de impunidad– y que es, pues, susceptible de hacer resumir a los actores que no será nunca aplicada, existe siempre positivamente, años después (...).¹⁷

6. A estos delitos no les es aplicable la Ley 46/1977, de amnistía

Conforme al orden establecido en el art. 3 del Código Civil., la norma deberá interpretarse según el “*sentido propio de las palabras, en relación el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”.

Sentido propio y contexto de los términos de la Ley 46/1977

Según el artículo 1, la amnistía se aplica a “*actos de intencionalidad política*”.

Ni el Convenio contra el genocidio (artículos 1 a 4) ni el PIDCP (art. 15.2) admiten la excepción de intencionalidad política, ni en tiempos de paz ni de guerra.

Determinar cuáles son los delitos a los que la Ley 46/1977 es susceptible de aplicación requiere necesariamente la interpretación de ésta en conformidad con la doctrina resumida en el citado caso K.- H.W. c. Alemania (Sentencia de 22 de marzo de 2001), que considera que la ley vigente durante un régimen no democrático debe ser interpretada, en un Estado de Derecho, según la doctrina del TEDH:

“82. ... el hecho de que el recurrente no ha sido inquietado [durante el régimen anterior], sino que ha sido demandado y después condenado (...) por las jurisdicciones alemanas después de la reunificación en base a las disposiciones legales aplicables en la RDA en la época de los hechos, de ninguna manera significa que sus acciones no constituyan una infracción según la ley de la RDA.

¹⁶. Ver, por ejemplo, *Strelitz, Gessler et Kenza c. Allemagne* [GC], n^{os} 34044/96, 35532/97 y 44801/98, CEDH 2001-II.

¹⁷ TEDH Caso *Zdanoka c. Letonia*, de 16 de marzo de 2006, voto particular del juez Zupančič

83. *En este sentido, el Tribunal señala que el problema (...) en cuanto a la actitud a adoptar con respecto a personas que cometieron delitos bajo un régimen anterior, se ha planteado igualmente a cierto número de otros Estados que han experimentado una transición a un gobierno democrático.*

64. *El Tribunal considera que es legítimo para un Estado de derecho llevar a cabo la persecución penal contra personas culpables de crímenes bajo un régimen anterior. De igual modo, no se podría reprochar a las jurisdicciones de tal Estado, sucesoras de las que existían anteriormente, que apliquen e interpreten las disposiciones legales existentes en la época en que se cometieron los hechos a la luz de los principios que rigen en un Estado de derecho.*

85. *En efecto, el Tribunal recuerda que bajo el ángulo del artículo 7, § 1, por más clara que pueda ser la redacción de una disposición penal, cualquier sea el sistema jurídico, hay inevitablemente un elemento de interpretación judicial y habrá siempre que dilucidar los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación (sentencias SW y CR c. Reino Unido, 22 de noviembre de 1995, Serie A Nos. 335-B 335-C, pp. 41-42, §§ 34 -36, y pp. 68-69, §§ 32-34, respectivamente – párrafo 45 más arriba). (...)."*

La aplicación de la Ley 46/1977 hoy requiere, en primer lugar, que el órgano judicial determine la existencia del hecho delictivo y su presunto autor. Así lo dispone su artículo 9: "la aplicación de la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales correspondientes" y "de acuerdo con las leyes procesales en vigor", es decir subordinadas a la Constitución de 1978 (artículo 5 de la LOPJ). El artículo 10.2 de la Constitución reenvía al PIDCP y al CEDH y a la doctrina del TEDH, vinculantes para España según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Juez D. Baltasar Garzón así lo ha hecho en el Auto de 16 de octubre de 2008¹⁸, no en cambio el Tribunal Supremo a fin de perseguirlo en el proceso que le ha abierto en 2009, injusto probablemente a sabiendas.

Recordemos, a este respecto, las deficiencias técnicas ya advertidas en la fundamentación del voto de la Ley 46/1977 por el Diputado aragonés señor Gómez De Las Roces:

"estamos ante un texto legal lleno de imprecisiones jurídicas. Me basta remitirme al artículo 1º de este no estudiado proyecto de ley. Sencillamente, entiendo que carece de los más elementales requisitos de toda tipificación penal, y esto es algo que como legisladores no podemos nunca ignorar, en este sentido, permítanme los señores Diputados que diga que estamos trasladando a los Tribunales de Justicia una competencia que es de las Cámaras, o es del Gobierno, pero en modo alguno de los Tribunales de Justicia, la de crear la norma."

En 2º lugar, el órgano judicial tendrá presente que la Ley 46/1977 no establece ningún criterio legal para determinar cuáles son los *delitos de intencionalidad o de naturaleza*

¹⁸ Ver los Autos de 16 y 18 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 dictados en el Sumario Nº 53/2008, accesibles en http://www.elclarin.cl/images/pdf/spain_20081016.pdf y ([JUR 2008\366724](#) , respectivamente, así como el voto particular de los Magistrados Da. Clara Bayarri, D. José Ricardo de Prada y D. Ramón Sáez Valcárce en el Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (JUR 2009\47600).

política. No los definía el Código penal, ni el de Justicia Militar ni el de la Marina de Guerra. Una sola norma diferenciaba los delitos políticos de los no políticos, a los solos efectos del distinto trato que deben recibir los presos políticos de los comunes, y era la Ley de 15 de febrero de 1873, siguiendo la clasificación que se refiere al Código penal de 1870.

En 3er lugar, al carecer la Ley 46/1977 de Exposición de Motivos la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. de 13 junio 1994 (RJ 1994\5284); 24 febrero 1983 (RJ 1983 \ 999); 15 junio 1983_(RJ 1983\6826)), al igual que la del Tribunal Constitucional (STC (Pleno) de 9 junio, RTC 1986/76), ha integrado la Ley 46/1977 con sus inmediatos precedentes –en particular el RDL 10/1976, de 30 de julio (BOE 4 agosto 1976).

<u>RDL 10/1976</u> , de amnistía:	<u>Ley 46/1977</u> , de amnistía:
<p>- Art.1: “1. <i>Se concede amnistía por todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal (R. 1973, 2255 y N. Dicc. 5670), o en Leyes Penales especiales no mencionadas en el apartado siguiente (...).</i>”</p>	<p>- “Art. 1. PRIMERO. <i>Quedan amnistiados: a. Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976. (...).</i>”</p>

El Tribunal Constitucional hemos visto que ha integrado ambas normas en cuanto se refiere a las sanciones de naturaleza penal. Así lo ha hecho también el Tribunal Supremo:

1. STS de 13 junio 1994 (Sala III, RJ 1994\5284), en cuanto a las sanciones administrativas:

“*PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo del que trae causa la presente apelación se impugna -conforme expresa el F. 1.º de la sentencia recurrida-, «el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Bullas, de 3 agosto 1988, denegatorio de la solicitud del recurrente de que le fuera aplicada la Ley 46 / 1977, de 15 octubre (RCL 1977\2204 y ApNDL 479), de Amnistía, y se le reintegrara en el cargo de Oficial Tercero de Administración de dicho Ayuntamiento (...).*”

QUINTO.- La legislación promulgada en la materia [RD Ley 10/1976 de 30 julio (RCL 1976\1495 y ApNDL 472), D. 2393/1976, de 1 octubre (RCL 1976\1995 y ApNDL 476), OM 6 julio 1977] y la línea jurisprudencial mantenida en su aplicación [v. gr. SSTS 5.ª de 24 febrero 1983 (RJ 1983\999); 15 junio 1983 (RJ 1983\6826); 12 junio 1984 (RJ 1984\3618); 26 septiembre 1984 (RJ 1984\4511), 4 julio 1985 (RJ 1985\3548) y 22 octubre 1991 (RJ 1991\8293)] perfilan el ámbito de la amnistía, (...).”

2. STS de 24 febrero 1983 (Sala III, RJ 1983\999):

“CDO.: Que el ámbito objetivo de la disposiciones dictadas concediendo los beneficios de la Amnistía normalmente comprende los denominados delitos políticos, y manteniéndose en esa línea, en el art. 1.1. del R. D.-Ley de 30 julio 1976, se otorga amnistía a todos los delitos y falta de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el C. P. o en leyes especiales cometidos con anterioridad al día 30 julio 1976, y en su art. 3.1. también hace extensiva la amnistía que se concede a las infracciones administrativas cometidas hasta la fecha indicada con la misma intencionalidad; elemento intencional que se reitera en el R. D. de 1 octubre 1976, sobre aplicación de la Amnistía a los funcionarios de la Administración Local, al declarar en su art. 2.º que la Amnistía beneficiará a los funcionarios afectados en las mismas condiciones que señala el R. D.-Ley 10/1976. (...).”

En igual sentido, la STS de 15 junio 1983 (Sala III, RJ 1983\6826).

3. La Sala Penal del Tribunal Supremo, por su parte, no ha pronunciado ninguna Sentencia que haya sostenido una interpretación distinta de la Ley 46/1977.

El Juez Instructor D. Baltasar Garzón actuó en conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo al incoar, en 2006, diligencias para instruir las denuncias por crímenes de lesa humanidad y genocidio que por reparto llegaron a su juzgado. La causa que le ha incoado en 2009 la Sala Penal del Tribunal Supremo es por ello injusta, además de buscar por este medio modificar, *a posteriori*, la jurisprudencia preexistente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en una interpretación, encima, *contra legem* de la Ley 46/1977.

En 4º lugar, los actos, delitos y faltas que enumera el artículo 2 de la Ley 46/1977 no son *numerus clausus*, lo que requiere su determinación judicial. La citada STC (Pleno) núm. 76/1986, de 9 junio (RTC 1986\76), cubre este vacío mediante la integración de la Ley 46/1977 con el RDL 10/1976, sobre amnistía, es decir con “*las normas que la concedieron en el período preconstitucional: del art. 1 del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio (RCL 1976\1495 y NDL 26809 bis), que abarca a «todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal, o en las Leyes Penales especiales»* [art. 1], a «*los delitos de rebelión y sedición tipificados en el vigente Código de Justicia Militar»* [art. 2], a los «*prófugos y desertores»* [art. 3], o a «*los que por objeción de conciencia se hubieran negado a prestar el servicio militar»*, y la misma extensión objetiva, por lo que a este aspecto se refiere, es posible verla reproducida en la Ley 46/1977, de 15 de octubre (RCL 1977\2204), y en las normas que la desarrollaron (...)” [FJ 2].

En 5º lugar, aplicar la ley 46/1977 requiere la previa comprobación judicial de un hecho delictivo y de su autoría según dispone el artículo 6º: “*la amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que se pudieran imponer con carácter principal o accesorio. Respecto del personal militar al que se le hubiere impuesto, o pudiera imponérsele como consecuencia de causas pendientes, la pena accesoria de separación del servicio o perdida de empleo, la amnistía determinara la extinción de las penas principales y el reconocimiento, en las*

condiciones mas beneficiosas, de los derechos pasivos que les correspondan en su situación.”

En 6º lugar, también requiere actuación judicial la inexistencia en la Ley 46/1977 de regulación en cuanto a los efectos procesales de la amnistía. El art. 666.4 de la LECr. se refiere a la amnistía como artículo de previo pronunciamiento a contar desde la entrega de los autos para calificación de los hechos (art. 667 LECrim.).

En 7º lugar, el objeto de los arts. 1 a 4 de la Ley 46/1977 son las responsabilidades declaradas por los Tribunales antes del 17 de octubre de 1977. Pero también pueden serlo actos sobre las que pende una sentencia, e incluso los que no son objeto de proceso por no haber infringido el ordenamiento, o no ser persegibles de oficio ni a instancia de parte, pero que pudieran serlo. Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en la Sentencia (Pleno) núm. 76/1986 de 9 junio (RTC 1986/76):

*“la amnistía, sea como sea definida, está estrechamente vinculada a la existencia de una **previa responsabilidad por actos ilícitos**, ya sean administrativos, penales o de otra índole: sobre este presupuesto operará la amnistía extinguiendo la responsabilidad, según unos (el delito o la falta, según otros), para hacer desaparecer, con fundamento en una idea de justicia, las consecuencias de un derecho anterior, que se repudian al constituirse **un orden político nuevo, basado en principios opuestos a los que motivaron la tacha de ilicitud de aquellas actividades**. Un claro ejemplo de esta extensión objetiva de la amnistía se deduce de las normas que la concedieron en el período preconstitucional: del art. 1 del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio ([RCL 1976\1495](#) y NDL 26809 bis) (...). A la vista de lo anterior queda patente el ligamen amnistía-consecuencias del ilícito, como quiera que el legislador establezca ese ligamen.”*

Este “orden político nuevo” es el basado en los “principios opuestos” [a los del régimen del Movimiento Nacional], es decir entre otros los del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente desde antes de la Ley 46/1977, y en los sucesivos tratados internacionales ratificados por España cuya raíz se halla en la derrota del nazi-fascismo en 1945 al norte de los Pirineos.

7. Espíritu y finalidad de la Ley 46/1977

Son sustancialmente los actos cometidos por personas y organizaciones opositoras al Estado del Movimiento Nacional, dirigido por el Partido Único (Falange Española Tradicionalista y de las JONS).

Los delitos cometidos por las personas y organizaciones partidarias del Estado del Movimiento Nacional habían sido auto-amnistiados

- en el Decreto de 13 de septiembre de 1936, firmado por el Presidente de la “Junta de Defensa Nacional” rebelde, que amnistía a los Jefes, Oficiales, Suboficiales y clases de

tropa por las sublevaciones, por motivos políticos, de 10 de agosto de 1932, y en Alcalá de Henares en la primavera de 1936;

- en el Decreto de 23 de septiembre de 1939, firmado por el general rebelde Francisco Franco. El objeto de este Decreto son los delitos de intencionalidad política cometidos por los partidarios del Movimiento Nacional entre el 14 de abril de 1931 (proclamación de la II República) y el 18 de julio de 1936 (sublevación de una fracción de las FFAA contra el Jefe del Estado y la forma de Gobierno):

*“Artículo 1.”.-Se entenderán no delictivos los hechos que hubieran sido objeto de procedimiento criminal por haberse calificado como constitutivos de cualesquiera de los delitos contra la Constitución, contra el orden público, infracción de las Leyes de Tenencia de armas y explosivos, **homicidios, lesiones, daños, amenazas y coacciones, y de cuantos con los mismos guarden conexión, ejecutados desde el 14 de abril de 1931 hasta el 18 de julio de 1936, por personas respecto de las que conste, de modo cierto, su ideología coincidente con el Movimiento Nacional y siempre de aquellos hechos que por su motivación político-social pudieran estimarse como protesta contra el sentido antipatriótico de las organizaciones y gobierno, que con su conducta justificaron el Alzamiento”.***

- Los actos de presunta naturaleza genocida y contra la Humanidad cometidos a partir del 18 de julio de 1936 por los partidarios del Movimiento Nacional no eran considerados delictivos por sus Fiscales y Jueces, todos los cuales accedieron a esta función siempre que aceptaran prestar juramento de lealtad a los principios del Movimiento Nacional. Estos los definía la Ley de 17 de mayo de 1958 en los siguientes términos:

“Yo, Francisco Franco Bahamonde, Caudillo de España, consciente de mi responsabilidad ante Dios y ante la Historia, en presencia de las Cortes del Reino, promulgo como Principios del Movimiento Nacional, entendido como comunión de los españoles en los ideales que dieron vida a la Cruzada (...). En su virtud, dispongo: (...) Artículo 2.- Todos los órganos y autoridades vendrán obligados a su más estricta observancia. El juramento que se exige para ser investido de cargos públicos habrá de referirse al texto de estos Principios fundamentales. (...)" (énfasis y subrayado nuestros).

**

Al integrar el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo el RDL 10/1976 y el RDL 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (BOE 17-3-1977), con la Ley 46/1977 (BOE 4 agosto 1976), esta última constituye para la jurisprudencia un desarrollo de dichos Decretos-Leyes. Que el objeto de éstos son, en lo sustancial, las sanciones impuestas a quienes antes y después del 1 de abril de 1939 se opusieron al Movimiento Nacional, se halla explicitado en la Exposición de Motivos del RDL 10/1976 (BOE 4 agosto 1976):

“La Corona (...) es una de sus principales misiones promover la reconciliación de todos los miembros de la Nación, culminando así las diversas medidas legislativas que ya, a partir de la década de los cuarenta, han tendido a superar

las diferencias entre los españoles. Tal es el caso de la reintegración de los derechos pasivos a los militares sancionados después de la pasada contienda [es decir, los del Ejército de la República española] (...). Al dirigirse España a una plena normalidad democrática, ha llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia fraterna de los españoles. Tal es el objeto de la amnistía de todas las responsabilidades derivadas de acontecimientos de intencionalidad política o de opinión ocurridos hasta el presente”.

“*A partir de la década de los cuarenta*”...se refiere a los indultos concedidos por el régimen del Movimiento Nacional a la resistencia, pues todos los partidarios de aquel ya habían sido amnistiados por el Decreto de 23 de septiembre de 1939.

¿Cabe interpretar que la amnistía del DL 10/1976 incluía los delitos de naturaleza genocida y los crímenes contra la Humanidad impunes hasta entonces? No. Tanto la Exposición de Motivos como su artículo 1 no incluyen entre *los delitos y faltas de intencionalidad política* aquellos que la Fiscalía General del Estado interpreta como “*que por su carácter atroz no pueden ni deben ser dados al olvido*” (Circular N° 3/1976, de 13 de julio de 1976, para aplicación DL 10/1976, pág. 227).

En esta circular la Fiscalía contrapone los “*delitos comunes*” a los “*delitos políticos*”, y en cuanto a la existencia o no de “*intencionalidad política*” instruye a los Fiscales “*que los Tribunales habrán que determinar si concurre ese elemento subjetivo en la motivación y finalidad de la infracción a efectos de la amnistía (...). A título de orientación, habrá que presumirse ‘la intencionalidad política’, salvo que la excluya la naturaleza específica de la infracción, los delitos comprendidos en el Título I del Libro II del Código Penal –contra la Seguridad Exterior del Estado- y en el Título II del mismo Libro –contra la Seguridad Interior del Estado...*

Es decir, las infracciones esencialmente cometidas por opositores al régimen del Movimiento Nacional. Pues bien, entre los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado se hallaba el de genocidio, cuya naturaleza específica excluye la intencionalidad política (arts. 1 a 5 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio).

El RDL 10/1976 es desarrollado en el RDL 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (BOE 17-3-1977), que extiende la amnistía a los delitos que han afectado a la vida e integridad de las personas, en el sentido que enmarca la Exposición de motivos y el artículo 2: “*delitos de enfoque primordialmente políticos ...determinados delitos contra la seguridad interior del Estado*”, en particular “*los delitos comprendidos en el Título II del Libro II del Código Penal...*”, que no es el Título que incluye el delito de genocidio.

La STC (Pleno) de 9 junio (RTC 1986\76, FJ 2) “*deduce la extensión objetiva*” de la amnistía de la Ley 46/1977 “*de las normas que la concedieron en el período preconstitucional: del art. 1 del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio*” (FJ 2).

En igual sentido, también la Circular de la Fiscalía General del Estado de 20 de octubre de 1977, sobre aplicación de la Ley 46/1977, para interpretar el ámbito objetivo de los delitos de “intencionalidad política” remite a los criterios expuestos en su anterior Circular de 13-08-1976 (págs. 152-153).

No existe Sentencia alguna del Tribunal Constitucional ni del Tribunal Supremo en sentido diferente.

8. Antecedentes legislativos de la Ley 46/1977: no es aplicable a los delitos de genocidio y lesa Humanidad

D. Miguel Herrero de Miñón, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia en 1976, escribe en relación con la redacción del RDL 10/1976¹⁹:

*“Amnistía de los delitos de intencionalidad política. Reivindicación no sólo de la oposición sino, fundamentalmente, de la opinión. (...) [En el] “informe, base de los trabajos posteriores se optaba por amnistiar todos los delitos ejecutados con intencionalidad político-social, en tanto que no afectasen a determinados bienes que, como la vida o la integridad corporal, se reputaban intangibles. (...) Sobre esta base redacté un primer borrador que se presentó ante el Consejo de Ministros. (...) [El proyecto respaldado por el vicepresidente para Asuntos de la Defensa y los tres Ejércitos era más restrictivo y perjudicaba a] militares republicanos y oficiales de la Unión Militar Democrática. (...) Llegamos a un principio de acuerdo en el cual el criterio subjetivo era el general, mientras que el objetivo se aplicaba en lo que se refería al Código de Justicia Militar. (...) [Por otro lado] se comprendían en la amnistía delitos típicamente militares, como el de **rebelión y sedición**, que siempre suponen, por definición, una intencionalidad política (...) el problema central fue el de si [la amnistía] alcanzaba o no a los militares separados del ejército con ocasión del proceso [abierto] a los miembros de la **Unión Militar Democrática**”.*

Recordemos que la Unión Militar Democrática (UMD) es creada en 1974 por militares en activo y auspiciaba reemplazar el régimen del Movimiento Nacional por otro democrático.

D. Alfonso Osorio – Vice-presidente del Gobierno de Unión del Centro Democrático cuando se redactó la Ley 46/1977-escribe en sus memorias²⁰:

“Desde el primer momento había quedado claro que no debía concederse la amnistía para ningún tipo de delito que hubiese producido daños físicos para las personas, es decir que no se amnistian los delitos de terrorismo. (...) si se incluyeron a los militares que estuviesen condenados por los delitos de sedición militar, lo cual afectaba fundamentalmente a los jefes y oficiales recientemente sancionados en consejo de guerra por sus actividades en la Unión Militar Democrática (...) El Decreto Ley de amnistía abría el cauce para la vuelta de la totalidad de los exiliados políticos.”

¹⁹ Memorias de estío, Madrid, Ed. Temas de Hoy, 1999, pp. 74-79

²⁰ OSORIO (Alfonso): Trayectoria política de un ministro de la Corona Barcelona, Planeta, 1980, pág. 160.

Este sería también el objeto del artículo 2.A) de la Ley 46/1977: “*los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ello, tipificados en el código de justicia militar.*”

¿El Congreso y el Senado elegidos en las elecciones pluralistas del 15 de junio de 1977 ampliaron la amnistía del DL 10/1976 y DL 19/1977 a los actos impunes de naturaleza genocida y de lesa humanidad? La respuesta es negativa, por los siguientes motivos

- 1º La Ley 46/1977 no contiene ninguna disposición en tal sentido;
- 2º. En su redacción literal, la Ley 46/1997 explica la primacía de “*las normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad*” (artículo 5º). Entre estos se hallaba vigente el PIDPC, tal como ha declarado la doctrina del Tribunal Supremo al aplicar esta ley, por ejemplo la STS de 18 de mayo de 1979 (Sala Social, RJ 1979\2182):

*“la finalidad esencial de esta Ley es la de dejar sin efecto las sanciones impuestas conforme a la legalidad vigente en la fecha en que lo fueron, pero que han perdido su ilegalidad por aplicación de disposiciones legales posteriores (...) al promulgarse la Ley de Amnistía (...) España había ratificado y estaban en vigor, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** y el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales**, los dos concertados en Nueva York, y ratificados por España en 13 abril 1977 (RCL 1977\894 y NDL 29530 bis, nota)”;*

o la Sentencia de 7 abril 1979 (Sala Social, RJ 1979\1649):

*“normas y convenios «vigentes en la actualidad», (...) a la entrada en vigor de la Ley de amnistía, es decir el 17 octubre 1977, día de su publicación en el B. O. Estado; que son (...) y el **Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales**, ratificado por España el 13 abril 1977 (RCL 1977\894 y NDL 29530 bis), publicado el 30 del mismo mes e incorporado por tanto desde ese día al derecho interno: art. 1.5 del C. Hiv.”.*

Como es bien sabido, el PIDCP (artículo 15.2) no admite la excepción de intencionalidad política en los delitos de lesa humanidad y genocidio. Por consiguiente, la propia Ley 46/1977 los excluye de su objeto y de sus beneficios.

3º La STC (Pleno) núm. 361/1993, de 3 diciembre (RTC 1993\361), ha buscado la finalidad de la Ley 46/1977 en su “*iter legislativo*”, concluyendo que “*(...) se ha preocupado particularmente por delimitar como beneficiarios a los miembros de una determinada generación, la que sufrió, en razón de la edad, más directamente las consecuencias de la Guerra Civil, padeciendo prisión durante la misma o en la inmediata posguerra, y la que por ello gozó más tardíamente el restablecimiento de las libertades democráticas.* (...)”. Es decir, identifica como beneficiarios de la amnistía a quienes se opusieron a la insurrección armada del Movimiento Nacional y a su régimen.

En efecto, según se lee en el Diario de Sesiones de 14 de octubre de 1977²¹, la única intervención que toda una Cámara puesta en pie aplaudió fue la del senador liberal monárquico D. Joaquín Satrústegui²², tras lamentar que los militares leales a la legalidad republicana no fueran amnistiados con igual amplitud que el Decreto de 23 de septiembre de 1939 lo hizo respecto de quienes en julio de 1936 rompiendo la línea de mando institucional se sublevaron contra el Estado Mayor de las FFAA y el Gobierno constitucional (págs. 219-222).

Congruentemente, el grupo parlamentario más identificado con el régimen del Movimiento Nacional, el de la Alianza Popular dirigida por D. Manuel Fraga, se abstuvo de votar a favor de la Ley 46/1977 “*porque una democracia responsable no puede estar amnistiando continuamente a sus propios destructores*” (Diputado Sr. Carro, Pág. 959).²³ Destructores entre los que no incluía, obviamente, a los partidarios del Movimiento Nacional alzados en armas contra la legalidad constitucional republicana.

Por su parte, en el grupo gubernamental de la UCD afirmaba el Diputado Sr. Arias-Salgado (p. 973) que esta ley obedece “*al propósito de otros grupos políticos*”—es decir, los provenientes de la oposición al Movimiento Nacional— y el Senador D. Marco Tobar precisaba que “*apoyo la concesión de la amnistía pensando en todos aquellos que, perseguidos un día por sus ideas políticas, sufrieron, y quizás sufren y padecen, por la firme defensa y convicción de sus principios*” (pp. 223-224).

Las razones expuestas anteriormente en cuanto a la primacía del Convenio contra el genocidio y el PIDCP en la interpretación literal, contextual y sistemática de la Ley 46/1977 no excluyen, obviamente, las amnistías especiales contempladas en su artículo 2, entre ellos: “*e) 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; f) los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.*”

Si por las razones dichas entre los delitos de intencionalidad política no se hallan los de genocidio y lesa humanidad, tampoco pueden estarlo los actos de esta naturaleza referidos a la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley. El Convenio contra el genocidio y el PIDCP priman sobre la totalidad del articulado de la Ley 46/1977.

El principal sujeto de los delitos contemplados en el art. 2.e) son, según indicaba la citada Circular de la Fiscalía General del Estado, los funcionarios policiales y los jueces. En 1977 todos ellos habían jurado lealtad a los principios fundamentales del Movimiento Nacional, y aún hoy lo han prestado los dos tercios de los Magistrados del Tribunal Supremo que desde 2009 dirigen el proceso contra el Juez D. Baltasar Garzón

²¹ Accesible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1977_024.PDF

²² La fundamentación del voto de la ley en el Senado, el 14 de octubre de 1977, es accesible en http://www.senado.es/legis0/publicaciones/pdf/S_1977_008.PDF

²³ La fundamentación en el Congreso de los Diputados del voto, el 14 de octubre de 1977, de la ley 46/1977 es accesible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1977_024.PDF

-quien no prestó ese juramento. El ataque de los juramentados contra el Juez que no juró encuentra aquí uno de sus motivos: la mayor parte de los Magistrados que le persiguen son partícipes, por acción u omisión, de la impunidad del genocidio y de los crímenes de lesa humanidad cometidos por el Movimiento Nacional, y se sienten interpelados por la aplicación en España de las normas hoy vigentes que hemos mencionado. Lo viene a reconocer el Auto de 3 de febrero de 2010 redactado por uno de los que prestaron juramento a los principios fundamentales del partido único fascista, el Magistrado D. Luciano Varela, cuando inculpa a D. Baltasar Garzón porque, dice aquél,

“No es razonable pensar que nos encontráramos ante una especie de conspiración de silencio [ante los crímenes del Movimiento Nacional] de la que serían protagonistas todos quienes le precedieron en el escalafón judicial y en el del Ministerio Fiscal, por no citar a la organizaciones ciudadanas que, antes y después de la Constitución, han mostrado una encomiable sensibilidad frente a la masacre y a la tragedia que para los más elementales derechos humanos supuso la Guerra civil y la dictadura que le siguió.” (página 51).

Los Magistrados y demás juramentados se acusan a sí mismos al perseguir al Juez Garzón por no haberse sumado a la impunidad de los actos de genocidio y lesa humanidad cometidos en España.

9. Conclusión:

1. No son objeto de la Ley 46/1977, de amnistía, los delitos de naturaleza genocida ni los crímenes contra la humanidad;
2. en el supuesto caso de que no se compartieran las razones anteriores y se sostuviera que la Ley 46/1977 comprende los delitos de lesa humanidad y de naturaleza genocida, actualmente la aplicación efectiva de la doctrina del TEDH sobre los arts. 15 del PIDCP y 7 del CEDH, la de la Corte Internacional de Justicia sobre el Convenio contra el genocidio, la relativa al Convenio contra la tortura de 194, y el Tratado de Roma de 17 de julio de 1998, todos vigentes en España, prevalecen sobre la ley interna en cuanto a que dichos delitos no prescriben y no son amnistiables;
3. acogerse hoy a los beneficios de la amnistía penal de la Ley 46/1977 requiere seguir el debido proceso ante un órgano judicial (art. 9º), a saber:
 1. establecer el hecho delictivo;
 2. identificar a su autor (art. 6º en relación con los arts. 1º y 2º);
 3. tras lo cual, de oficio o a instancia de parte, oído el Fiscal y las restantes partes, dentro del plazo de tres meses adoptará la resolución procedente (art. 9º);
4. **“de acuerdo con las leyes procesales en vigor”** (arts. 4.1 y 9 en relación con los arts. 1 a 3), es decir las actuales, todas subordinadas a la Constitución de 1978, cuyos arts. 10.2; 96; 25.1 y 9.3 deben aplicarse en conformidad con las obligaciones que los tratados internacionales imponen a España, los ya vigentes el 17 de octubre de 1977 y

los ratificados posteriormente, en conformidad con el estado de derecho de una sociedad democrática que ampara el CEDH.

Madrid, 14 de mayo de 2010