

# Libertad de investigación e impunidad de dictadura: jurisprudencia constitucional a la deriva

## Freedom of Research and Impunity of Dictatorship: Constitutional Jurisprudence Adrift

Bartolomé Clavero Salvador  
Universidad de Sevilla  
[clavero@us.es](mailto:clavero@us.es)

Recibido / received: 01/06/2018  
Aceptado / accepted: 28/01/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4689>

### Resumen

Este trabajo parte de la evidencia de la impunidad de los crímenes de la dictadura franquista por obra, esencialmente, de un aparato judicial que ha bloqueado el acceso de las víctimas y de sus descendientes a la justicia. Se concentra en la responsabilidad que pueda recaer en el Tribunal Constitucional como instancia de amparo de derechos. Su papel ha sido clave para recluir el asunto de la criminalidad franquista en la historia para extraerlo del derecho. Confrontado con Comunidades Autónomas que emprenden con decisión la vía contraria, como sea el caso de Navarra, la cobertura de la impunidad está llevando al Tribunal Constitucional a extremos de degradación de sus procedimientos con riesgo de deslegitimación de su jurisprudencia.

### Palabras clave

Impunidad franquista, derechos de investigación e información, derecho al honor, derecho a la verdad y a la justicia, Tribunal Constitucional, crítica de jurisprudencia.

### Abstract

*This paper's starting point is the evidence of impunity for the crimes of the Francoist dictatorship, essentially due to a judicial regime that has blocked the access of victims and their descendants to justice. It focuses on the responsibility that may fall on the Constitutional Court in its capacity as protector of rights, since it aims at confining the question of Francoist criminality in the field of history to extract it out of the realm of law. Some regional governments, such as Navarre, resolutely take the opposite path, against which the coverage of impunity by the Constitutional Court leads to extremes of degradation of its proceedings bearing the risk of delegitimation of its jurisprudence.*

### Keywords

*Francoist impunity, research and information rights, right to honour, right to truth and justice, Constitutional Court, criticism of jurisprudence.*



SUMARIO. 1. Exordio: del desconcierto al desasosiego. 2. Libertades de expresión, de información... y de investigación. 3. Excurso: derecho al honor a la española. 4. Investigación criminal versus competencia judicial. 5. Conclusión: bloqueo constitucional y Derecho internacional. 6. Colofón: conveniencia de la comparación.

## 1. Exordio: del desconcierto al desasosiego

La dictadura franquista fue un régimen criminal institucionalizado. Su impunidad ha sido en lo esencial obra de una justicia ordinaria masivamente prevaricadora, sin solución de continuidad desde los tiempos dictatoriales, con sus efectos ante todo, a la corta y a la larga, disuasorios. Se muestra en consecuencia poco receptiva de interponerse eventualmente acciones tras los tiempos de la dictadura. Parto del desconcierto ante este estado de cosas (Casanova, 2004; Espinosa, 2009; Chinchón, 2012, Jiménez Villarejo y Doñate, 2012; Escudero y Pérez González, 2013; Clavero, 2014a; Anderson y del Arco, 2015; Jimeno, 2018)<sup>1</sup>.

El asunto ha accedido a la jurisdicción constitucional como instancia de amparo de derechos. De esto voy a ocuparme. El Tribunal Constitucional ha adoptado posiciones aparentemente contradictorias, aun con una coherencia de fondo en la misma línea del bloqueo para el que se ha bastado perfectamente la justicia ordinaria. El posicionamiento de entrada de la jurisdicción constitucional ya fue de por sí desconcertante. Concedió amparo a la libertad de investigación histórica sobre la criminalidad de tiempos de la dictadura franquista cuando la cuestión dirimida era naturalmente de derecho, no de historiografía. Esto marca el arranque de una deriva que le acaba conduciendo, hoy por hoy, a extremos de ineptitud jurisdiccional. Comencé este trabajo interrogándome sobre la impunidad franquista en la jurisprudencia constitucional y concluyo sumando el desasosiego por su deriva hacia la arbitrariedad.

## 2. Libertades de expresión, de información... y de investigación

Vayamos al primer pronunciamiento relevante. Ha sido bien estudiado por parte de la historiografía en el contexto pertinente, el de la cobertura judicial de la impunidad franquista (Espinosa, 2013: cap. 5). Vamos a incidir en su análisis para venir a situarnos en el terreno estrictamente jurídico de la jurisprudencia constitucional.

Comencemos por recordar el caso. El 27 de noviembre de 1994 se emite por TV3, canal de televisión catalán, el documental *Sumaríssim 477*, dirigido por Dolors Genovès, periodista de investigación. Trata de una ejecución extrajudicial perpetrada en Burgos en 1938 por condena de consejo de guerra sumario sin las mínimas garantías, la del político democristiano catalán Manuel Carrasco i Formiguera. Figuraron entre unos testigos de cargo presumiblemente decisivos Carlos Trías

---

<sup>1</sup> Agradezco a Víctor Vázquez por haberme movido a esta reflexión al confiarme la conferencia de apertura de unas jornadas sobre La libertad de expresión y el Estado constitucional (Universidad de Sevilla, 16-17/X/2018); a Francisco Espinosa por facilitarme, de su archivo personal, la sentencia del Tribunal Supremo y otros materiales del caso Trías Bertrán; a los servicios de documentación de la Comunidad Foral de Navarra por procurarme las alegaciones de su Gobierno y su Parlamento frente al recurso de inconstitucionalidad que veremos. También quiero agradecer la hospitalidad de Eunomia y las sugerencias de sus evaluadoras o evaluadores anónimos. Quizás no esté de más agregar que la entera responsabilidad por los juicios que se emiten en estas páginas recae exclusivamente sobre su autor.

Bertrán, quien luego haría carrera con el franquismo. Los ocho hermanos Trías Sagnier, hijos suyos, interpusieron en diciembre de 1996 una denuncia civil por intromisión en el derecho al honor de su padre, fallecido en 1969, ante la justicia de primera instancia de Barcelona. Ahí arranca el proceso que, recursos mediante, concluirá en el Tribunal Constitucional en 2004, al cabo de cerca de diez años. Hubo campaña familiar. Uno de los hijos, Eugenio, filósofo acreditado y prolífico, publicó poco antes un panegírico de su padre que, al no ocultar su trayectoria franquista, resulta llanamente inverosímil (Trías, 2003: cap. 11).

En primera instancia se falló a favor de los Trías apreciándose lesión del derecho al honor del padre y condenándose a Televisió de Catalunya S.A., a la Corporació Catalana de Ràdio i Televisió y a Dolors Genovès a hacer pública la sentencia, a mutilar el documental suprimiendo los pasajes considerados lesivos, a una indemnización simbólica de cinco pesetas y a costas. En apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona confirma la condena. En casación, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cambia las tornas por sentencia de la que fue ponente un magistrado que, como catedrático, se había ocupado monográficamente del tema (O'Callaghan, 1991). Su bagaje de doctrina pudo cargarle de razón en una línea que fuerza un tanto la letra de la Constitución para atenerse a su espíritu de fondo. He aquí la disposición constitucional: “Estas libertades”, las de expresión, información, investigación y creación, “tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título”, el de los derechos, “en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen”, sin otro requerimiento por parte de la misma Constitución respecto a tales ejercicios de libertad que el de que la información ha de ser “veraz” (CE, arts. 18.1 y 20.1.d y 4).

Así se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo: “El reportaje emitido por la TV3 es la típica expresión de la libertad de información que proclama el artículo 20.1.d de la Constitución Española, cuya libertad de información no se separa necesariamente de la libertad de expresión que reconoce el mismo artículo 20.1.a”, de lo cual, tratándose además de “hechos de relevancia pública” y con empeño de reconstruirlos verazmente, se infiere que, en el caso, “no queda protegido el derecho al honor frente a la libertad de información, entremezclada o no con la libertad de expresión”. El matiz de la “relevancia pública” podía sustentarse en jurisprudencia constitucional, pues no en la Constitución misma, como acabamos de ver. La veracidad en el ejercicio de la libertad de información está dicho que se consigna en la Constitución.

Y había más. Tampoco se atenta contra el honor porque el documental añade a los hechos probados juicios de valor negativos para con Trías Bertrán pues los mismos “cabén en la libertad científica de un historiador”, una libertad también consignada, junto a las otras, en la Constitución (CE, art. 20.1.b). Un solvente historiador, Hilari Ragner, biógrafo además de Carrasco y Formiguera (Ragner, 1984), había colaborado en los preparativos del documental. A Dolors Genovès, experimentada periodista de investigación, el Tribunal Constitucional, para reforzar como veremos ese motivo de la libertad científica, la convertirá en historiadora. La historiografía no reparte carnets ni es cosa de gremio. El Tribunal Supremo ya ha añadido en el caso la libertad de investigación histórica acompañando a las libertades de información y de expresión. Con todo ello, casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona,

En amparo, el caso llega al Tribunal Constitucional, el cual, concediéndolo, adopta la línea del Supremo, sólo que con un resultado sorprendente. Es ponente la magistrada-catedrática María Emilia Casas. La sentencia se fecha el 23 de marzo de 2004. He aquí su primer argumento de derecho: “las peculiaridades que rodean el

presente proceso constitucional aconsejan no limitar nuestro análisis a la posible confrontación del mentado derecho fundamental con las libertades de expresión e información, sino que es preciso, en línea con lo expresado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, aludir igualmente a la libertad científica del historiador”. Se trae así a primer lugar lo que figuraba al final en la sentencia del Supremo, la libertad de investigación de una historiografía reputada como ciencia. “El documental cuestionado versa sobre hechos históricos que presentan una indudable relevancia pública”, por lo que como tal hay que abordarlo y no “como si se tratase de una crónica sobre un proceso judicial de nuestros días”. Parece de sentido común, pero con ello el asunto se va remitiendo al campo de la historia y extrayéndosele del terreno del derecho.

En ello se abunda. “Lo que aquí se discute no es la forma en la que se ha informado sobre un suceso de nuestra historia reciente”. “No se nos pide, por consiguiente, que enjuiciemos ahora informaciones y opiniones vertidas sobre un suceso del presente, sino que examinemos manifestaciones que tuvieron por objeto un hecho ya histórico, y ello no sólo en el sentido de un hecho que tuvo que ver, trágicamente, con la vida pública del país, y no con la biografía íntima de sus protagonistas, sino también, en la acepción más propia de la historicidad, de un hecho cuyos efectos –los inmediatos, al menos– están ya por completo sustraídos a la acción de las generaciones vivas” y, como puede ir entendiéndose entre líneas, al enjuiciamiento del derecho. Las reglas entonces, si no son otras, en algo varían y se modulan bastante: “La investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica”.

El asunto se circunscribe a la historia con exclusión implícita del derecho: “La discusión histórica está abierta a la participación y a la réplica en su contexto propio y por sus medios característicos, pero no puede estarlo a la solución jurídica, cuya verdad no es, por definición, la que se persigue y construye con el método histórico”. Así es como se interpreta una frase ambigua extraída de la sentencia del Supremo: la justicia no tiene “la función de enjuiciar la Historia, sino de aplicar el Derecho”. “Menos aún (sirve la justicia) para cambiarla (la historia) o silenciar sus hechos”. Recordemos estas palabras, aunque el Tribunal Constitucional no lo haga, cuando lo que se reclame en justicia sea, por ejemplo, la anulación de sentencias de consejos de guerra celebrados además, en tiempos de dictadura, sin las debidas garantías. Es pretensión que no cabrá.

En fin, la invocación del derecho a la investigación parece que suma y refuerza, pero resta y enerva. No desempeña el mismo papel en la sentencia del Supremo que en la del Constitucional. Parecía que la segunda es confirmatoria de la primera; realmente, aun ratificando el fallo, la distorsiona. En cuanto al derecho al honor como límite de unas libertades, ha cedido finalmente en el caso Trías Bertrán, aparte de porque el asunto sea de relevancia pública, por la razón más decisiva de que se trata tan sólo de historia de modo que se entiende sin transcendencia para el derecho. En derecho, ese límite de unas libertades, el del honor, mantiene toda su fuerza.

Un voto particular a la misma sentencia, perteneciente al magistrado-catedrático y a la sazón Presidente del Tribunal Manuel Jiménez de Parga, muestra su plena conformidad de la reclusión histórica del asunto, mas queriendo todavía reivindicar el derecho al honor en el caso: “Un hecho que afecta al honor del padre de personas vivas ha de considerarse susceptible de afectar al honor familiar de los hijos del acusado en el reportaje, junto a la violación del suyo”. A no ser que haya

prevalecido su evidente deseo personal por amparar a la familia Trías Sagnier, no parece este magistrado haber comprendido las implicaciones de la sentencia. Confieso que yo tampoco la entendí cabalmente en su momento. La tomé como una estupenda proclamación del valor cívico, aunque no constitucional, de la historiografía, pues la sentencia se extiende a animarla encarecidamente a que haga su labor de esclarecimiento del pasado. No advertí el simulacro. Participé de la buena acogida que la sentencia tuvo en su momento entre juristas (Salvador, 2004; Clavero, 2005: nota 1). Así éramos de ingenuos. La evolución inmediata de la propia jurisprudencia, con el auto que enseguida refiero, me ayudaría a abrir los ojos, aunque he tardado en relacionarlo con la sentencia Trías Bertrán.

Poco después de la sentencia se produce la respuesta del Tribunal Constitucional al recurso de amparo de Estrella Alonso y, tras la muerte de ésta en el 2000, Flor Baena. El hijo de la primera y hermano de la segunda Xosé Humberto Baena, había sido fusilado por sentencia de la jurisdicción militar el 27 de setiembre de 1975. El amparo se interpuso en 2002 frente a la denegación por el Consejo Supremo de Justicia Militar de la revisión y eventual anulación de las actuaciones en base a la vulneración de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa y de otras garantías procesales. El Tribunal Constitucional lo deniega sumaria y tajantemente. El auto de inadmisión, de 25 de mayo de 2004, emitido por sala presidida por el referido magistrado Jiménez de Parga, motiva un mínimo, con un único argumento en sustancia, el de que “la Constitución no tiene efectos retroactivos”. No cabe revisar los juicios firmes de “actos del poder público, como la dramática ejecución de una condena a muerte, que pertenecen a la Historia de España anterior al momento de su entrada en vigor”, de la Constitución. He ahí el juego de reclusión en la historia para extracción del derecho.

El recurso de amparo no sólo había alegado derechos fundamentales registrados luego, con posterioridad a la ejecución, en la Constitución, sino también derechos humanos del Derecho internacional. El auto lo ignora, pero no el Ministerio Fiscal en sus alegaciones contrarias a la admisión del recurso. Argumenta que no solo no estaba vigente la Constitución, sino que “tampoco España había ratificado por entonces el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (...); ni es función de este Tribunal, conforme a su reiterada jurisprudencia, velar por la vigencia de los derechos establecidos en los Tratados Internacionales, sino solamente de los garantizados por la Constitución, aunque el contenido de éstos deba interpretarse de acuerdo con aquellos tratados (art. 10.2 CE)”.

En efecto, tal artículo declara eso respecto a todo el Derecho internacional de Derechos Humanos, no sólo al contenido en tratados: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Sin embargo, otros artículos no menos constitucionales (CE, arts. 94.c y 96.1) lo que establecen es algo más: que los tratados debidamente ratificados, inclusive los referentes “a los derechos y deberes fundamentales”, “formarán parte del ordenamiento interno” por encima de las leyes: “Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Así, se sitúan en una posición paraconstitucional.

No deje de repararse tanto en lo que se dice como en lo que se deja de decir, pues todo ello está implicando una deriva del Tribunal Constitucional cuya culminación veremos pronto, tras un excursus sobre el honor. Por lo visto, la dictadura

franquista fue un régimen, no de hecho institucionalizado, sino de derecho pleno, por lo que habrá de juzgarse siempre conforme a sus propios parámetros. Aquello además, se nos asegura, ya es historia, con lo cual ni siquiera cabe el juicio a unos efectos que no sean de historiografía, sino de derecho. Repárese también en lo dicho por el Ministerio Fiscal, con el sintomático silencio cómplice del Tribunal Constitucional, acerca del Derecho internacional de Derechos Humanos contra el tenor mismo de la Constitución.

Y la Constitución se declara irretroactiva, como si los derechos que en ella se registran hubieran sido así creados, y no en cambio reconocidos, y también como si no existieran en el Derecho internacional el reconocimiento, que tampoco la creación, de los derechos humanos. En fin, con todo ello, para esta jurisprudencia la dictadura es asunto de historia, no de derecho, ni constitucional ni internacional ni de derechos por ningún registro. O bien es asunto de derecho, pero del presunto derecho que la propia dictadura estableciera, sin posible contraste de derechos ni constitucionales ni humanos.

Ha habido alguna otra inadmisión, parquísima en argumentos, de recurso de amparo referente a crímenes franquistas. Fue así en 2012 en el caso del poeta Miguel Hernández (Escudero, 2013), quien pereció en prisión en 1942 tras haber sido condenado a pena de muerte (Gutiérrez Carbonell, 1991). En el sitio web del Tribunal Constitucional esto es lo que se dice de esa resolución para no reproducirla: “Este auto no incorpora doctrina constitucional”. También se ha pronunciado en otra línea. En 2004, poco después del auto de inadmisión del recurso de Estrella y Flor, en el caso de la condena a muerte en 1963 de los anarquistas Francisco Granado y Joaquín Delgado (Fonseca, 1998), una sentencia del mismo Tribunal Constitucional había concedido amparo para la revisión de juicios militares del franquismo por el Tribunal Supremo, pero, con la resistencia de su Sala Militar que, pese a la sentencia constitucional, volvió a denegar el acceso a la justicia en 2006, no se ha asentado una práctica de revisión y reparación por parte alguna. No se imprimió un giro. La golondrina no hizo verano. Fue estrangulada por una sala del Tribunal Supremo con fuerte peso de magistrados de procedencia y condición militar (Parada, 1992).

### 3. Excurso: derecho al honor a la española

En el contexto constitucional español, el derecho al honor como límite de unas libertades se presta a confusiones. Suele asimilarse el referido artículo constitucional sobre los derechos de expresión, información, creación e investigación (CE, art. 20) al correspondiente de la Constitución de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz*, art. 5) y de ahí en buena parte procede ciertamente (para el punto del honor: “*Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre*”; “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”). Se recurre en consecuencia a doctrina y jurisprudencia alemanas para una interpretación que se dice constitucional (Solozábal, 1991).

Resulta, empero, que de ahí, de Alemania, no deriva. De ahí, para buena parte de todo el artículo, procede la letra, pero no la música. Esta es española, tanto como la zarzuela. El origen del derecho al honor que se registra en la Constitución como límite de unas libertades es efectivamente casero. Se cifra en un Decreto-Ley sobre libertad de expresión de 1 de abril de 1977, así preconstitucional y anterior también a las primeras elecciones generales, que, a tenor de su contenido, resulta más bien un

decreto sobre el derecho al honor. Arranca su preámbulo vinculando directa y estrechamente lo uno a lo otro: “El derecho de todos los ciudadanos a la libre información como al respeto de su honor y de los demás derechos inherentes a la persona es principio fundamental de todo Estado de Derecho”. Viene a facilitar “la persecución de los delitos de calumnia e injurias” por mera “denuncia de la persona agraviada”, facultando a la justicia para medidas expeditas de secuestro de prensa, otros productos de la imprenta y grabaciones.

Pongámonos en aquellos tiempos, a la salida de la dictadura. No imperaba una idea indistinta del honor. Lo era del hombre más que de la mujer; del terrateniente más que del campesino; del empresario más que del trabajador; del franquista más que del ciudadano o de la ciudadana de a pie. El decreto transpiraba la preocupación por la suerte del honor del propio franquismo. En aquel contexto tan cargado, tanto para el decreto como luego para la Constitución, se podrían haber empleado términos más neutros y realistas. Piénsese pues, haberlos, los hay, aunque apenas exista léxico que se libre de lastres como el sexista. Honor tiene un pedigrí largo en el tiempo y ancho en el espacio (De Pablo, 2014), mas, si la historia y el derecho comparado nos hubieran de obligar, ¿para qué hacer Constitución? ¿A qué ejercer una determinación constituyente?

El decreto de marras estuvo vigente en rigor tan solo un año y unos cuantos meses. Quedó fuera de juego el 29 de diciembre de 1978 por la Constitución, con su alcance derogatorio, y por una ley de tres días antes sobre “protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona”; más regularmente, dado el requerimiento constitucional de que los derechos de libertad sólo puedan regularse por legislación de mayoría parlamentaria cualificada, por obra de la reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica de 21 de mayo de 1980 en la materia de libertades de expresión, reunión y asociación así como de la ley orgánica de 5 de mayo de 1982 “de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” (Carrillo, 2001).

En todo caso, el espíritu del decreto pudo fácilmente traspasar el filtro de la Constitución y de las leyes orgánicas porque había venido a abonar un sentido del honor vinculado a la larga dictadura. La cultura judicial mantuvo casi sin fisuras su conexión con el propio franquismo. Es el honor de los franquistas lo que se va imponiendo en tiempos constitucionales por parte de la justicia frente a las libertades de información y expresión. El decreto era en sí innecesario. Decretos hubo sobre otras libertades, pero no equiparables. Habría bastado con derogar piezas de legislación franquista en la línea marcada, todavía cautamente, por la Ley de 19 de julio de 1976 “sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo”. El decreto sobre libertad de expresión a lo que vino es a defender el derecho al honor, el franquista por supuesto (Espinosa, 2009).

Para más inri, entre el decreto sobre el derecho al honor, perdón, sobre la libertad de expresión y la Constitución hubo novedades que abundaron en la misma dirección. La principal, la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, ley posterior a las elecciones generales, acordada por las Cortes que producirían la Constitución, pero preconstitucional también en todo caso. Esta ley no tiene que hacer referencia al honor, franquista o no franquista, para que juegue decisivamente a favor del primero. Su alcance en principio, por cuanto le interesa, es incierto. En lo que importa a responsabilidades de la dictadura, amnistía a “autoridades, funcionarios y agentes del orden público” (art. 2.e y f), lo que admitiría una interpretación restrictiva por mor del acceso a la justicia. Una amplia gama de personajes franquistas, desde el miembro de un escuadrón de la muerte en el verano de 1936 hasta el magistrado del

Tribunal de Orden Público, la jurisdicción política tardofranquista, o el miembro de las Cortes, valedoras de su legislación, inclusive la más contraria a libertades, quedaba fuera o, al menos, no claramente dentro de esa identificación de sujetos beneficiados por tan elusiva amnistía. Pero hasta el honor de los escuadrones de la muerte o el de una policía dicha civil y en teoría hoy judicial, pero de orden militar, se ha hecho valer por la judicatura (Espinosa, 2009: cap. 1; Del Río y otros, 2013; Chaput y Jurado: 2015).

La cultura jurídica generada por aquella transición política de régimen dictatorial a sistema constitucional dio por hecho no solo que la amnistía del franquismo era general y plena, sino también que la misma se constituía sobre la marcha en el fundamento ultraconstitucional de la Constitución misma. La Ley de Amnistía era preconstitucional y contraria a derechos consignados en la norma constitucional, pero tampoco se planteó el efecto derogatorio por obra de la Constitución sin más. Ha venido funcionando tal amnistía como el principal argumento para el bloqueo por parte de la justicia ordinaria de cara a la criminalidad franquista (Clavero, 2014<sup>a</sup>: caps. 3-5). Con todo, sobre el imperio de la Constitución predomina, incluso con efectos normativos, la leyenda de la Transición, también con mayúsculas (Gallego, 2008).

¿Y de qué honor estamos hablando? El constitucionalismo susodicho que asimila el artículo 20 de la Constitución española al quinto de la alemana da por supuesto que *das Recht der persönlichen Ehre*, el derecho al honor personal, y el *derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen* significan lo mismo: honor, honor y honor. La fórmula española desglosada quiere reforzar. En ese contexto, tales derechos se potencian entre sí. Ahí, como añadidos del derecho al honor (CE, art. 20.4), “intimidad” resulta derecho al secreto, a que no trasciendan cosas con independencia de su relevancia a efectos públicos; y “propia imagen” significa derecho a una reputación aunque no cuente con sustento real y su desvelamiento sea de interés ciudadano. Reiteración hay. Los límites de unas libertades comienzan, como hemos visto, por fijarlos “en el respeto a los derechos reconocidos en este Título”, entre los que ya se encuentran honor, intimidad e imagen (art. 18.1: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”).

Constitucionalmente el honor español es más que la *Ehre* alemana. Dice el diccionario que *Ehre* significa honor y punto, pero resulta que eso no es lo que resulta del derecho. No es lo que se desprende de las respectivas jurisprudencias, la alemana y la española. En Alemania, el honor como límite de libertad presenta un perfil más bajo; ni siquiera se le reconoce autónomamente en la Constitución (Branahl, 2009). Y resulta inconcebible que la *Ehre* sea el honor nazi, aun con todas las limitaciones de la desnazificación (McKale, 2012; Bazylar, 2016). En España, la desfranquización por el Estado apenas se ha emprendido en 2007 con una ley tímida, poco más que simbólica, la conocida como de Memoria Histórica, de nombre oficial impronunciable: “Ley 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”. De resultados de todo ello, un inconsciente Derecho constitucional sigue contaminado por la hipertrofia del honor. Hasta el honor de los muertos, el del dictador inclusive, prevalece.

#### 4. Investigación criminal versus competencia judicial

Queda por ver un episodio, a mi entender el más grave, en la deriva hasta hoy del Tribunal Constitucional respecto a los impedimentos del ejercicio de las libertades de investigación, información y expresión en cuanto interesa a la impunidad del franquismo afectando de paso, con la sentencia que ahora veremos, al sistema

constitucional de autonomías territoriales que viene desde antes subvirtiendo (Aparicio, 2013). Va a ser una vuelta de tuerca realmente impensable incluso desde el panorama que se nos ha venido poniendo de relieve. Vayamos a los antecedentes del caso antes de ocuparnos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional por sentencia en recurso de inconstitucionalidad cuya ponente ha sido la magistrada-catedrática Encarnación Roca Trías.

El 10 de abril de 2015 se promulga una ley de la Comunidad Foral de Navarra “para reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos”. Se prevé reconocimiento y reparación de personas o de familias por daño grave, contra la vida o la integridad física, sufrido desde el 1 de enero de 1950. No hay fijación de fecha para otro tipo de daños. Los criterios se fijan por Derecho internacional: “El concepto de tortura, malos tratos, tratos inhumanos o degradantes será interpretado conforme al artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”; “La Comisión de Reconocimiento y Reparación (...) tendrá competencia directa en cuanto a la fijación e investigación de los hechos con base en instrumentos internacionales homologados, como el Protocolo de Estambul”. El término de 1950 se explica porque ya hay otra Ley navarra, de 2013, para el reconocimiento y reparación de víctimas “a raíz del golpe militar de 1936”. Ambas leyes establecen comisiones de verdad, la Comisión Técnica de Coordinación en Materia de Memoria Histórica en 2013 y la Comisión de Reconocimiento y Reparación en 2015. Solo la segunda se recurre.

¿A qué viene la duplicidad de leyes? ¿A qué, en particular, la segunda? Hay explicación por las peculiaridades que se presentan en la zona vasco-navarra durante la ahí más larga transición entre un régimen dictatorial y un sistema constitucional. Entre los setenta y los ochenta parte de las fuerzas policiales junto a elementos extremistas ejecutan políticas clandestinas de Estado acosando a sectores nacionalistas y extraparlamentarios. Aprovechan posibilidades de la legislación antiterrorista con independencia de que se tratara o no de terroristas, afectando de hecho más, en términos cuantitativos, a quienes no lo eran (Baby, 2018: caps. 6-8). A esto viene que el reconocimiento y la reparación se prolonguen resueltamente más acá de la Dictadura. El Gobierno central, interponiendo el recurso de inconstitucionalidad, y el Tribunal Constitucional, sentenciando en la forma que veremos, parece que se alarmaron porque el esclarecimiento de verdad se extendiese a los tiempos de la Transición, con lo que las responsabilidades pendientes dejaban de recluirse en la historia y podían llegar a afectar al derecho, nada menos que al derecho de los tiempos constituyentes del actual sistema.

La sentencia se suscribe por el Tribunal Constitucional este pasado 19 de julio de 2018. Anula extremos neurálgicos de la ley, centrándose al efecto en cuanto se refiere a la Comisión de Reconocimiento y Reparación. Esta, constata la sentencia, “investiga y verifica por sí misma hechos que podrían ser delitos conforme a lo previsto en el Código Penal”, lo cual estima que se interfiere con cometidos propios de la justicia, con “la competencia exclusiva de este orden jurisdiccional en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal”. “Correspondiendo al Poder Judicial en exclusiva el ejercicio de funciones jurisdiccionales, la atribución a un órgano autonómico, en este caso la ya citada Comisión, de funciones que corresponden al orden jurisdiccional penal contraviene tal reserva y es contraria al artículo 117 CE”, cuyo párrafo tercero dispone que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezca”. Con la

Comisión del caso “se ha venido a establecer un procedimiento de investigación sustraído al Poder Judicial”. “Se interfiere así en el sistema de justicia penal constitucionalmente configurado y se menoscaba el principio de reserva de jurisdicción consagrado” por la misma Constitución.

Tres votos particulares impugnan en toda regla la sentencia de mayoría defendiendo la constitucionalidad de la ley navarra, comenzando por resaltar un par de ellos que tal “principio de reserva de jurisdicción” que viene a sumarse a la reserva de ley representa una novedad para la jurisprudencia constitucional que ni se sustenta en el artículo referido de la Constitución ni se compadece con la práctica ordinaria de concurrencia varia, inclusive por instancias públicas, en la investigación de hechos que pueden resultar delitos. Una cosa es investigar y otra procesar y juzgar, con la imposición correspondiente de condenas en su caso, así como ejecutar lo juzgado, que es lo que, según la Constitución, conforme al citado artículo 117.3, corresponde al aparato de la justicia. Esa es la función judicial. Si hay reserva de jurisdicción, es eso.

El voto del magistrado de procedencia judicial Juan Antonio Xiol Ríos sienta taxativamente que “la supuesta reserva jurisdiccional absoluta en favor del orden penal para la investigación de hechos delictivos carece de todo fundamento constitucional”. Explica que ni siquiera a todos los efectos la justicia penal cuenta con la exclusiva del ejercicio de un poder de castigar. Existe el Derecho administrativo sancionador en manos del ejecutivo con los límites establecidos por la propia Constitución: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad” (CE, art. 25.3). La privación de libertad marca la frontera más clara de la reserva de jurisdicción a la justicia penal. A esto se añade que la investigación, la sola investigación, incluso de delitos que pudieran deparar, ya en sede judicial, penas de privación de libertad tampoco es exclusiva de la justicia. No tiene por qué conducir siempre a procedimiento penal. Baste pensar en las comisiones de investigación en el ámbito parlamentario previstas constitucionalmente (CE, art. 76). Las mismas posibilidades existentes “de instrucción penal bajo la dependencia directa del Ministerio Fiscal relegando a los órganos judiciales a una posición de garantía de los Derechos fundamentales”, aunque no esté prevista por la Constitución, hacen ver hasta qué punto no rige el presunto principio de reserva jurisdiccional tan a ultranza.

Y aquí entra la cuestión de las comisiones de verdad o, reductivamente, “la función prestacional del moderno Estado social y democrático de derecho en la atención a las víctimas de delitos” a cuyo fin pueden desde luego constituirse y operar, entre otras posibilidades, tales comisiones. “Una de las manifestaciones de esa función prestacional ha sido la asunción por parte del Estado de la indemnización de los daños causados por la comisión de delitos de terrorismo, que tuvo una consagración muy temprana en el actual régimen constitucional”. “Una posición como la mantenida por la opinión mayoritaria y reflejada en la Sentencia sobre la existencia de un supuesto principio constitucional de reserva jurisdiccional del orden penal en la investigación de delitos determinaría que quedase vedada la posibilidad de que la Administración pública pudiera desarrollar esta labor prestacional sin que previamente hubiera existido un pronunciamiento de la jurisdicción penal sobre la existencia del hecho y su carácter delictivo”. La Comisión de Reconocimiento y Reparación de la Ley navarra de 2015 encajaría sin mayor problema en este cuadro.

“La aplicación de este principio (de reserva jurisdiccional, prosigue este voto particular) en este caso resulta, además, lesivo del derecho de las víctimas a la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, tal como está actualmente configurado en el derecho internacional y regional europeo de

los Derechos humanos”. Entra así con valor normativo la configuración complementaria de derechos por el derecho internacional, lo que también reviste novedad en los usos ordinarios del Tribunal Constitucional. “El derecho de las víctimas a la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición hace tiempo que dejó de ser *soft law* y ha pasado a formar parte integrante del Derecho internacional y regional europeo de los Derechos humanos”. El voto particular entiende que así estamos ante un derecho que ha de reconducirse al “diálogo entre tribunales de Derechos Humanos, independientemente de su carácter nacional, regional o internacional”. “Este Tribunal Constitucional lo es”, tribunal de Derechos Humanos. “No es comprensible que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia no haya considerado necesario hacer ninguna reflexión sobre el particular”, dado además que se ha insistido en ese punto del derecho internacional durante las deliberaciones.

Hay algo, sin embargo, que no rige. Con toda la fuerza de unos argumentos, falla la articulación entre Derecho constitucional y Derecho internacional, un rasgo que veremos cómo comparten los otros dos votos particulares. Aun identificándose derechos constitucionales y derechos humanos, estos siguen ofreciendo la impresión de que se yuxtaponen como un elemento exterior. La ocurrencia del diálogo entre tribunales como gozne entre constitucionalismo y iusinternacionalismo resulta extremadamente débil a los mismos efectos normativos. Se da la sensación de improvisación en la colación clave del Derecho internacional. Puede haber en el caso de este voto una razón. Poco antes de acceder al Tribunal Constitucional, en 2012, el entonces magistrado del Tribunal Supremo Juan Antonio Xiol Ríos amparó el honor franquista frente a las libertades de investigación, información y expresión sin acordarse todavía para nada del Derecho internacional (Espinosa, 2013: cap. 12). Pero las dificultades, como veremos, son comunes a los tres votos particulares. El problema no es sólo de carácter personal.

El voto particular ha entrado en un terreno más de opción desiderativa que de argumentación normativa. No obstante, sigue presentando interés la prosecución de su razonamiento. “No tengo inconveniente en admitir que la conformación de comisiones de la verdad como alternativa al cumplimiento de la función clásica del Poder Judicial de intervenir –directa o indirectamente– en establecer con todas las garantías procesales una verdad jurídica ofrece el riesgo de la marginación de funciones constitucionales tradicionalmente reservadas a los órganos judiciales y de la sustracción de los derechos procedimentales que garantiza su intervención. Por eso creo que el Tribunal Constitucional español ha perdido una inmejorable ocasión para contribuir a ese esfuerzo regional e internacional en la construcción del derecho a la verdad intentando aportar una respuesta que superara estas objeciones”. Luego reflexionaremos.

El voto particular de la magistrada-catedrática María Luisa Balaguer, al que se suma el magistrado-catedrático Fernando Valdés Dal Ré, amplía la información sobre el Derecho internacional de Derechos Humanos que habría de tomarse en consideración, pero no por ello mejora su articulación con el orden constitucional. “La Sentencia se desarrolla eludiendo por completo el examen de la cuestión desde la perspectiva de los Derechos Humanos y de la noción del ‘derecho a la verdad’”. “Especialmente importante es el informe sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición que el relator especial emitió en relación con España con fecha 22 de julio de 2014”. “Si nos atenemos al derecho a la verdad, tal y como ha sido configurado en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y a los principios que lo integran y lo sustentan, así como a cuanto se pone de relieve en el informe del relator especial sobre España, particularmente en relación con la inadecuación del cauce penal para la determinación de la verdad y

la reparación de las víctimas, por los obstáculos que conlleva, tendríamos que concluir, necesariamente, que la Ley Foral impugnada resulta totalmente acorde con tales principios”.

He ahí un salto entre el mundo y Navarra por encima de lo que debiera ser el gozne preciso del Derecho constitucional avalando esa aplicación directa de derecho internacional. Como catedrática, Balaguer no se ha caracterizado por cuidar el detalle de tal articulación. No lo ha hecho al ocuparse de los derechos al honor y a la información (Balaguer, 1992 y 2013). Valdés Dal Ré, por su parte, ha incidido en la dinámica de los derechos en un ordenamiento que ya es de diversos niveles entre constitucionalismo y iusinternacionalismos, pero para el europeo más que para el global y tan sólo para su ámbito de especialidad, el del derecho del trabajo (Valdés Dal Ré, 2016); en todo caso, sin que la integración se refleje en el voto particular al que se suma. Como en el voto de Xiol Ríos, no puede evitarse la sensación de improvisación en esta repentina colación de Derecho internacional por la minoría. Cabe añadir que la ponente en este caso, Encarna Roca, tampoco se ha significado como catedrática por articular los diversos niveles del actual ordenamiento de derechos aunque haya contribuido a algún intento (Roca y García Couso, 2017). Nunca, sin embargo, había mostrado el desprecio por el Derecho internacional de Derechos Humanos que la sentencia transmite con su silencio. A la luz de su obra académica, la verdad es que el tenor de su ponencia resulta incomprensible.

El restante voto particular, del magistrado de procedencia judicial Cándido Conde-Pumpido, insiste en que la sentencia “no tiene en cuenta el contexto jurídico internacional, estatal y autonómico” de la ley impugnada, con esta constatación de entrada: “La Ley Foral se inserta en un cuerpo de principios y directrices del Derecho internacional humanitario”, expresión esta de humanitario que, a efectos prácticos, resta valor normativo al Derecho internacional de Derechos Humanos y que tampoco nos sitúa en un terreno que pueda articularlo con el Derecho constitucional. “Ese cuerpo de principios y directrices (de Derechos Humanos) no constituyen, ciertamente, más que *soft law*, pero eso no les priva de valor hermenéutico vía artículo 10.2 CE a la hora de interpretar los preceptos constitucionales”, olvidándose de los referidos artículos igualmente constitucionales 94.c y 96.1 que confieren valor normativo de *hard law*, paraconstitucional por supralegal, a los tratados de Derechos Humanos. Para mayor debilidad, el voto argumenta que la Comisión navarra no puede invadir el campo de la justicia penal porque “la legislación de amnistía cierra el paso”, como si esto no suscitase serios problemas tanto constitucionales como de Derecho internacional. También con esto olvida que la ley navarra se extendía a hechos presumiblemente delictivos posteriores a la amnistía de 1977 y con los que la justicia se había portado de forma bastante complaciente, no digamos la policía (de nuevo, Baby, 2018: caps. 6-8). Recordemos que, como Fiscal General del Estado, Conde-Pumpido había contribuido a bloquear el acceso a la justicia de reclamaciones contra crímenes de la Dictadura (Palou-Laverdos, 2016). No es el único que está ahora improvisando sobre la marcha.

Hay algo todavía en común entre sentencia y votos particulares, la patente ineptitud jurisdiccional. Alguien con malicia podría husmear un tufillo de prevaricación. Por todos los visos, ante el temor de la extensión de una comisión de verdad a tiempos posteriores a la Dictadura, se tomó una decisión política enseguida revestida por un argumento jurídico insostenible a la luz de los votos particulares, cuya argumentación constitucional y de Derecho internacional la sentencia elude por completo. Cargados en esto los tres votos y los cuatro magistrados disidentes de razón, todos manifiestan que defendieron sus posiciones durante las deliberaciones chocando con el muro del cierre en banda de la mayoría. La sentencia tampoco debate los argumentos de los votos particulares. Los ignora. Mantiene impasiblemente su invención de un principio

constitucional sin sustento en la Constitución, el de reserva de investigación, poniendo virtualmente fuera del orden constitucional toda práctica de comisión de verdad. Por el tenor de la sentencia, no hay que descartar que ese sea el objetivo último deliberado.

Llama poderosamente la atención que la sentencia no haga referencia alguna al Derecho internacional de los Derechos Humanos, el principal argumento de los votos disidentes junto a la inexistencia de la reserva de jurisdicción a ultranza. Estaba obligada a hacerlo no solo porque lo invoca y asume la Ley navarra como hemos visto, sino también y sobre todo porque lo alega la parte recurrida, esto es, los mismos Gobierno y Parlamento de Navarra. El primero además hace referencia a una clave que incluso los votos particulares desaprovechan: “Son muchos los tratados y textos internacionales a traer aquí a colación, con arreglo a los artículos 96 y 10 CE, en muchos de los cuales se reconoce el derecho de las víctimas a una reparación”. Ahí, en el 96 ya referido, se tiene el gozne de la necesaria articulación entre Derecho internacional de Derechos Humanos y derecho constitucional, pero para la sentencia y los votos ese artículo constitucional sobre el valor de los tratados no existe.

Lo citado pertenece al resumen que ofrece la sentencia, entre sus antecedentes, de las alegaciones del Gobierno de Navarra. Efectivamente, las mismas se refieren al artículo 96 de la Constitución, pero con un desarrollo que no se reflejan en absoluto en dicho resumen: “Son muchos los tratados y textos de Derecho internacional que es preciso traer aquí a colación (...) conforme al artículo 96 de la Constitución”, deteniéndose en ello lógicamente. Lo propio hacen las alegaciones del Parlamento de Navarra. El resumen de los antecedentes elimina cuanto no interesa a una sentencia que elude la clave del Derecho internacional de Derechos Humanos cuyos tratados ratificados por España forman parte integrante, conforme a dicho artículo, del ordenamiento español de forma indisponible, lo mismo que para la ley, para el propio Tribunal Constitucional. Si tergiversación significa algo, he ahí un patente ejemplo.

Con más supuestos de comisiones de verdad, bajo uno u otro nombre, en diversas Comunidades Autónomas, pues Navarra no es caso único (Cuesta y Odriozola, 2018), puede que veamos más, bastante más, si una mayoría de ese carácter se mantiene y reproduce en el interior del Tribunal Constitucional sin contrapeso interior de entidad. Ya se ve cómo funciona. Lo primero es la decisión política; lo último, el revestimiento jurídico con la inventiva que haga falta y la ignorancia que convenga afectarse o que realmente se tenga. Así se degrada la deliberación jurisdiccional, si no el mismo procedimiento constitucional. Hubo tiempos en los que el Tribunal Constitucional daba ejemplo de colegialidad jurisdiccional, aun siempre con la deficiencia de no celebrar audiencias públicas que extendiesen la deliberación a la representación de las partes. La falta de transparencia permite excesos. No sabríamos hasta qué punto se ha degradado la colegialidad si no fuera por la indiscreción de unos votos particulares frente a la práctica imperante bien dudosa de guardarse secreto absoluto sobre las deliberaciones.

## 5. Conclusión: bloqueo constitucional y Derecho internacional

Aparentemente, unas sentencias del Tribunal Constitucional se sitúan en dirección diversa. Por una parte, la del caso Trías Bertrán defiende el esclarecimiento de la verdad por medio de la historiografía y del periodismo que investiguen con responsabilidad cívica sobre los tiempos de la Dictadura franquista. Por otra parte, la sentencia sobre la última Ley navarra de reconocimiento y reparación no niega dicha posibilidad, pues ni la menciona, pero deniega a las entidades públicas no judiciales capacidad para ocuparse también de la tarea aunque sea con fines tan justos como

los reparativos. En suma, una sentencia afirma el derecho a la verdad y la otra lo niega. Pareciera existir una línea, la del caso Delgado-Granado, amparando el acceso a la justicia y otra, la del caso Miguel Hernández, encubriendo la impunidad del franquismo.

Sin embargo, hay un patrón y es negacionista. Un hilo rojo enhebra las consignas de historia para la historiografía y de derecho para la judicatura, para un aparato judicial sumido en una cultura jurídica que sella la impunidad de una dictadura y que se ensimisma en su condición profesional. Constitucionalmente, inclusive para el curso de la historia constitucional en España, ante la dificultad efectiva de apreciar en los casos concretos límites de las libertades de expresión e información ante derechos de la personalidad, la competencia correspondería mejor al jurado ciudadano (Marcuello, 1999). De esto, de la conveniencia de empleársele en todo conflicto judicializado entre libertades de alcance social y derechos de carácter personal, ni se habla en esa cultura.

El Derecho internacional actual de Derechos Humanos, como se nos ha dicho por unos votos particulares del caso Comisión de Navarra, viene tomando en consideración los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a garantías de no repetición. Aquí, en España, con todo lo visto, la jurisprudencia constitucional acerca de la dictadura franquista puede reconocer el derecho a la verdad, pero no el derecho a la justicia. La reparación se entiende que es cosa administrativa, propia del ejecutivo, añadiéndose ahora que sin atribuirse funciones de esclarecimiento sobre conductas y acontecimientos que pudieran implicar delito. Es otra vuelta de tuerca respecto a unos precedentes jurisprudenciales del propio Tribunal que ni la sentencia ni los votos particulares recuerdan. Operan como si estuvieran estrenando jurisprudencia a la carta. Se está, según todos los visos, improvisándola.

La jurisprudencia constitucional ha entrado de este modo por una vía que conduce a la retirada del primer derecho en ese encadenamiento lógico, para situaciones posdictatoriales o de otro modo socialmente traumáticas, de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, el derecho a la verdad. Se habla también desde las instancias internacionales de justicia transicional a todos estos efectos, pero en la España posfranquista respecto a la Dictadura no ha habido justicia ninguna, ni transicional ni no transicional. En esas estamos a estas alturas, cuando, por ley de vida, esto es, por ley de muerte, van desapareciendo las responsabilidades personales respecto a las que pudiera actuar la justicia penal. Ahora, con esto, serían aún más necesarias las comisiones de verdad, estas frente a las cuales el Tribunal Constitucional sale al paso.

El Tribunal Constitucional no está evidentemente por la labor. Hemos visto cómo tira por la borda, de una forma tan irresponsable que parece inconsciente, esa práctica tan socialmente terapéutica de las comisiones de verdad, unas comisiones no menos plausibles porque provoquen tensión con los cometidos de la función judicial. Se han de cubrir necesidades que esta última por sí sola no acaba de verse en condiciones de satisfacer (Schabas y Darcy, 2004). Por Latinoamérica se tienen ejemplos en castellano y en portugués (Clavero, 2014c). Conviene verse el informe de 2014 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre *Derecho a la Verdad*. En la jurisprudencia europea no hay nada equivalente. Entre los Estados del continente europeo lo que tenemos es la evidencia de la singularidad española (Koposov, 2018).

Con los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición, el mismo aparato judicial se ve ciertamente ante la tesitura de que se le pudieran encomendar funciones que no entran tradicionalmente entre sus

competencias y para las que además no se encuentra preparado o ni siquiera dotado de medios. Para eso se han inventado las comisiones de la verdad y similares, esta práctica que el Tribunal Constitucional ahora intenta situar fuera de la Constitución. Mas no nos llamemos a engaño. Si se cancela de ese modo el derecho a la verdad, desaparece inmediatamente el derecho a la justicia, este derecho cuya realización no tiene por qué ser exclusiva del aparato judicial. Ya debería por comenzar siendo competencia de jurado. Y pueden serlo también de comisiones de verdad, llámeseles como se les llame.

En los comienzos de esta jurisprudencia tan deslavazada como coherente, pareció reforzarse el derecho a la investigación respecto a la criminalidad de la dictadura franquista. Ahí que aparentemente se animó a la historiografía para que cubriera esa función de comisión de la verdad. Con ello, sin embargo, lo que se pretendió y consiguió fue recluir en la historia las responsabilidades franquistas para eximirlas del derecho. Era un primer paso por el sendero negacionista que culmina de momento con la última sentencia sobre Navarra. Un hijo de Carlos Trías Bertrán muy reivindicativo de la memoria de su padre, el abogado y político Jorge Trías Sagnier, había sido defensor, sin cobrar honorarios y con éxito, de Violeta Friedman, víctima del nazismo, frente al negacionismo rampante del belga nazi-franquista León Degrelle (Espinosa, 2013: cap. 2). No resulta un caso singular. Es la combinación usual entre negacionismo de cara al franquismo y antinegacionismo frente al nazismo. Lo segundo también sirve para encubrir lo primero. En España lo hace, lo mismo que el antiterrorismo del presente suele tender un velo sobre la indulgencia con el franquismo.

¿Y qué decir del juego de la libertad de investigación en este tracto jurisdiccional? En el caso Trías Bertrán el Supremo lo colacionaba para reforzar las libertades de información y de expresión frente a un derecho al honor clamorosamente inmerecido. El Tribunal Constitucional lo erige en la clave para la resolución del caso en tal misma dirección. Para ambos tribunales se trata específicamente de “libertad científica del historiador”. En este sentido historiográfico, nadie, ninguna de las partes, había puesto en cuestión el derecho a la investigación. Es el Tribunal Constitucional el que lo hace protagonista. Ya sabemos que, para hacerlo, convierte a Dolors Genovés en historiadora. Concurren “en su persona la condición de historiadora y periodista”, es algo que reiteradamente afirma para reconocerle el derecho a la investigación. ¿Quién necesita la venia del Tribunal Constitucional para investigar la historia o para ejercitar la memoria? Nadie se lo pide ni lo espera. Las dificultades son otras (Espinosa, 2015).

Con tanta prestidigitación el Tribunal Constitucional lo que hace es sustraer del caso de la impunidad de la dictadura la cuestión de derecho. Sobre la posibilidad de reconocerlo como asunto pendiente de justicia no hubo ni hay pronunciamiento de su jurisprudencia. Se evitó el compromiso con la inadmisión del amparo por el fusilamiento prácticamente extrajudicial de Xosé Humberto Baena. Y así hasta hoy. En 2012, el auto de inadmisión del recurso de amparo respecto a la imposición de pena capital y muerte en prisión de Miguel Hernández hemos visto que ni siquiera se reproduce, por inmotivado, en el sitio web del Tribunal Constitucional. Querrá evitarse el bochorno. Así también se degrada la jurisdicción constitucional. Abundan en la degradación otras prácticas como la vista, en el caso Comisión de Navarra, de tergiversación jurisprudencial interesada de alegaciones de parte recurrida.

Aparte de que la misma Constitución así lo requiera (CE, arts. 10.2 y, fundamentales al efecto, 94.c y 96.1), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está precisada de Derecho internacional de Derechos Humanos. No solo se trata de la temática actual de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, sino

también de la precedente y más consolidada sobre la determinación de los crímenes contra la humanidad y de su carácter eventualmente imprescriptible, lo cual, mediando tratados ratificados por España, puede vincular a la justicia por encima de las leyes y junto a la Constitución. Remitámonos por enésima vez a los artículos constitucionales sobre el valor normativo de los tratados de derechos humanos (CE, arts. 94.c y 96.1). Ha caído en saco roto la indicación navarra al Tribunal Constitucional de que los atienda. Dicho valor, en lo que interesa a Derechos Humanos, sigue fuera del radar del Tribunal Constitucional en particular y de la cultura judicial española en general (Chinchón, 2011). Una de las famosas sentencias del caso Baltasar Garzón, la absolutoria, no la condenatoria, lo evidencia de pleno (Espinosa, 2013: cap. 13; Clavero, 2014a: cap. 6).

Algo bueno hemos visto en nuestro repaso tan deprimente de jurisprudencia: la irrupción final del Derecho internacional de Derechos Humanos. También hemos podido contemplar hasta qué punto la incursión resulta atropellada, como un asidero de salvavidas ante el anegamiento negacionista de la jurisprudencia constitucional sobre la dictadura franquista y sus secuelas. Es signo de que el problema no es sólo del Tribunal Constitucional, sino también y con anterioridad de esa misma cultura judicial, de toda ella. Comienza siendo problema de la enseñanza profesional y de la socialización ciudadana del derecho a cuarenta años de la Constitución (Escudero y Martín, 2018). La responsabilidad no recae exclusivamente en el Tribunal Constitucional.

## 6. Colofón: conveniencia de la comparación

Interesaría desde luego, mas ya no cuento aquí con espacio ni aunque me limitase a las latitudes que en mayor grado domino, las de Estados de lengua oficial española, normalmente hoy junto a lenguas indígenas. Siempre podría seleccionarse un caso que ofreciera contraste suficiente. Pudiera ser el de Colombia.

Cabría que lo fuera tanto respecto al ejercicio de la jurisdicción constitucional con práctica de audiencias públicas incluso para el seguimiento de la ejecución de sentencias (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010), como respecto a la adopción del control de convencionalidad (Quinche, 2014), esto es, de la asunción, cuales parámetros normativos junto al constitucional estricto, de los tratados de Derechos Humanos y la correspondiente jurisprudencia internacional, una jurisprudencia desarrollada no sólo por tribunales, sino también por instancias no estrictamente judiciales de Naciones Unidas (Clavero, 2014b y 2016). Junto a las comisiones de verdad (Jaramillo, 2014), son asignaturas todas ellas pendientes para España.

La comparación sería ciertamente reveladora. Mientras que la República de Colombia se instala en un estado crónico de justicia transicional (Díaz Pabón, 2018), el Reino de España se encuentra al respecto ayuno de justicia sin más (reiteremos: Casanova, 2004; Espinosa, 2009; Chinchón, 2012, Jiménez Villarejo y Doñate, 2012; Escudero y Pérez González, 2013; Clavero, 2014a; Anderson y del Arco, 2015; Jimeno, 2018). Con mayor conocimiento de causa y, sobre todo, con constancia contrastada de alternativas, lo que hace buena falta, tendríamos una ratificación de las conclusiones.

## Bibliografía

- ANDERSON, P. y DEL ARCO, M. A. (Eds.) (2015), *Mass Killing and Violence in Spain, 1936-1952: Grappling with the Past*, Routledge, Nueva York.
- APARICIO, M. A. (2017), “Los últimos cuarenta años de reorganización territorial de España”, *Ius Fugit. Revista de Cultura Jurídica*, núm. 20, pp. 15-46.
- BABY, S. (2018), *El mito de la transición española. Violencia y política en España, 1975-1982*, Akal, Madrid.
- BALAGUER, M. L. (1992), *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid.
- BALAGUER, M. L. (2013), *Derecho de la información y de la comunicación*, Tecnos, Madrid.
- BAZYLER, M. (2016), *Holocaust, Genocide, and the Law: A Quest for Justice in a Post-Holocaust World*, Oxford University Press, Nueva York.
- BRANAHL, U. (2009), “Der Schutz der persönlichen Ehre“. En BRANAHL, U., *Medienrecht. Eine Einführung*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Heidelberg, pp. 101-123.
- CARRILLO, M. (2001), “El marco jurídico-político de la libertad de prensa en la transición a la democracia en España, 1975-1978”, *Historia Constitucional*, núm. 2, pp. 1-42.
- CASANOVA, J. (Ed.) (2004), *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Crítica, Barcelona.
- CHAPUT, M. C. y JURADO, J. (2015), “‘El Crimen de Cuenca’ y ‘Rocío’ o los límites de la libertad”, *Área Abierta*, núm. 15-3, pp. 3-17.
- CHINCHÓN, J. (2011), “Las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos estatales: De la aplicación indirecta y directa del derecho internacional por el juez español”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 14, pp. 167-193.
- CHINCHÓN, J. (2012), *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Instituto de Derechos Humanos Padre Arrupe, Bilbao.
- CLAVERO, B. (2005), “Europa hoy entre la historia y el derecho, o bien entre postcolonial y preconstitucional”, *Quaderni Fiorentini*, núm. 33-34, pp. 509-607.
- CLAVERO, B. (2014a), *España 1978. La amnesia constituyente*, Marcial Pons, Madrid.
- CLAVERO, B. (2014b), *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Trotta, Madrid.
- CLAVERO, B. (2014c), “Comisiones de la Verdad en América y no en España”, publicado en “eldiario.es”, 17 de diciembre de 2014.
- CLAVERO, B. (2016), *Constitucionalismo latinoamericano. Estados criollos entre pueblos indígena y derechos humanos*, Olejnik, Santiago de Chile.
- CUESTA, J. L. y ODRIÓZOLA, M. (2018), “Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, art. 8.
- DEL RÍO, A., ESPINOSA, F. y TIRADO, J. L. (Eds.) (2013), *El caso Rocío. La historia de una película secuestrada desde la Transición*, Aconcagua, Sevilla.
- De PABLO, A. (2014), *Los derechos contra el honor en el derecho penal español y en el derecho comparado*, tesis doctoral, Universidad de Valladolid.
- DÍAZ PABÓN, F. A. (Ed.) (2018), *Truth, Justice and Reconciliation in Colombia: Transitioning from Violence*, Routledge, Nueva York.
- ESCUADERO ALDAY, R. (2013), “Los tribunales españoles ante la memoria histórica: el caso de Miguel Hernández”, *Hispania Nova. Revista Electrónica de Historia Contemporánea*, núm. 11, art. 21.

- ESCUADERO ALDAY, R. y PÉREZ GONZÁLEZ, C. (Eds.) (2013), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Trotta, Madrid.
- ESCUADERO ALDAY, R. y MARTÍN, S. (Eds.) (2018), *Fraude o esperanza. 40 años de Constitución*, Akal, Madrid.
- ESPINOSA, F. (2009), *Callar al mensajero. La represión franquista entre la libertad de información y el derecho al honor*, Península, Barcelona.
- ESPINOSA, F. (2013), *Shoot the Messenger? Spanish Democracy and the Crimes of Francoism: From the Pact of Silence to the Trial of Baltasar Garzón*, Sussex Academic Press, Eastbourne (versión ampliada y actualizada de Callar al mensajero).
- ESPINOSA, F. (2015), *Lucha de historias, lucha de memorias. España, 2002-2015*, Aconcagua, Sevilla.
- FONSECA, C. (1998), *Garrote vil para dos inocentes. El caso Delgado-Granado*, Temas de Hoy, Madrid.
- GALLEGO, F. (2008), *El mito de la transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia, 1973-1977*, Crítica, Barcelona.
- GUTIÉRREZ CARBONELL, M. (1991), "Un proceso histórico: Miguel Hernández", *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, núm. 6, pp. 119-138.
- JARAMILLO, J. (2014), *Pasados y presente de la violencia en Colombia. Estudio sobre las Comisiones de Investigación, 1958-2011*, Universidad Javeriana, Bogotá.
- JIMÉNEZ, C. y DOÑATE, A. (2012), *Jueces, pero parciales. La pervivencia del franquismo en el Poder Judicial*, Pasado y Presente, Barcelona.
- JIMENO, R. (2018), *Amnistía, perdones y justicia transicional. El pacto de silencio español*, Pamiela, Arre.
- KOPOSOV, N. (2018), *Memory Laws, Memory Wars: The Politics of the Past in Europe and Russia*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MARCUELLO, J. I. (1999), "La libertad de prensa y su marco legal en la España liberal", *Ayer. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 34, pp. 65-91.
- MCKALE, D. M. (2012), *Nazis after Hitler: How Perpetrators of the Holocaust Cheated Justice and Truth*, Rowman and Littlefield, Lanham.
- O'CALLAGHAN, X. (1991), *Libertad de expresión y sus límites. Honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- PALOU-LAVERDOS, J. (2016), "L'anul·lació del judici contra el President Companys: una qüestió de justícia", *Butlletí de la Societat Catalana d'Estudis Històrics*, núm. 27, pp. 411-437.
- PARADA, R. (1992), "Toque de silencio por la justicia militar", *Revista de Administración Pública*, núm. 127, pp. 7-43.
- QUINCHE, M. F. (2014), *El control de convencionalidad*, Temis, Bogotá.
- RAGUER, H. (1984), *Divendres de Passió. Vida i mort de Manuel Carrasco i Formiguera*, Biblioteca Abat Oliba, Barcelona; 3ª ed. revisada y ampliada, 2015.
- ROCA TRÍAS, E. y GARCÍA COUSO, S. (2017), "¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, pp. 529-548.
- SALVADOR, P. (2004), "Summaríssim 477: ¿juicio final?", publicado en "El País", 12 de abril de 2004.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. y RODRÍGUEZ FRANCO, D. (2010), *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá.
- SCHABAS, W. y DARCY, S. (Eds.) (2004), *Truth Commissions and Courts: The Tension between Criminal Justice and the Search for Truth*, Kluwer, La Haya.
- SOLOZÁBAL, J. J. (1991), "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, pp. 73-113.

TRÍAS, E. (2003), *El árbol de la vida. Memorias*, Destino, Barcelona.  
 VALDÉS DAL RÉ, F. (2016), *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales. Luces y sombras*, Bomarzo, Albacete.

**Directorio** (por orden de referencia en el texto; visita de revisión final, 30/XI/2018):

- [http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf): Constitución Española.
- <https://www.youtube.com/watch?v=6qGZTpD4zqE>: Dolors Genovès, *Sumaríssim* 477.
- <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2004-7369.pdf>: Sentencia del Tribunal Constitucional en recurso de amparo de los hermanos Trías Sagnier.
- [https://www.youtube.com/watch?v=IRsimQ\\_vYUc](https://www.youtube.com/watch?v=IRsimQ_vYUc): *Septiembre de 75*, caso de Xosé Humberto Baena.
- <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/19756>: Auto de inadmisión del recurso de amparo en el caso de Xosé Humberto Baena.
- <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5128>: Sentencia sobre la revisión del juicio militar de Francisco Granado y Joaquín Delgado.
- <https://www.bundestag.de/grundgesetz>: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
- <https://www.boe.es/boe/dias/1977/04/12/pdfs/A07928-07929.pdf>: Decreto-ley de 1977 sobre libertad de expresión (y derecho al honor).
- <https://www.boe.es/boe/dias/1979/01/03/pdfs/A00076-00078.pdf>: Ley de 1978 para protección de derechos de la persona.
- <https://www.boe.es/boe/dias/1980/06/13/pdfs/A13096-13097.pdf>: Reforma del Código Penal de 1980 en materia de libertades.
- <https://www.boe.es/buscar/pdf/1982/BOE-A-1982-11196-consolidado.pdf>: Ley orgánica de 1982 sobre protección civil de derechos.
- <https://www.boe.es/boe/dias/1976/07/21/pdfs/A14135-14136.pdf>: Reforma del Código Penal de 1976 en materia de derechos.
- <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-22296-consolidado.pdf>: Ley llamada impropriadamente de Memoria Histórica.
- <https://www.boe.es/boe/dias/2018/08/17/pdfs/BOE-A-2018-11698.pdf>: Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley navarra de reconocimiento y reparación de 2015.
- <https://www.boe.es/boe/dias/2015/05/05/pdfs/BOE-A-2015-4952.pdf>: Ley navarra de 2015 de reconocimiento y reparación de víctimas.
- <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>: Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf>: Protocolo de Estambul para la investigación de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- <https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/20/pdfs/BOE-A-2013-13351.pdf>: Ley navarra de 2013 de reconocimiento y reparación de víctimas.
- <https://www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/Index.aspx>: Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.
- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/090/55/PDF/G1409055.pdf?OpenElement>: Informe sobre España del Relator sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.
- <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>: Informe sobre derecho a la verdad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.