

## 5. Anexo:

Ponencia de Jon-Mirena Landa

### VÍCTIMAS DEL ESTADO: OBSTÁCULOS Y OPORTUNIDADES



Jon Mirena Landa durante su intervención.

## **1. PUNTO DE PARTIDA: LA ASIMETRÍA.**

La violencia política en el Estado español ha sido objeto de un tratamiento radicalmente distinto según sea la autoría de los hechos. Al parecer, las muertes, lesiones, secuestros, agresiones sexuales, amenazas, etc, no importan tanto por lo que suponen sino por quién los comete. Mientras la violencia y el terrorismo de las distintas ETA ha sido, en términos generales, perseguido, investigado, procesado, condenado penalmente y ejecutados los castigos, en el caso de la violencia ilegítima del Estado, en términos generales, ha prevalecido, y sigue prevaleciendo, la impunidad, la ausencia de voluntad real de investigar, procesar o condenar penalmente. Prevalece, en definitiva, la negación de su existencia y la resistencia al reconocimiento incluso extrajudicial de los hechos. Esta asimetría radical que se resume, gráficamente, en la acepción “víctimas de primera” y “víctimas de segunda”, se materializa, incluso hoy en día, a través de un conjunto de obstáculos que brevemente conviene resaltar a continuación.

## 2. DICTADURA.

Antes de la aprobación y entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 (CE 1978) las ejecuciones extrajudiciales, las torturas, las desapariciones forzadas, las agresiones sexuales, las detenciones ilegales y secuestros, las amenazas y demás violaciones graves de los derechos humanos, motivadas políticamente, prototípicamente crímenes de Estado, se desenvolvían de forma sistemática en el contexto y con el arropo de una cruenta dictadura. El obstáculo para reconocer e identificar los crímenes y para hacer cualquier tipo de justicia, se remite a la existencia misma del régimen y las fuerzas (policiales, militares, judiciales, políticas, eclesiásticas, mediáticas, económicas, intelectuales...) que lo sustentaban.

### **3. DEMOCRACIA.**

Es a partir de la vigencia formal del Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE) cuando los obstáculos se despliegan de una forma adaptada al nuevo marco jurídico-político.

#### **3.1. AMNISTIA Y OTROS OBSTÁCULOS.**

Un primer obstáculo mayor fue una declaración general de amnistía que más allá de la supresión de responsabilidades penales se convirtió, de facto y con el paso del tiempo, en una especie de “memoricidio”. La amnistía técnicamente hace desaparecer la responsabilidad penal de los autores de graves crímenes; pero no implica ni debe suponer una desatención a las víctimas, ni tampoco impedir que se reconozcan los hechos.

Pero yendo mucho más allá de lo que es una amnistía en sentido técnico, la dinámica jurídica del borrado de las responsabilidades penales se combinó, desde el principio, con un impulso político de desentenderse completamente del pasado según una particular acepción del modelo de la Transición que llevó a galvanizar un olvido total y completo de lo que pasó: como si nada hubiera ocurrido.

Era como si las responsabilidades penales, pero también los hechos y las víctimas “perdedoras” se hubieran volatilizado. La actuación de los “vencedores” de la guerra civil y su implicación directa en los crímenes de guerra y la cruenta represión hasta 1978 se diluían en una especie de versión canónica según la cual todo fue resultado de la “locura fratricida” en la que “ambos bandos” cometieron excesos. Unas víctimas habían sido objeto de todo tipo de homenaje y reconocimiento; otras de persecución y humillación. Pero se nivelaron sus responsabilidades haciendo tabla rasa de cualquier escrutinio serio de la criminalidad de Estado desplegada con la vista puesta en un futuro redentor de los “demonios del pasado”.

Para cerrar el círculo de la amnistía, el miedo que pervivía en la Transición azuzado por una ausencia general de depuración del Ejército, los cuerpos y fuerzas de seguridad, el poder judicial y la administración, llevó a una parálisis en las demandas de verdad, justicia o reparación.

Los intentos de conocer los hechos se encontraron además con la Ley de Secretos Oficiales, las dificultades e imposibilidad (jurídica y fáctica) del acceso a los archivos, o la denegación de la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso a la jurisdicción que cerraba la puerta a la justicia en nombre de la amnistía, pero también, con el paso del tiempo, en el de la prescripción.

Otro obstáculo, no menor, es la actitud generalizada en la judicatura (incluidos el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional) en estas materias respecto del potencial del derecho internacional de los derechos humanos. El ordenamiento jurídico español tiene una apertura a (y, a la vez, una obligación para) la integración de los estándares internacionales

que hubiera permitido pasar por encima de obstáculos formalistas (amnistía, prescripción, no retroactividad de las leyes penales o sancionatorias...) si hubiera prevalecido una voluntad de usar el Derecho en favor de las víctimas del Estado. Sin cambios legales ni constitucionales, el artículo 10.2 CE dejaba la puerta abierta a enfrentar el pasado pasando por encima de una suerte de punto final inamovible. Pero ha primado una actitud conservadora y renuente que no aprovecha las posibilidades de hacer justicia que se brindan con la evolución progresiva del Derecho Internacional de los derechos humanos o el Derecho Penal Internacional y que, por el contrario, en tantas ocasiones incluso actúa como si dicho derecho no debiera ser siquiera tenido en consideración.

Aquí, una vez más, la asimetría con el terrorismo de ETA salta a la vista: respecto de estos crímenes se va produciendo una evolución que endurece la definición del terrorismo y sus penas, su ejecución penitenciaria pero también un tratamiento general del fenómeno que se intenta equiparar incluso a los crímenes contra la humanidad. Se trata al terrorismo como si fuera una “sistemática violación de los derechos humanos” y en ese empeño no hay problema en buscar cualquier fórmula incluso de Derecho Internacional de los derechos humanos para asegurar y endurecer la persecución. Lo que en el caso de las víctimas del Estado es mirar para otro lado, no querer ver y garantismo paralizante a ultranza, en el caso de los crímenes de ETA se troca en punitivismo rampante y ampliación de la legislación e interpretación del combate penal arrasando muchas veces con las garantías del reo, la proporcionalidad del castigo o la volatilización de la reinserción como derecho fundamental de las personas presas. Y ello en nombre de los estándares internacionales de verdad-justicia-reparación-y-garantías de no repetición: que sirven para perseguir a ETA; pero no para perseguir los crímenes del Estado antes y después de la Constitución.

En definitiva, desde la transición hasta casi finales del siglo pasado, la malla jurídica y las políticas de facto; el miedo social y las inercias interpretativas de las administraciones y poder judicial; mantenían todo “atado y bien atado”. Al menos en lo jurídico.

### **3.2. LA ALTERNATIVA EXTRAJUDICIAL EN EL ESTADO.**

Habría que esperar a la década de los 90 del Siglo XX para que se produzca un despertar, socialmente visible, por la recuperación del pasado. Un cambio de ciclo. Por Ley 52/2007, de 26 de diciembre, llamada de Memoria Histórica, se inaugura una vía particular y sectorial de atención a las víctimas de persecución y violencia durante la guerra civil y la dictadura. La ley atiende ciertos aspectos indemnizatorios, pero no se adentra en materia de justicia más que con una insuficiente y tímida declaración de ilegitimidad (no de ilegalidad ni de nulidad) de las sentencias preconstitucionales que ahormaban con un velo de legalidad lo que no eran sino actos injustos de violación de derechos humanos. También es a petición de parte lo que corresponde a la búsqueda de desaparecidos, apertura de fosas, etc. Se trata de una ley que, frente al estándar internacional de justicia, verdad y reparación, sólo concede algo de esta última desconociendo de raíz las dos primeras y sin fuerza ni voluntad de impugnar -más que tímidamente- el modelo de amnistía de la Transición española.

Pero, por fin, se rompía el silencio y se empezaban a alzar las voces que demandaban mirar al pasado con vocación de impugnar la impunidad y la ausencia radical de políticas

públicas. Y es que cuando el Derecho Penal no ha desplegado su función, pero la gravedad de los crímenes cometidos y su existencia son una evidencia, la alternativa no puede ser, sin más, la “Historia”. Por más que no hayan sido declaradas responsabilidades penales individuales de graves crímenes, las víctimas y su impacto en el tejido social no se volatilizan. Las heridas están ahí. Entre el Derecho Penal y la Historia, un Estado Social y Democrático de Derecho tiene vías para reparar a las víctimas reales y, dentro de esa reparación, establecer al menos ciertos estándares de “verdad”.

Se asientan a partir de ese momento los dos carriles de reivindicación respecto de los crímenes de guerra y contra la humanidad producidos durante y después de la guerra civil. Se sigue exigiendo un enjuiciamiento penal que choca una y otra vez con la negativa de los tribunales a su toma en consideración. Pero, simultáneamente, se reivindican vías extrajudiciales de verdad: si no va a haber identificación ni castigo de los perpetradores que al menos se sepa qué pasó y se atienda a las víctimas con dignidad, devolviéndoles el lugar hurtado que merecen en el marco de una democracia que merezca tal nombre.

En demasiadas ocasiones se contraponen la justicia penal, al parecer de primer nivel, con otras formas de intervención extrajudicial (Comisión de la Verdad) como si estas últimas fueran un sucedáneo de peor condición. La reivindicación de mecanismos de verdad para hacer aflorar legados de violaciones de derechos humanos, de patrón colectivo, responde, sin embargo, a un modelo de Justicia transicional que puede incluso tener ventajas sobre la vía jurídica-penal. Esta última sólo mira a los hechos desde la estrecha lente de la finalidad de atribuir responsabilidad a los autores.

Un mecanismo extrajudicial, por el contrario, no podrá cabalmente establecer responsabilidades individuales, pero estará en mucha mejor situación de confeccionar un relato amplio del contexto de las violaciones que permita conocer sin ambages las implicaciones institucionales de los aparatos del Estado a la hora de diseñar, amparar, conducir y garantizar la impunidad de los crímenes patrocinados. Una Comisión de la Verdad sirve mejor, con mayor amplitud y propiedad, de base para un “nunca más”, propiciando garantías de no repetición que se anudan a un relato de amplio angular necesario para que la democracia sepa articular adecuadamente el programa de convivencia y derechos humanos que se negó en el pasado.

### **3.3. LA VIA VASCA Y NAVARRA.**

Por lo que hace a la violencia política durante la dictadura franquista la regulación extrapenal de referencia sigue siendo la legislación en materia de memoria histórica. Regulación que bajo la nueva denominación de Memoria Democrática está en fase de proyecto en el Congreso de los Diputados. Si éste llega finalmente a aprobarse, se producirá una renovación sustancial de los estándares de atención a una parte clave de las víctimas de la violencia de Estado que tuvo lugar, en palabras del propio texto legal referido: “durante el periodo comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la promulgación de la Constitución Española de 1978”.

Este movimiento que pretende superar y mejorar la vigente Ley 52/2007, de Memoria Histórica, entronca de manera natural con algunas regulaciones autonómicas, en particular en el País Vasco y Navarra, que coinciden todas ellas en el afán de atender a las víctimas de ese periodo previo a la promulgación de la Constitución pero que, además, en el caso de las leyes autonómicas, van más allá al abordar también el espinoso asunto de la violencia política -ilegítima- del Estado que siguió a la entrada en vigor de la Carta Magna.

No cabe duda que la transición en España tuvo episodios violentos que cruzan el umbral temporal del año 1978. Pero no cabe negar que la especificidad de la situación en el País Vasco y Navarra y, en particular, la lucha antiterrorista contra ETA, determinó que esa violencia política del Estado post-transición fuera un fenómeno mucho más intenso y extenso en el territorio de Euskal Herria. Los distintos informes oficiales tanto de las instituciones vascas o navarras, como de organizaciones de monitoreo de los derechos humanos hace tiempo que han acreditado legados tanto de personas torturadas como de muertos por ejecución extrajudicial de las fuerzas de seguridad, “gatillo fácil” en manifestaciones y controles, organizaciones terroristas creadas y financiadas por el Estado (GAL, BVE, triple A...); y dan cuenta de miles de ciudadanos y ciudadanas vasc@s y navarr@s que también después de la Constitución sufrieron graves violaciones de derechos humanos con absoluta impunidad. Dichas violaciones en demasiadas ocasiones se pretenden negar o banalizar como si de meros “abusos” se tratara o como si sólo, precipitadamente, se quisieran circunscribir a algunos años después de la aprobación de la Constitución. Pero precisamente lo que falta es una investigación seria que valide de qué estamos hablando: de cuántas personas afectadas, de qué violaciones, sobre la base de qué patrones de actuación y durante cuánto tiempo. La prueba del algodón debe ser la actitud de permitir saber y hacer verdad.

Las leyes autonómicas, por tanto, amplían tendencialmente el objeto de atención a toda violencia antes y después de la Constitución Española. En efecto, la Ley Foral [navarra] 16/2019, de 26 de marzo, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos (en adelante Ley 16/2019) y la Ley [vasca] 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999 (en adelante Ley 12/2016), proyectan su ámbito de regulación mucho más allá del año 1978 adentrándose de lleno en una realidad poco conocida, incluso negada, de violaciones de derechos humanos cometidas con motivación política por agentes del Estado o particulares que al actuar contaban con la autorización, aquiescencia o impunidad de aquéllos.

Los largos nombres de las leyes ya revelan las dificultades políticas para identificar exactamente cuál debe ser el objeto de la regulación. Por ello de forma abreviada podríamos sintetizar que se trata de “víctimas policiales” antes y después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Víctimas policiales, porque las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y sus responsables políticos eran los autores materiales o intelectuales; hacían o dejaban hacer; se valían de agentes de servicio o de elementos particulares con diversas formas de organización: pero, en todo caso, eran los garantes últimos del resultado criminal. Nos estamos refiriendo a cientos, miles, de conductas delictivas de tortura, lesiones, asesinatos, desapariciones y otras graves violaciones de derechos humanos que nunca fueron investigados de conformidad con los estándares propios de un Estado social y democrático de Derecho y que, en consecuencia, siguen al día de hoy huérfanos de registro oficial y sin que nunca se hayan declarado cabalmente responsabilidades ni menos aún impuesto condenas proporcionales a sus autores.

Estas leyes autonómicas hacen frente a un capítulo negro de la historia que arranca antes de la Dictadura pero que continua después. Son en parte leyes de “memoria” pero también leyes de clarificación de violaciones de derechos humanos más contemporáneas con la nota común de que son las fuerzas de Policía, o particulares (elementos terroristas o incontrolados) actuando de manera funcional para aquéllas, las que, en un contexto de actuación de motivación política, violentaron derechos fundamentales de los ciudadanos. Ante ello, ni la Dictadura -evidentemente- ni tampoco el recién estrenado Estado Social y Democrático de Derecho tras la aprobación de la Constitución de 1978, fueron capaces de administrar justicia. La ley vasca (12/2016) y navarra (16/2019) miran por tanto a esa realidad con el afán de sacarla a la luz y establecer, al menos, una reparación y algo de verdad.

#### 4. OBSTÁCULOS Y OPORTUNIDADES: LA VERDAD.

Lo controvertido de la materia, su alto voltaje político y emocional, la evidencia de una ausencia radical de justicia penal, pero también su interrelación contextual con el desenvolvimiento del terrorismo de ETA, convierten la regulación autonómica de las leyes vasca (Ley 12/2016) y navarra (Ley 16/2019) en una excepción particularmente incómoda. Por ello no puede extrañar que estas leyes hayan estado sometidas a un escrutinio judicial muy intensivo y exhaustivo que se ha materializado en un cuerpo relevante de jurisprudencia constitucional uno de cuyos puntos álgidos ha sido, precisamente, la constitucionalidad de una eventual función declarativa de (la verdad de) los hechos que son objeto de tales instrumentos legales. Hasta qué punto se puede predicar una función -y ejercicio- de verdad fuera del ámbito penal es una cuestión que planea y es común a este tipo de violencia política.

Después de las Sentencias del Tribunal Constitucional (principalmente la STC 85/2018 y la STC 83/2020) lo que en principio era una interpretación constitucional que bloqueaba esta vía, ha evolucionado y mutado en parte hacia una doctrina que consolida, por el momento, la constitucionalidad de ambos instrumentos legales. Lo que fue un obstáculo queriendo cerrar el paso a las leyes vasca y navarra es, por ahora, una oportunidad. En tal sentido, la inacción de la justicia ante las graves violaciones de derechos humanos señaladas proyecta el foco de atención -también de las víctimas- sobre una suerte de “justicia por sustitución” que explora el potencial de los instrumentos legislativos para “hacer verdad”: ésa que se negó; ésa que se sigue negando; ésa que es presupuesto para saber qué reparar; ésa que como tal ya es también, en parte, reparación y justicia. Porque las víctimas saben; los victimarios

también; pero se necesita que la sociedad sepa, oficialmente. Ese saber, esa verdad, es parte -simbólica pero muy real- de lo que las víctimas entienden que es hacer “justicia”.

El derecho a la verdad no es algo que sólo pueda ser objeto de reivindicación ante cruentas dictaduras o pertinente exclusivamente en situaciones de transición de una dictadura a una democracia. Como indicaba el magistrado Xiol Rios en el voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2018 “[E]s un derecho de cualquier tipo de víctimas de delitos de violaciones graves de los derechos humanos”.

Y ese derecho a la verdad puede materializarse, en parte, por vía jurídico-penal, al establecer los correspondientes relatos de hechos probados ante, por ejemplo, graves torturas, desapariciones u otro tipo de violaciones de derechos humanos de motivación política. Pero si la vía penal está cerrada puede buscarse su materialización a través de mecanismos extrajudiciales. El poliédrico derecho a la verdad, sus dimensiones individuales y colectivas, no se satisfacen monopolísticamente por un sector (el jurídico-penal) u otro (el jurídico-administrativo). Y por eso puede resultar falaz un planteamiento del debate en términos de exclusividad de la vía penal a la hora de establecer qué ocurrió respecto de legados de violaciones graves de derechos humanos.

Un enfoque adecuado de las funciones materiales, la de hacer verdad en este caso, y de sus límites, (atributiva, o no atributiva, de responsabilidad) puede ser la piedra de toque que ayude a clarificar cómo y con qué condiciones cabe su materialización en el ámbito doméstico.

En el contexto español, a estas alturas, la vía administrativa, extrajudicial, parece especialmente idónea para cegar una herida cuyo dolor no cesa y que remite a la necesidad de enfrentar cabalmente violaciones de derechos humanos, de motivación política, cometidas por agentes del Estado, o particulares a su servicio, en los que la acción penal no pueda prosperar por razones extintivas (amnistía, prescripción...). Y es que todo el debate de constitucionalidad de las leyes vasca 12/2016 y navarra 16/2019, en realidad pivota sobre la acusación de que una tal vía, administrativa, estaría intentado sustituir indebidamente a la justicia penal cuando, en realidad, sólo representa una vía diferente, pero legítima, de materialización de la reparación y verdad que se les debe a las víctimas.

A falta de una justicia penal que nunca se impartió, las comisiones de valoración de las leyes vasca y navarra pueden -deben- desplegar su labor, en consonancia con la doctrina constitucional asentada, en un territorio distinto al jurídico-penal. Hay quien, como el magistrado del Tribunal Constitucional Cándido Conde-Pumpido, las llama comisiones de la verdad. Pero lo de menos es quizás el nombre y lo trascendente es que tales comisiones pueden cumplir materialmente como mecanismos efectivos de verdad.

En efecto, ello quedaría posibilitado, habilitado, incluso reclamado, por un estándar internacional emergente en la materia, necesitado, al mismo tiempo, para su cabal penetración en el ámbito doméstico, de interpretaciones no formalistas, sino creativas pro-víctima. Una “fría” constatación de relaciones causales para establecer montos indemnizatorios como si de males provocados por la naturaleza se tratara es ajeno, radicalmente, al trasfondo de lo que supone constatar una violación grave de los derechos humanos. El instrumento administrativo debe, por ello, “ensancharse”. Ensancharse para resultar significativo, y reparador, para con las víctimas. Ensancharse para posibilitar

su despliegue individual pero también simbólico-colectivo. Pero con una cautela y límite: ensancharse sin hacer tabla rasa de garantías constitucionales de terceros cuya responsabilidad no se dirime.

Y para ello el Derecho internacional de los derechos humanos debe fertilizar el suelo administrativo y posibilitar así calificaciones no acusatorias ni inquisitivas, sino de justicia material respecto de qué pasó y cómo en ello el Estado, sus cuerpos policiales y dirigentes políticos principalmente, tuvieron la responsabilidad institucional que desencadena una indemnización con enorme valor simbólico. Que el instrumento administrativo venga, así, a colmar y satisfacer ciertos contenidos de “justicia” no debería resultar sorprendente. Por el contrario, resulta más bien una solución para las víctimas que han quedado en tierra de nadie. Entre el Derecho Penal y la Historia, el Derecho Administrativo emerge como tabla de salvación con la ayuda imprescindible del Derecho Internacional de los derechos humanos.

En el mismo sentido parecen apuntar los contenidos del derecho a la verdad y ciertos mecanismos de clarificación de hechos que incorporará la Ley de Memoria Democrática del Estado si su proyecto sale adelante. Más allá de la regulación “confesa” expresamente como derecho a la verdad de las víctimas (regulación de las fosas y exhumaciones como verdadera política de Estado, el Banco Nacional de ADN de víctimas de la Guerra y la Dictadura o la política de archivos y documentación) hay una serie de disposiciones que endosan en otras partes del Proyecto de Ley la función de establecimiento de hechos: así, en concreto, se crea el Fiscal de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática (artículos 28 y 29 y Disposición final primera) para la investigación de hechos constitutivos de violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario y

se le asigna el impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas garantizándose, en todo caso, la tutela judicial en los procedimientos encaminados a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y circunstancias de hechos pasados.

De forma complementaria también se incorpora (vía el artículo 58.5) la posibilidad de crear un grupo de trabajo que elabore un informe para sistematizar la información existente sobre las violaciones de derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura y proponer ulteriores -un “plan ordenado” de- investigaciones en la materia. Este paquete de previsiones se culmina además (Disposiciones final tercera) con una interesante modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que incorpora una posible declaración judicial sobre la realidad y circunstancias de hechos pasados determinados. Como vemos el derecho a la verdad y a la justicia se fusionan en su dependencia de la necesidad insoslayable de clarificar graves violaciones de derechos humanos con incorporación de garantías de control jurisdiccional para terceros, pero sin que, evidentemente, se dirija la investigación a ninguna atribución de responsabilidad jurídico-penal.

No cabe en este marco ir más allá en el análisis del Proyecto de Ley de Memoria Democrática. Evidentemente el suelo competencial de una Ley estatal de Memoria puede combinar en su regulación disposiciones que le están vedadas a la regulación autonómica (Leyes vasca 12/2016/ y navarra 16/2019). Pero resulta obvio que hay un camino más acá -y distinto- de la vía jurídico penal y que no nos expulsa necesariamente del mundo del Derecho hacia la disciplina de la Historia a la hora de investigar qué pasó con los legados de violaciones de derechos humanos de motivación política. El Derecho, otro derecho diferente del penal, tiene aquí un campo para desenvolverse y actuar. Este terreno es el

que la doctrina constitucional del fallo mayoritario (STC 85/2018) en cierto modo dejó huérfano de una reflexión y que fue, por el contrario, vivamente, y con argumentos (a mi juicio de mejor derecho) reivindicada por los votos particulares. Esto es además lo que ha vuelto a reivindicarse a través del Auto del Tribunal Constitucional 80/2021, de 15 de septiembre, por el que se inadmite la demanda de amparo 5781-2018 de Gerardo Iglesias, en el que otra vez en un voto particular se vuelve a insistir, respecto de delitos de torturas cometidos durante la dictadura, que está por definir constitucionalmente el derecho a la verdad (a la justicia y a la reparación) con una doctrina constitucional limitada y que se ha pronunciado en términos (sólo) procesal-penales sin entrar al fondo del asunto.

El tiempo irá mostrando si la evolución legislativa estatal permite ir construyendo ese suelo necesario para desplegar los mecanismos de verdad pertinentes con garantías.

## **5. DERECHO PENAL, MECANISMOS EXTRAJUDICIALES, JUSTICIA RESTAURATIVA Y LAS VÍCTIMAS.**

Para ir terminando se hace necesaria una última reflexión. El Derecho penal, el *ius puniendi*, efectivamente es, por su propia naturaleza, atributivo de responsabilidad y ésta ha sido una línea roja establecida en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre qué estaría taxativamente vedado a las leyes de víctimas vasca 12/2016 y navarra 16/2019. Pero si nos elevamos para contemplar las funciones abstractas de ese *ius puniendi*, veremos que los fines del Derecho Penal encuentran un territorio “amigo” y próximo, un “aliado”, en las funciones de reparación y de declaración de verdad “*sui generis*” para que desde las leyes administrativas de acompañamiento a las víctimas se pueda llevar a cabo. Y es que el Derecho Penal no es sólo un instrumento preventivo, también es retributivo no entendido sólo como reacción punitiva contra el perpetrador, sino como vehículo de establecimiento de una cierta “Justicia”. Así los fines del Derecho Penal y también la discusión sobre los fines de la pena, han ido endosando en las últimas décadas la necesidad de ser más porosos a las necesidades de las víctimas. La Justicia restaurativa, por ejemplo, es una vía de penetración de la reparación en el Derecho Penal, también de la mediación y, más allá, incluso de toda una filosofía que neutraliza una visión estática y hierática del conflicto penal como algo entre el Estado y el perpetrador. El uso de la reparación, la responsabilidad civil o la consideración de determinadas acciones post-delictivas, pueden tener su espacio -están ya influyendo- para que se reformule la respuesta penal a la búsqueda de una Justicia menos Kantiana o Hegeliana (menos idealista) y más significativa (más realista -Estado social-) y empática para con la víctima concreta y directa.

Por cierto, no se ha dudado, abundando una vez más en asimetrías, en utilizar esa “filosofía restaurativa” para exacerbar la respuesta penal y penitenciaria frente al terrorismo. Al margen de tantas víctimas y personas mediadoras de buena fe, la Justicia restaurativa, sus cadenas argumentales, se han convertido en no pocas ocasiones en un expediente intrusivo de laminación de los derechos de la personas presas con efectos coactivos inadmisibles de cara al programa de tratamiento y eventual acceso a beneficios penitenciarios o de semi-libertad. Los abusos de la justicia restaurativa en la lucha contraterrorista una vez más se convierten en grave omisión y olvido cuando de usar su filosofía se trata, no ya para actuaciones contra reo, sino para posibilitar espacios pro-víctima de las que el Estado generó.

En el caso de los crímenes de Estado, ante supuestos de macro-criminalidad transidos por la violencia política, las necesidades de las víctimas concretas y de las “familias” políticas que las rodean (o que son correa de transmisión de aquéllas), pero también las necesidades de la sociedad por el impacto colectivo de la herida social generada, convierte la “declaración de víctima” y el establecimiento de hechos a tal fin en una suerte de “vía de justicia” complementaria, victimal, restaurativa en su sentido de restañar heridas, de reconstrucción del tejido social.

Y para ello una alianza del instrumento administrativo de reparación con el lenguaje y las categorías de aproximación y descripción de hechos propias del Derecho Internacional de los derechos humanos, introducen en la ecuación una “versión de la verdad” que dibuja responsabilidades “difusas” pero no puramente generales; esto es, difusas porque no se individualizan completamente (neutralizando el riesgo, por tanto, de convertirse en una

especie de derecho penal sin garantías), pero no puramente generales, porque apuntan claramente a la implicación concreta de aparatos del Estado (así, particularmente, responsabilidades de los cuerpos y fuerzas de seguridad) que pueden llegar a suponer, materialmente, un ejercicio reparador de justicia. Una “justicia” reparadora de las víctimas y que establece relatos de hechos significativos para con las víctimas en un lenguaje y modo acordes con la naturaleza de lo que hay en juego: graves violaciones de derechos humanos olvidadas, no reconocidas.

Es, en el mejor de los sentidos, un ejercicio legislativo e interpretativo “creativo” pro-victima y no contra-reo: pero sin banalizar ni difuminar hechos de enorme gravedad que tienen autores que, aunque no se individualicen a efectos atributivos de responsabilidad, deben ser apuntados y registrados en su autoría semi-concreta (implicación de las fuerzas de seguridad). Supone un ejercicio de equilibrio que aprovecha el potencial simbólico del Derecho para declarar (algo de) verdad allí donde ha habido impunidad, negación y desidia; para establecer reparación individual pero también colectiva; para señalar responsables estructurales y posibilitar así garantías de no repetición, aunque sin señalar responsables individuales evitando así ningún atropello, antigarantista, de derechos fundamentales de los presuntos perpetradores.

Las leyes de víctimas, por tanto, moldeadas por el Derecho Administrativo, no son instrumentos opuestos radicalmente al Derecho Penal. Ambos se deben complementar, están llamados a complementarse. La ausencia de declaración de responsabilidad jurídico-penal ante hechos tan graves como la violencia política del Estado en el País Vasco y Navarra genera, sin embargo, un enorme vacío que priva a ese binomio (pena y

reparación) del equilibrio “natural” que hubiera deparado un funcionamiento efectivo de la Administración de Justicia. Ese vacío lo tienden a llenar unas leyes de víctimas (vasca 12/2016 y navarra 16/2019) que, en su soledad (por ausencia de reacción penal), se ven en la necesidad de responder también a la demanda de verdad forzando sus costuras al máximo, aunque sin invadir las funciones propias y exclusivas del ejercicio del ius puniendi.

Reparación y verdad sin justicia penal; leyes de víctimas sin declaración jurídico penal atributiva de responsabilidad; reparación y verdad frente a la inexistencia oficial, incluso frente a la negación de la existencia. Ese es el terreno que está explorando la ley vasca 12/2016 y su Comisión de Valoración y que pronto se abordará también en la Comunidad Foral navarra (Ley 16/2019) cuando su propia Comisión de Valoración inicie su actividad. Ese es también el terreno al que, ojalá, pueda sumarse la futura Ley estatal de Memoria Democrática y sus mecanismos de verdad. Y todo ello como semillero a futuro no sólo para los supuestos de violencia política sino para otras realidades de legados de violaciones de derechos humanos que, por imposibilidad de recurrir ya al Derecho Penal, no queden sin alternativa de respuesta como una herida permanentemente abierta en el tejido social.

## 6. NOTA Y CAUTELA FINAL: CONTRA NADIE; A FAVOR DE TODAS.

Este texto comenzaba señalando una asimetría radical en el tratamiento de las víctimas que ha ido salpicando el análisis, por comparación, de unas víctimas con otras. Era, es, necesario señalar su injusticia. Pero en el sentido de que los obstáculos para reparar, hacer verdad y justicia a las víctimas del Estado no deben entenderse como una dialéctica contra las víctimas de las diversas ETA. La mejor noticia debería ser que ni las unas ni las otras necesitaran mirarse en el espejo ajeno, ni acudir a otros marcos de referencia pues tuvieran sus estándares de atención cabal y plenamente satisfechos. La acusación de asimetría no debería entenderse contra ninguna víctima: sino a favor de reivindicar los estándares de atención de quienes no los tienen satisfechos. Los juegos de “suma cero” (“lo que das o quitas a unas, lo quitas o das a las otras”) simplifican la realidad, la deforman y arrastran su tratamiento hacia una deriva política que las degrada. La asimetría debe reivindicarse para acabar con los abusos y los déficits, o sea, con las injusticias por exceso y por defecto: allí donde las haya; sean quienes sean los autores. La máxima de la Justicia, ya lo indicaban los clásicos, es “dar a cada uno lo suyo” (“suum cuique tribuere”): pues eso.

Junio, 2022

# VÍCTIMAS DEL ESTADO, DE LA ASIMETRÍA A LA IGUALDAD

## Demandas de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos del ciclo de violencias

### Crónica de las jornadas

1. “Construir la paz. Retos y oportunidades para el País Vasco”  
(6 de abril – Ateneo de Madrid)
2. “Víctimas del Estado: obstáculos en el camino de búsqueda de la verdad”  
(14 de mayo – Palacio Miramar – Donostia-San Sebastián)

Julio de 2022