

De Lviv a Bergara, pasando por Núremberg

por Txema Montero

A los seguidores del Athletic la ciudad de Lviv les recordará el último partido internacional que los bilbaínos jugaron el pasado diciembre contra el Zorya. Los interesados en la historia europea conocen que Lviv es el nombre de la ciudad que antes se llamó Lemberg y Lwów, según perteneciera al Imperio Austro-Húngaro, Polonia, la URSS o, actualmente, Ucrania. La inmensa mayoría de los juristas ignorábamos, me temo, que en la facultad de Derecho de esa ciudad se formaron Hersch Lauterpacht y Raphael Lemkin, dos de los más influyentes juriconsultos del siglo XX. Ambos eran judíos y consiguieron exiliarse respectivamente a Inglaterra y EEUU eludiendo el destino de sus familias y vecinos, aniquilados por el nazismo. Sus ideas han tenido una resonancia global, pues fueron quienes crearon dos nuevos conceptos jurídicos: el delito de crímenes contra la humanidad y el delito de genocidio. Su legado llegaría a todas partes y en primer lugar a Núremberg pues en el tribunal allí constituido para juzgar a los nazis ambos conceptos fueron parcialmente puestos en práctica por vez primera. Lo cuenta el abogado y escritor inglés Philippe Sands en su *Calle Este-Oeste* (Anagrama Editorial, 2017), que recomiendo sin reservas pues es una combinación irresistible de historia, derecho y vivencias familiares maravillosamente bien escrita.

¿Cuál es la diferencia entre crímenes contra la humanidad y genocidio? Imaginen una matanza de cien mil personas que resultan pertenecer a un mismo grupo, por ejemplo los judíos o polacos de la ciudad de Lviv. Para Lauterpacht, el asesinato de individuos, si se enmarca en un plan sistemático, sería un crimen contra la humanidad. Para Lemkin, lo importante sería el genocidio, el asesinato de muchos con la intención de destruir al grupo del que forman parte. Para un juez o fiscal actual, la diferencia entre ambos conceptos es en gran medida una cuestión de establecer la intencionalidad. Para probar el genocidio habría que mostrar que el acto del asesinato venía motivado por una intención de destruir al grupo, mientras que en el caso de los crímenes contra la humanidad no haría falta mostrar tal intención. Pero probar la intención de destruir a un grupo es tarea difícil, dado que las personas implicadas en tales matanzas tienden a no dejar ningún rastro de documentación que pudiera resultar de utilidad. Lauterpacht opinaba que el ser humano individual es la unidad última de todo el derecho; con un enfoque distinto, Lemkin pretendía la protección de los grupos y a tal fin acuñó un término para definir un nuevo delito y lo llamó "genocidio", una mezcla del término griego "genos" (tribu o raza) y "cidio" (del latín "cidere", matar). Pese a sus orígenes comunes y el deseo compartido de un planteamiento eficaz, Lauterpacht y Lemkin discrepaban claramente en las soluciones que proponían a una importante cuestión: ¿Cómo podía ayudar el derecho a evitar las matanzas? Protegido al individuo, decía Lauterpacht; protegido

al grupo, replicaba Lemkin. Pero, ¿quién protege a quién? La respuesta a esta pregunta fue el eje del debate de los procesos de Núremberg cuando las potencias vencedoras enjuiciaron a los dirigentes nazis que se defendieron escudándose en la obediencia debida: obedientes al Führer y a las leyes del Reich. Tal argumento defensivo fue rotundamente rechazado por Hartley Shawcross, fiscal general británico, empleando una formulación que se repetiría con frecuencia ante el tribunal y también mucho después. "El Estado no es un ente abstracto", proclamó; "sus derechos y deberes son los derechos y deberes de los hombres"; sus acciones, las de los políticos, "no deberían poder buscar inmunidad tras la personalidad intangible del Estado". Así, los individuos que actuaban en nombre de tal Estado eran "directamente responsables" y había que imponerles los castigos pertinentes. Era un punto de partida para reivindicar los "derechos del hombre" y ofrecerle protección contra "la crueldad y la barbaridad de su propio Estado". Tales actos eran ilegales por más que el derecho alemán vigente durante el nazismo los permitiera o no los persiguiera.

EL MOMENTO DE SHAWCROSS Los diez años de horror del nazismo se reflejaron en el juicio en un momento cargado de intensidad que pueden compartir en la escena de la miniserie televisiva *El juicio de Núremberg*, interpretada por el actor canadiense Christopher Plummer en el papel de Shawcross, quien leyó en voz alta la declaración del testigo Hermann Graebe. Este era un alemán gerente de una fábrica situada en las inmediaciones de Dubno, dentro del territorio llamado por los nazis "Gobierno General de Polonia" bajo el mando del acusado Hans Frank, tras el juicio condenado y ahorcado. En esa lectura, Shawcross adoptó un timbre de voz que expresaba toda la emoción de las palabras, hablando despacio y articulando cada vocablo con precisión cristalina: "Sin gritar ni llorar, aquellas personas desnudas, reunidas en grupos familiares, se besaron unas a otras, se dijeron adiós y esperaron una señal de otro hombre de las SS, que estaba de pie junto a la fosa, también con un látigo en la mano. Durante los quince minutos en los que estuve cerca no escuché ni una sola queja ni súplica de piedad. Observé a una familia de unas ocho personas, un hombre y una mujer, ambos de unos cincuenta años, con sus hijos, aproximadamente de uno, ocho y diez y dos hijas adultas de entre veinte y veinticuatro. Una anciana con el cabello blanco como la nieve sostenía al niño de un año en brazos mientras le cantaba y le hacía cosquillas. El niño gorjeaba de placer. La pareja miraba con lágrimas en los ojos. El padre sostenía la mano de un niño de unos diez años y le hablaba con suavidad; el muchacho luchaba por contener las lágrimas". Shawcross hizo una pausa para echar un vistazo a todos los presentes y luego miró en dirección a los acusados. ¿Observó a Frank, con la cabeza gacha, mirando al suelo de madera de la sala? "El padre señaló al cielo, le acarició la cabeza y pareció explicarle algo". En su sentencia, el tribunal concluyó que el hecho de que fueran acciones legales en el marco del derecho ale-

mán no proporcionaba defensa alguna, puesto que se trataba de actos que afectaban a la comunidad internacional. Erán "crímenes contra la ley de las naciones" no meros asuntos de interés nacional. Si una guerra era justa y legítima, si se libraba para impedir "atrocidades cometidas por tiranos contra sus súbditos" y si el derecho internacional permitía la intervención humanitaria mediante la guerra, ¿cómo podía decirse que la "intervención mediante un proceso judicial" era ilegal? "El individuo debe trascender al Estado". Un año después, la organización de las Naciones Unidas, en su Resolución 95, afirmó que los principios jurídicos internacionales reconocidos en los Estatutos del Tribunal de Núremberg —incluido el de los crímenes contra la humanidad— formaban parte del Derecho Internacional. A continuación, la Asamblea General adoptó la Resolución 96, que iba más allá de lo que habían decidido los jueces de Núremberg, señalando que el genocidio negaba el "derecho a existir a grupos humanos enteros", por lo que la Asamblea resolvió que "el genocidio es un crimen según el derecho internacional". Lauterpacht y Lemkin habían conseguido sus objetivos, los delitos contra la humanidad y el genocidio pasaban a ser perseguidos donde y cuando quiera que se hubiesen producido y además eran imprescriptibles.

EL AUTO DEL JUEZ DE BERGARA El pasado 22 de diciembre, el Juzgado de Instrucción nº 4 de Bergara dictó auto de sobreseimiento y archivo de las Diligencias nº 247/2017-D que habían sido previamente admitidas a trámite después de que el Ayuntamiento de Elgeta presentara una querrela contra personas innominadas que habrían cometido delitos de genocidio y lesa humanidad durante la Guerra Civil. En el auto, el juez entiende que no se puede convertir una querrela particular en una causa general. No puedo estar más de acuerdo, un juicio a las atrocidades del franquismo pertenece al ámbito de la Memoria Histórica, pero es inviable en un proceso penal democrático que exige acusaciones contra personas concretas. Franco abrió una Causa General contra la República, pero el derecho penal franquista no se sustentaba en pilares democráticos. El juez de Bergara va más lejos y sostiene que al no estar contemplados los delitos de lesa humanidad y genocidio en el Código Penal de la República (1932) —de hecho no lo estuvieron en la legislación española hasta la entrada en vigor del artículo 607 bis del Código vigente (2004)— nadie puede ser juzgado por tales delitos al no existir una norma que los sancionara. No puedo estar más en desacuerdo: las resoluciones de la ONU en base al precedente de Núremberg contravienen la interpretación del juez. Que va más lejos aún al sostener que tampoco hoy se les podría acusar a pesar de que ahora ya son delitos penados por la vigente ley, puesto que el reo siempre se beneficia de la ley penal más favorable, en este caso la que no existía. Por supuesto que el juez de Bergara conoce y analiza el Derecho Internacional, los precedentes de Núremberg y sus consecuencias como la del Convenio de Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Londres, 1948) y las

resoluciones 95 y 96 de la ONU a las que hemos hecho referencia; pero insiste en que la aplicación retroactiva de una ley actual a hechos ocurridos hace 80 años es una vulneración del principio de legalidad penal en toda su dimensión. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó en 2006 una sentencia (caso Kolk y Kislyly contra Estonia) sobre la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad cometidos por acusados de deportación a la URSS durante la ocupación de Estonia, hechos ocurridos apenas meses después del fin de la guerra mundial. El juez de Bergara toma nota de la sentencia, pero no la admite como precedente dado que la URSS fue potencia vencedora que elaboró los principios de Núremberg y pertenecía a la ONU cuando se aprobaron las resoluciones 95 y 96, por lo que la actual Federación Rusa sucesora de la URSS estaba obligada a cumplir la misma ley que promovió. Olvida que el Estado español —franquista— ingresó en la ONU en 1955 ratificando las resoluciones 95 y 96 que, por lo tanto, reconocía.

UNA MARAVILLA DE SIMPLISMO En todo caso, los delitos habrían prescrito, continúa el juez, que insiste en que no estaban tipificados en el Código penal de 1932 y fueron además amnistiados por la Ley 46/1977 de 15 de octubre. Esta Ley de Amnistía, producto de la reconciliación entre los españoles, no puede equipararse, sostiene el juez, a la Ley de Punto Final y Obediencia Debida de la República Argentina (1986-87) y otras leyes similares de Chile o Perú adoptadas con la finalidad de evitar la persecución de los gravísimos crímenes cometidos durante sus respectivas dictaduras. Y esta última argumentación del juez me parece una maravilla de simplismo legal. Cuando los nazis cometieron sus atrocidades no existía el delito de crímenes contra la humanidad. Hubo que crear un derecho especial para esa situación especial. Esa es la razón por la que el Código de la República tampoco contemplaba lo que los franquistas iban a cometer: bombardeos contra la propia población civil, limpieza ideológica de la retaguardia etc. La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y genocidio va más allá de la Ley de Amnistía, que fue mitad reconciliación y mitad olvido de los crímenes de guerra y de postguerra porque estos últimos fueron la aportación más genuina de la represión franquista por el gran número de fusilados y muertos en presidio y trabajos forzados, lo que demuestra que se trataba —una vez victorioso— de aniquilar al enemigo ideológico. No hubo genocidio franquista, es mi opinión. Franco no trató de acabar con los vascos como comunidad o raza. Lo cierto es que un número relevante de vascos lucharon en sus filas convirtiendo la guerra civil española también en una guerra civil entre vascos. Si se cometieron indiciariamente delitos de lesa humanidad, concluyo, pero el derecho no es la perfección, si es que la perfección existe. Por ello y tras el archivo de la querrela del Ayuntamiento de Elgeta, nos quedaremos sin saber si el camino que se inició en Lviv y pasó por Núremberg termina en Bergara, porque como dijo Nicolás Abraham, (*Notas sobre el fantasma*, 1975): "Lo que atormenta no son los muertos, sino los vacíos que dejan en nuestro interior los secretos de otros". ●