

## NOTAS Y DISCUSIONES

# Memoria democrática: rehabilitación jurídica de las víctimas

## Democratic Memory: Legal Rehabilitation of Victims

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

Ex Fiscal Anticorrupción

**RESUMEN.** Este trabajo analiza el papel de la jurisdicción militar en la estrategia de represión, de planificación y ejecución de una política de exterminio, llevada a cabo por el golpe militar y la dictadura de Franco. Aún está pendiente la plena rehabilitación jurídica de todas las víctimas del franquismo. La respuesta del Estado debe consistir en proclamar legalmente la anulación de las sentencias dictadas en los procesos penales de los tribunales franquistas a través de los que se impusieron condenas de toda clase a los republicanos y demócratas españoles. En definitiva, la reparación que los Tratados internacionales exigen al Estado español.

*Palabras clave:* Memoria democrática, jurisdicción militar, víctimas, franquismo, represión, rehabilitación penal.

**ABSTRACT.** This paper analyzes the role of military courts in the strategy of repression, the planning and implementation of a policy of extermination, which was carried out by the military coup and the dictatorship of Franco. Still pending is the full legal rehabilitation of all victims of the dictatorship. The response of the Spanish State should proclaim the legal annulment of all the varied sentences dictated via the penal processes of Franco's courts, and imposed upon Spanish Republicans and Democrats; i.e. the reparation demanded of Spanish State by International Treaties.

*Key words:* Democratic memory, military courts, victims, Franco, repression, penal rehabilitation.

### *Introducción. La represión*

El presente análisis parte de un presupuesto fundamental: la Constitución de 1931 proclamaba que «La Justicia se administra en nombre del Estado» y que

«Los jueces son independientes en su función» (art. 94). En el art. 95, establecía que «La jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados». La jurisdicción

dicción militar aplicaba, con algunas adaptaciones, el Código de Justicia Militar de 27 de setiembre de 1890, con la finalidad de adaptarlo a los principios y normas de la nueva Constitución. Estábamos, pues, ante una jurisdicción con unas competencias limitadas al ámbito militar y un régimen orgánico y procesal claramente determinado en función de dichas competencias. Por otra parte la Constitución de 1931 había establecido un régimen de «garantías individuales y políticas», particularmente, en los arts. 28 y 29, además de estar vigente la Ley de Enjuiciamiento Criminal que había implantado el régimen de garantías propio de un Estado liberal.

Ya nadie duda del significado y alcance de la represión en la estrategia del golpe militar de julio de 1936, represión que se materializó inmediatamente desde aquella fecha en los territorios ocupados y, sobre todo, desde el 1 de abril de 1939 cuándo se implantó la Dictadura bajo la forma de un Estado fascista. Cuando decimos represión, decimos la planificación y ejecución de una política de exterminio que, allí donde resultó imposible la resistencia civil y militar al golpe, se impuso inmediatamente. Estrategia represiva que se llevó a cabo paralelamente a la destrucción sistemática de las instituciones republicanas y de los derechos democráticos. El rasgo definitorio de la nueva situación quedó expresado en el D. L. de 16-2-1937, sobre el régimen jurídico de «las provincias ocupadas por el Ejército», en el que se disponía «la subordinación estrecha y obligada de las Autoridades civiles a los mandos militares superiores».

En el ámbito de la represión en Cataluña, el profesor Borja de Riquer ha definido con toda claridad los significados y rasgos de la represión franquista. Además de afirmar que la «repressió esdevingué una necessitat política per a mantenir i

consolidar el seu projecte dictatorial i contrarevolucionari», la definió «pel seu caràcter d'exemplaritat i de càstig, de totalitat i massivitat, i de continuïtat»<sup>1</sup>. Sólo un dato expresa de forma estremecedora el alcance de la represión en Barcelona. Los Consejos de Guerra entre 1939 y 1952 aplicaron la pena de muerte y ordenaron el fusilamiento de 1.717 personas.<sup>2</sup>

En ese marco de represión generalizada, los rebeldes dictaron disposiciones normativas, con independencia de su denominación formal, todas dictadas por el General Franco desde su posición de Dictador que concentraba todo el poder. Represión a través de la cual, por recuperar hoy las palabras del profesor E. Díaz, «los derechos humanos son... salvajemente negados y ultrajados».

Las consecuencias del régimen de terror impuesto fueron terribles. Según las Autoridades franquistas, los presos políticos eran el 7 de enero de 1940, 270.719 y el 10 de abril de 1943, 92.477. Según cifras facilitadas por el Ministerio de Justicia de Franco, los presos políticos fallecidos, entre los que incluía los ejecutados tras un proceso y los muertos en las cárceles, desde abril de 1939 al 30 de junio de 1944 fueron 192.684. Son datos que, aunque parciales, expresan sin paliativos un auténtico genocidio.

#### *La jurisdicción de guerra. El Decreto 55*

La función central de la jurisdicción militar en la represión resulta con toda evidencia de los Bandos de Guerra. Primero, el de 28-7-1936 de la Junta de Defensa Nacional, que «hace extensivo a todo el territorio Nacional» el estado de guerra ya declarado en otras provincias. Tanto esta jurisdicción como los posteriores Tribunales especiales ejecutan con toda precisión y frialdad una política de exterminio de los republicanos y de demócratas, combinando la eliminación física,

mediante las ejecuciones extrajudiciales y las ejecuciones de las penas de muerte, con el encarcelamiento masivo y la discriminación de los vencidos en todos los ámbitos.

La generalización de la represión a través de la jurisdicción militar fue revalidada por el Decreto número 79 de la Junta de Defensa Nacional, de 31/8/1936, con la siguiente justificación: «Se hace necesario en los actuales momentos, para mayor eficiencia del movimiento militar y ciudadano, que la norma en las actuaciones judiciales castrenses sean la rapidez...». Y, para ello, establece en el Art. 1.º: «Todas las causas de que conozcan la jurisdicciones de Guerra y Marina se instruirán por los trámites de juicio sumarísimo que se establecen en el título diecinueve, tratado tercero, del Código de Justicia Militar, y título diecisiete de la Ley de enjuiciamiento militar de la Marina de Guerra». No será preciso para ello que «el reo sea sorprendido “in fraganti” ni que la pena a imponerse sea la de muerte o perpetua».

Pero la estructuración de una jurisdicción militar para dichos fines mucho más arbitraria y autoritaria, tanto orgánica como procesalmente, tiene lugar mediante el Decreto del General Franco N.º 55, de 1/11/1936, que deja sin efecto las disposiciones vigentes en el Código de Justicia Militar e implanta el procedimiento «sumarísimo de urgencia», procedimiento en vigor hasta la Ley de 12 de julio de 1940, de Seguridad del Estado, que restableció el sumarísimo ordinario con escasas diferencias entre ellos. El Decreto 55 se dicta, según el preámbulo, ante la previsión de la ocupación de Madrid, para garantizar «la rapidez y ejemplaridad tan indispensable en la justicia castrense».

En dicho Decreto se establece la composición de los Consejos de Guerra, que admite la participación de «funcionarios de la carrera judicial o fiscal», se establece

que «el cargo de defensor será desempeñado en todo caso por un militar» y la competencia de los Consejos de Guerra abarcará a «los delitos incluidos en el Bando que al efecto se publique por el General en Jefe del Ejército de Ocupación». Asimismo se dictan normas procesales como las siguientes, que representan la reforma y supresión de las ya escasísimas garantías contempladas en el C.J.M. para los procedimientos sumarísimos:

«A) “Presentada la denuncia o atestado se ratificarán ante el instructor los comparecientes ampliando los términos en que esté concebida aquella si fuere necesario”. B) “Identificados los testigos y atendido el resultado de las actuaciones, con más la naturaleza del hecho enjuiciado, el Juez dictará auto-resumen de las mismas, comprensivo del procedimiento, pasándolas inmediatamente al Tribunal, el cual designará día y hora para la celebración de la vista”. “En el intervalo de tiempo que media entre la acordada para la vista y la hora señalada se expondrán los autos al fiscal y defensor a fin de que tomen las notas necesarias para sus respectivos informes”. C) Si se estimara conveniente por el Tribunal la comparecencia de los testigos de cargo, se devolverán los autos al Juez que los transmite, quien, oído el defensor, aceptará o no los de descargo. D) “Pronunciada sentencia, se pasarán las actuaciones al Auditor del Ejército de Ocupación a los fines de aprobación o disenso”».

En lo que no se oponga a dicho Decreto «se observarán las normas del Juicio Sumarísimo».

Es una descripción sumaria del significado y función de la Jurisdicción Militar que se completa con la Circular del Alto Tribunal de Justicia Militar, de 21 de noviembre de 1936, dada en Valladolid, según la cual «Se entenderá limitada la posible interposición de recursos a aquellos procedimientos que no tengan carácter de sumarísimos».

Finalmente, por Decreto N.º 191, también del General Franco, de 26 de enero de 1937, dado en Salamanca, «Se

hace extensiva a todas aquellas plazas liberadas o que se liberen la jurisdicción y procedimientos establecidos en el Decreto n.º cincuenta y cinco».

Así se generaliza e impone un jurisdicción militar que infringe todas y cada una de las reglas orgánicas y procesales entonces vigentes.<sup>3</sup>

### *Los procesos militares bajo el franquismo*

Los Consejos de Guerra constituidos desde el 18 de julio, ya fueran por el procedimiento «sumarísimo de urgencia» o «sumarísimo», en modo alguno podían calificarse como Tribunales de Justicia. Eran, pura y simplemente, una parte sustancial del aparato represor implantado por los facciosos y posteriormente por la dictadura. Consejos constituidos con la activa participación de jueces y fiscales ordinarios que, como los militares, también traicionaron la Constitución republicana que, en el art. 94, proclamaba que los «jueces son independientes en su función». Así, muchos jueces y fiscales, al servicio y bajo las directrices de los Jefes y oficiales sublevados cooperaron activamente a la represión franquista.

Y, en consecuencia, tanto los procesos ante dichos Consejos de Guerra como sus sentencias eran radicalmente nulos por varias causas. En primer lugar, en cuanto fueron siempre constituidos, ya desde el Decreto 55 del general Franco, por la máxima instancia de los sublevados contra la República. En segundo lugar, los militares miembros de dichos tribunales carecían radicalmente de cualquier atributo de independencia, propio de un juez, en cuanto eran estrictos y fieles servidores de los jefes de que dependían y compartían plenamente los fines políticos y objetivos represivos de los sublevados. Basta la lectura de cualquier sentencia de las dictadas por esos Tribunales en las que destaca su absoluta falta

de objetividad e imparcialidad tanto en la exposición de los hechos como en los fundamentos jurídicos —si es que así pudieran calificarse— en los que asumen expresamente como legítimos los motivos y fines del golpe militar. En tercer lugar, era incompatible su posible independencia con la disciplina castrense impuesta por todos los jefes. Son numerosos los procedimientos en los que el Comandante Militar de la Plaza ordena al Juez Militar que eleve a «Procedimiento sumarísimo» el procedimiento ordinario que estuviera tramitando. Asimismo, las sentencias que dictaban carecían de todo valor en cuanto debían ser supervisadas y aprobadas por el Auditor de guerra o, en determinados supuestos, por el Capitán General, como condición para que adquirieran firmeza y prueba indiscutible de la estructura jerarquizada del tribunal<sup>4</sup>. La sumisión a las más altas instancias del Poder militar y del Poder Ejecutivo que los sublevados iban configurando quedaba de manifiesto cuando la ejecución de la pena de muerte exigía del «enterado» del Jefe de Estado, como expresión de conformidad con la ejecución de la pena capital.

Pero, sobre todo, concurría una total vulneración de todas las garantías y derechos fundamentales. Los Consejos de Guerra actúan a partir de las detenciones practicadas por los diversos cuerpos policiales franquistas y agentes de Falange.

Evidentemente, desde el inicio del golpe militar, quedaron suspendidas de facto todas las garantías procesales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, particularmente el plazo de detención policial que ya era de setenta y dos horas. En su lugar, se impuso un régimen arbitrario e indefinido de detenciones policiales que era una parte sustancial de la política de terror y que favorecía y amparaba la práctica generalizada

de la tortura, práctica esencial en la ejecución de la política represiva, siempre impune hasta el final de la dictadura.<sup>5</sup> Debe recordarse que el delito de tortura se introdujo en el C. Penal por la Ley 3/1978, de 17 de julio. En este punto, ya concluida la contienda militar, es ineludible la cita de la Orden de 9 de enero de 1940 (BOE 11) que regula en los siguientes términos «el régimen de detenciones y prisiones», disposición de mínimo rango legal pese a afectar a un valor esencial cual era la libertad personal. El presupuesto de la norma es hacer frente a «la magnitud de la criminal revolución roja» y dictar normas que evitando «la impunidad del culpable», «no produzcan daños ni ocasionen molestias superiores a las indispensables para restablecer el equilibrio jurídico». En consecuencia, esta norma confirma la continuidad del estado de guerra y expresa desde esa fecha hasta 1975 el mantenimiento de un Estado policial que violó de forma sistemática todos los derechos humanos. Una expresión concreta de la violencia policial se encuentra, entre otras muchísimas, en el atestado policial incoado por la Comisaría de Granollers el día 7/11/1939 en la que se hace constar toscamente que el detenido «estrechado a preguntas acaba por confesar»<sup>6</sup>.

Cuando ya ha transcurrido más de un año del fin de la contienda militar, se mantienen disposiciones de excepción en materia de detenciones. Afectan tanto a los detenidos en los «procedimientos sumarísimos de urgencia, tramitados con arreglo al Decreto de 1.º de noviembre de 1936» como a los «detenidos gubernativos». En ambos casos, se establece un plazo ordinario de treinta días de detención militar o policial. En el caso de los «gubernativos» (art. 4.º) se autoriza una extensión de dicho plazo hasta tres meses «por ratificaciones sucesivas» que deben ser «aprobadas por la Dirección General

de Seguridad». Constituye una previsión legal inaudita por sí misma y por las consecuencias que generaba entonces, dado que basta imaginarse lo que podía representar estar detenido en esas condiciones, sin comunicación con el exterior y, desde luego, sin asistencia letrada. Como hemos dicho, era el soporte legal de la tortura. Año y medio después, el régimen vigente es esencialmente el mismo. El Decreto de 2/9/1941 mantiene para los «detenidos gubernativos» el plazo ordinario de treinta días de detención, que puede ampliarse hasta tres meses. Y ante la «detención de una persona sujeta a la jurisdicción castrense», la Autoridad Judicial Militar disponía de un plazo de ocho días para resolver sobre su libertad.

La instrucción del procedimiento era inquisitiva y bajo el régimen de secreto, sin ninguna intervención del defensor. El Juez Militar instructor, practicaba diligencias con el auxilio de las Fuerzas de Seguridad, Comisarías de Investigación y Vigilancia y otros cuerpos policiales y militares, como, entre otros, la Brigada Político Social o el «Servicio de información y Policía Militar» (S.I.P.M.), así como los Servicios de Información e Investigación de la F.E.T. y de las J.O.N.S. y los Ayuntamientos, que siempre colaboraron activamente con la represión. Merece una especial atención la colaboración de particulares, como parte del aparato represor, a través de las delaciones y denuncias que formulaban ante las autoridades represoras. «Ningú no es va escapar d'aquest món de la vigilancia amagada i de les acusacions anònimes»<sup>7</sup>. Los abusos que se produjeron a través de dichas denuncias debieron ser de tal alcance que merecieron un cierto tratamiento legal. En efecto, en el Decreto citado de 1941 se regulaba «la presentación de denuncias», exigiendo al denunciante la presentación de «dos testigos de conocimiento», dado que algunas se basaban «en estímulos personales de

tipo vindicativo, en vez de inspirarse en móviles de justicia y de exaltación patriótica». El Juez Instructor Militar se limitaba en la relación con los investigados, siempre en situación de prisión preventiva, a la audiencia de los mismos, naturalmente sin asistencia de letrado ni acceso a las actuaciones. Con una particularidad que expresa de forma evidente la presencia activa de la Falange en muchos de los procesos militares. El examen de éstos en la provincia de Barcelona, entre los años 1939 y 1940, revela que dichos Jueces nombraban como Secretarios de numerosos procedimientos a miembros o «militantes» de Falange que, de esta forma, adquiriría una completa información sobre el curso del proceso y sobre todas y cada una de las actuaciones que se practicaban, constituyendo a Falange en el aparato político mejor informado y con mayor capacidad de represión de aquel período. Cargo que no podían desempeñar por carecer de la condición de militares<sup>8</sup>, lo que añadía un elemento más de nulidad de dichos procesos. Además de que en los procedimientos siempre constaba el Informe de Falange contra los encausados atribuyéndoles la comisión de toda clase de delitos, con un denominador común, todos eran «peligrosísimos para la Nueva España».<sup>9</sup> Tras la instrucción, el instructor acuerda una diligencia de procesamiento en la que relata los hechos y su calificación penal y, finalmente, dicta un Auto-resumen que contenía el escueto relato de los hechos, las pruebas y las imputaciones y que elevaba a la Autoridad militar superior que solía ser el General Jefe de la División correspondiente. En dicho Auto, en los procedimientos militares incoados por la Auditoría de Guerra de Catalunya a partir de 1939 se constata de forma reiterada que los hechos que motivan las actuaciones están «comprendidos en las disposiciones declaratorias del Bando de Estado de Guerra».<sup>10</sup> En otros procesos se hace expresa

referencia al «Decreto número 55». Resumen que prácticamente es el documento que va a fundamentar la acusación y la sentencia ya que las diligencias practicadas por el instructor no se reproducían en el plenario con una manifiesta infracción del principio de inmediación en la práctica de la prueba y la correspondiente indefensión de los acusados. Previamente al juicio oral, en el sumarísimo de urgencia estaba previsto dar vista de las actuaciones al defensor inmediatamente antes de la celebración del Consejo de Guerra. Reviste particular relevancia dicha diligencia en un determinado procedimiento, entre otros muchos, en el que dicha diligencia tiene lugar en la misma fecha de la celebración del juicio oral y de la sentencia, el 23 de junio de 1939. Era la constatación de la nulidad radical del proceso y la sentencia. Proceso especialmente complejo en el que llegó haber 18 imputados, 13 fueron condenados y de éstos 4 a pena de muerte que fue ejecutada en la madrugada del 17 de octubre. La diligencia se limitaba a decir lo siguiente: «Diligencia de notificación: seguidamente yo, el Secretario, teniendo ante mí a los señores Fiscal y Defensor, les notifiqué el acuerdo anterior dándoles vista de las actuaciones. Enterados, firman y doy fe.»<sup>11</sup>

Las sentencias de los Consejos de Guerra, sobre todo durante los primeros años inmediatos a la insurrección militar, trataban de justificar la supuesta legitimidad de su autoridad en el marco de las instituciones creadas por los insurrectos. Así en la sentencia del Consejo de Guerra en la plaza de Vigo de diez y siete de octubre de 1936, decían: «que contra este gobierno legítimo (el que representaba la Junta de Defensa Nacional) se alzaron en armas los elementos que integran el Frente Popular, constituyendo partidas militarmente organizadas en distintas partes del territorio Nacional las cuales hostili-



zaron a las tropas, antes y después de la declaración del Estado de Guerra». En similares términos se pronunciaba el Consejo de Guerra celebrado en Barcelona el veintitres de agosto de 1939<sup>12</sup>: «que contra los legítimos poderes del Estado, asumidos por el ejército a partir del 17 de julio de 1936, en cumplimiento de su función constitutiva, se produjo un alzamiento en armas seguido de una tenaz resistencia a cuyo amparo se cometieron toda clase de violencias...». En términos semejantes, con un razonamiento pretendidamente más fundado, se pronunció el Consejo de Guerra que condenó al *Presidente Companys*<sup>13</sup>.

La «jurisdicción de guerra», en fin, estaba completamente sometida a las facultades omnímodas de los «Capitanes Generales» y otros Jefes militares como resultaba del art. 27 del C.J.M. de 1890 y de los arts. 51 y 52 del Código de 1945, en los que se atribuían a dichos Jefes hasta diecinueve competencias procesales. La máxima expresión de las facultades del Capitán General era, en los casos de conformidad de los acusados con los términos de la acusación, la sustitución del Consejo de Guerra, que no se celebraba, por una diligencia en la que el Capitán General, sin ningún razonamiento, dictaba una especie de fallo en el que imponía la pena correspondiente al acusado y, en su caso, la posibilidad de su conmutación por otra inferior. Así resulta en uno de los procedimientos en el que figura la siguiente diligencia: «Barcelona 21 de agosto 1942. De conformidad con el precedente dictamen (del Auditor) impongo ejecutoriamente al encartado en el presente proceso (...) la pena de doce años y un día de reclusión temporal como autor de un delito de auxilio a la rebelión militar, conmutándola por la de seis años de prisión menor»<sup>14</sup>.

En el proceso de consolidación de la jurisdicción militar, se aprobó, como he-

mos dicho, en 1945 el nuevo Código de Justicia Militar. En la Exposición de Motivos del mismo, además de justificar el mantenimiento del procedimiento sumarísimo, resulta indispensable citar cómo razona la supresión de los «sumarísimos de urgencia» que, en su día estuvieron justificados «para lograr rapidez y ejemplares castigos de los monstruosos e incontables crímenes cometidos en la sofocada rebeldía...», ya que los sumarísimos se estiman suficientes para hacer frente «para el caso, no esperado, de que se produjeran convulsiones de insospechado volumen...». En dicho Código, se regula con todo detalle la pena de muerte, se regula el «enterado del Gobierno» para su ejecución, se dispone que «que se ejecutará de día y con publicidad» y se establece que «se ejecutará pasando al reo por las armas» (artículos 867-872).

En la regulación del procedimiento sumarísimo, en principio sólo previsto «para los reos de flagrante delito castigado con pena de muerte o treinta años» (arts. 918-937), se mantiene la antigua estructura del Código de 1890, con escasísimas variaciones: el procesado permanecerá «siempre preso», el traslado al fiscal y al «defensor militar» para formular sus conclusiones será de cuatro horas, plazo que se estima suficiente para estudiar las actuaciones, proponer pruebas y formular el escrito de defensa. Como es habitual en dicha jurisdicción, «la sentencia será firme por la aprobación de dicha Autoridad (la Judicial Militar) de acuerdo con su Auditor» y, finalmente, se dispone que «... podrán ejecutarse sin dilación, incluso tratándose de la pena de muerte», con la salvedad del «enterado del Gobierno».

La jurisdicción militar permanecerá vigente en la Ley de Orden Público 45/1959, de 30 de julio, en cuya Disposición Transitoria Segunda se dispone que «seguirá entendiendo la jurisdicción militar de los delitos que, afectando al orden

público, le estén atribuidos con arreglo a lo establecido en Leyes especiales» y, finalmente, en el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, de prevención del terrorismo, en el que se establece que los procedimientos «correspondientes a la jurisdicción militar se sustanciarán por el procedimiento sumarísimo».

Consejos de Guerra que, como hemos visto con los Secretarios-falangistas, se constituían de forma habitual ilegalmente, es decir, infringiendo su propio marco legal. El sentido del voto particular emitido por el Presidente de la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en la sentencia sobre la revisión de la condena a muerte de Julián Grimau podría extenderse a todas las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra durante el franquismo: «la condena de Julián ha de reputarse inexistente», fue un «acto estremecedor para la conciencia jurídica», más que una sentencia era una «apariencia de sentencia». Aquella muerte, continuaba, «no fue el desenlace de un proceso, fue «un acto despojado de todo respaldo jurídico», «un hecho máximamente reprochable por su absoluta contradicción con el Derecho». La ilegalidad y ahora ilegitimidad de ese Consejo de Guerra fue común a prácticamente todos de procedimientos militares del franquismo.

A todos estos procesos se refería el apartado 57 de la Declaración de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa sobre el franquismo denominándolos un «sistema de justicia militar expeditiva» en el marco de la imposición de la «ley marcial».

#### *La revisión pendiente de los juicios franquistas*

El análisis del aparato represor del franquismo y su cobertura jurídica ya no puede hacerse como se hacía antes de la entrada en vigor de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, cualquiera que fuese la va-

loración que ésta merezca. Antes de esa fecha, constan innumerables análisis jurídicos, políticos e históricos que, sin duda, han favorecido y conducido a las conclusiones de dicha Ley. Son de destacar las palabras de los Profesores Marc Carrillo y Pere Ysàs: «La dictadura se dotó de un arsenal de normas jurídicas e instituciones administrativas y jurisdiccionales de excepción de carácter netamente represivo. Es decir, normas e instituciones creadas *ad hoc* en el marco de una estrategia planificada de represión contra la oposición. La práctica de esta violencia institucionalizada, en la que la pena de muerte estaba tipificada y se aplicaba ampliamente a los autores y partícipes del delito de rebelión, estaba presente en las tres fases a las que se veía sometida cualquier persona represaliada por razones políticas: la detención, el proceso judicial y la prisión»<sup>15</sup>.

La reacción institucional más importante frente a la dictadura, ha sido sin duda la incoación del Sumario 53/2008 por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5, por las denuncias de entidades memorialistas y familiares de desaparecidos sobre las desapariciones forzadas durante la Guerra Civil y la dictadura, luego censadas provisionalmente en 114.266 personas, por los delitos de «detención ilegal, sin dar razón del paradero, en el contexto de Crímenes contra la Humanidad», proceso finalmente archivado con las consecuencias ya conocidas de la injustificable persecución penal del Juez Instructor de esta causa.

Previamente se produjo el acuerdo unánime de 20 de noviembre de 2002 del Congreso de Diputados aprobando una Declaración Institucional en la que condenaba, aunque sin mencionarlo expresamente, el golpe de Estado del 18 de julio de 1936.

Momento en que un Diputado dijo: «la casa no será totalmente habitable»



mientras no se afronte la recuperación de la memoria histórica y la rehabilitación moral y jurídica de los «ex presos, guerrilleros, represaliados, exiliados y los enterrados clandestinamente».

La «casa», nuestro sistema democrático, es ahora algo más habitable pero con evidentes carencias que deberán subsanarse.

Lo ha hecho posible, sólo en parte, la aprobación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (BOE 27-12-2007), «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», dando así cumplimiento a la Resolución del Congreso de Diputados de 8 de junio de 2004.

Ciertamente la Ley es tardía, pero representa que, por fin, la democracia española, pese a sus evidentes insuficiencias, se enfrenta directamente a la Dictadura. Ya era hora de condenar formalmente el franquismo, precedido por una «sublevación militar», precisamente por la violación de los Derechos Humanos que se detallan en la Declaración del Consejo de Europa de 17-3-2006 que se asume expresamente.

La Exposición de Motivos de la Ley parte, pues, de dicha condena que era el presupuesto de otros pronunciamientos necesarios para completar el rechazo de aquel régimen, de su aparato represor y de las consecuencias de la presión.

Dice así: «Es la hora de que la democracia española y las generaciones vivas que hoy disfrutan de ella honren y recuperen para siempre a todos los que directamente padecieron las injusticias y agravios producidos, por unos u otros motivos políticos o ideológicos o de creencias religiosas, en aquellos dolorosos períodos de nuestra historia. Desde luego, a quienes perdieron la vida. Con ellos, a sus familias. También a quienes perdie-

ron su libertad, al padecer prisión, deportación, confiscación de sus bienes, trabajos forzados o internamientos en campos de concentración dentro o fuera de nuestras fronteras. También, en fin, a quienes perdieron la patria al ser empujados a un largo, desgarrador y, en tantos casos, irreversible exilio. Y, por último, a quienes en distintos momentos lucharon por la defensa de los valores democráticos, como los integrantes del Cuerpo de Carabineros, los brigadistas internacionales, los combatientes guerrilleros, cuya rehabilitación fue unánimemente solicitada por el Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de mayo de 2001, o los miembros de la Unión Militar Democrática, que se autodisolvió con la celebración de las primeras elecciones democráticas. En este sentido, la Ley sienta las bases para que los poderes públicos lleven a cabo políticas públicas dirigidas al conocimiento de nuestra historia y al fomento de la memoria democrática».

Complementariamente, la Ley incluye una disposición derogatoria que, de forma expresa, priva de vigencia jurídica a aquellas normas represoras dictadas bajo la Dictadura por ser manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales, desde los primeros Bandos de Guerra hasta la Ley del Tribunal de Orden Público, «con el doble objetivo de proclamar su formal expulsión del ordenamiento jurídico e impedir su invocación por cualquier autoridad administrativa y judicial». <sup>16</sup> Derogación que evidencia las carencias de la Constitución democrática de 1978 en cuanto no afrontó directamente la ruptura con el régimen totalitario anterior incorporando una norma como la que ahora, veintinueve años después, se ha aprobado.

Es ya evidente que la institucionalización de la violencia y el terror estuvo constituida, sobre todo durante los primeros años, por los Consejos de Guerra y

Tribunales especiales que aceptaron y consintieron la tortura generalizada, impusieron miles de penas de muerte y castigaron con masivos y largos encarcelamientos a quienes no se adhirieron a la sublevación, se opusieron a ella o defendieron ideales democráticos. Por tanto, era fundamental, casi la clave de bóveda de la Ley, cómo se afrontaba esa represión y sus consecuencias. Ciertamente, no fue posible, por la irreductible oposición del PSOE —carente de fundamentación jurídica—, que se declarase la expresa nulidad de tantas y tantas sentencias radicalmente injustas.

El Gobierno no fue coherente con la posición mantenida el 28-7-2003 cuando el Portavoz de su Grupo Parlamentario, Jesús Caldera, presentó una Proposición no de Ley solicitando, entre otras peticiones, «la anulación de los fallos injustos emitidos en los juicios sumarios realizados al amparo de la Instrucción de la Causa General, de responsabilidades políticas, por la ilegalidad de las normas e ilegitimidad de los tribunales y aparatos judiciales que iniciaron esos procesos y dictaron las sentencias» (BO del Congreso de Diputados de 8-9-2003). Decían entonces que la democracia tenía una «obligación moral, pero también jurídico-política» de reparar los daños causados a las personas víctimas de esa represión y citaban como precedente la Ley dictada en Alemania, tras el nazismo, «de derogación de los fallos injustos nacionalsocialistas...». Ciertamente, resulta patética la falta de coherencia del Gobierno. Y, posteriormente, el Parlament de Catalunya adoptó una resolución similar. El 18 de junio de 2004 aprobó la Resolución 89/VII en la que se acordaba instar al Gobierno de Cataluña para que traslade al Gobierno del Estado la necesidad de que «s'adoptin les mesures adequades per a decretar la nul.litat de tots els judicis i les sentències subsegüents dictades a

l'empara de l'anomenada *Instrucció de la causa general* i del *Tribunal del Honor y Jurisdicciones Antimasónicas y Anticomunistas* i que es declari el caràcter il·legítim d'aquells tribunals i de les normes en que s'emparaven».

Para justificar su posición, el Presidente del Gobierno en la respuesta dada a la pregunta formulada por el Portavoz del Grupo Parlamentario de I.U. dijo lo siguiente: «con los informes jurídicos a la mano», informes que se desconocen, y porque «nuestra Constitución optó por el principio de salvaguarda de la seguridad jurídica» no es posible otra alternativa a la contemplada en el Proyecto de Ley (B.O. del Congreso de Diputados de 13-9-2006). El planteamiento es erróneo. El principio de seguridad jurídica es uno de los que informan el ordenamiento constitucional (Art. 9.3), siempre para garantizar la protección de los ciudadanos. Con él se pretende que éstos, ante cualquier actuación de los Poderes del Estado o de las Administraciones Públicas, obtengan una respuesta previsible eludiendo o, en su caso, limitando el riesgo de la incertidumbre, sobre todo ante situaciones jurídicas similares. Así, el ciudadano está más protegido frente a la Administración y sus posibles abusos. Pero, en todo caso, es un principio subordinado a otro de rango superior, el de «justicia» que proclama el art. 1 de la Constitución. La seguridad jurídica no puede invocarse para sacrificar el valor «justicia» que es el que fundamenta la reclamación de nulidad que se formula. Y, por otra parte, ¿a quién perjudica la declaración de nulidad que se reclama? Sencillamente, a nadie.

Pero, pese a todo, los resultados obtenidos son de evidente trascendencia, inmediata y futura, en cuanto representan la rotunda y definitiva descalificación de la Dictadura y de todo su aparato represor. Lo que sitúa a España entre los países

que, aunque de forma insuficiente, han afrontado su pasado oscuro y represor.

Todo esto es lo que significa el reconocimiento por la Ley de que los Tribunales franquistas eran «contrarios a Derecho», es decir, ilegales en cuanto sustituyeron por la fuerza a la legalidad y las instituciones republicanas. Y eso significa también que los procesos y las sentencias eran «ilegítimas», en cuanto radicalmente contrarias a los derechos fundamentales y a los más elementales Principios de Justicia. Pero la condena y descalificación es aún mayor.

El contenido esencial de los «vicios de fondo y forma» de las sanciones y condenas a que hace alusión el art. 3.3 de la Ley tiene como contenido esencial la ausencia absoluta de garantías, definidas en los arts. 6 del Convenio de Roma y 14 de los Pactos de Nueva York, ausencia de garantías que tienen como consecuencia la indefensión de los acusados y condenados. Indefensión que se expresaba en la imposibilidad total y absoluta de los acusados, como ocurría en aquellos procesos, de hacer valer sus derechos, de mantener su posición y de oponerse eficazmente a la acusación. Derecho del que todos los acusados fueron privados masiva y sistemáticamente en sus dos manifestaciones esenciales, la asistencia letrada, entonces inexistente, y el derecho a la prueba, también completamente ausente.

El término indefensión tiene una gran trascendencia porque es el que se emplea en el art 238 de la LOPJ cuando define «la nulidad de los actos procesales». Nulidad que se asocia a «vicios de forma y fondo» que generan indefensión.

Pero, en cualquier caso, la declaración prevista en la Ley, asociada a los términos de la Exposición de Motivos, establece que las normas «represoras» son «contrarias a los derechos fundamentales» y que los tribunales, de la clase que fuesen, han «vulnerado las más elemen-

tales garantías del derecho a un proceso justo», atentando contra «los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (art. 7.2 del Convenio de Roma), lo que constituye el máximo fundamento de la declaración de ilegitimidad. Por más que sólo la declaración *ex lege* o judicial de nulidad elimine las sentencias como acto procesal y represente la formal declaración de inocencia de los injustamente condenados.

Así lo expresa rotundamente la Ley: Art. 3.2. «Por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, se declara en todo caso la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la presente Ley. 3. Igualmente, se declaran ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución».

Así lo expresó claramente el Magistrado del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) en el voto particular que emitió apoyando la anulación de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra núm. 2 de Valencia, el 25-5-1942 en el procedimiento sumarísimo núm. 6981.V.39, condenó a muerte a José Pellicer Gandia, que fue ejecutado. Una vez más la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo rechazó la revisión de la sentencia. Pero, una vez más, un ma-

gistrado disintió de ese criterio y apoyó que fuese revisada. Los razonamientos son estos: «El Estado social y democrático no es el mero Estado de legalidad, sino el proyecto de un Estado justo. Y en un Estado justo, siempre inacabado, no tienen cabida las condenas pronunciadas sin un juicio justo. A tal Estado de Derecho ha de resultarle intolerable la presencia de condenas pronunciadas abiertamente en contra de la Justicia». La condena de ese Consejo de Guerra no fue un «juicio justo», porque el órgano que la dictó era «ilegítimo, dependiente y parcial» (Auto 20-6-2006. Recurso Revisión 5/2006).

Con la expresión «juicio justo» se denomina un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es esencialmente histórica, pues proviene —en ello coincide la doctrina— de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada y de la formación de la convicción del juez sobre la base de actos escritos en un procedimiento fuera del control público y que se define por los siguientes derechos:

- derecho a un tribunal independiente,
- derecho a ser oído,
- derecho a la presunción de inocencia,
- derecho a ser informado de la acusación,
- derecho a disponer de tiempo y facilidades para la defensa,
- derecho a defenderse por sí o por un defensor de su elección,
- derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo,
- derecho de igualdad de armas y
- derecho de acceso a los recursos.

Posición conforme con los principios que condujeron a la absoluta descalificación de los juicios nazis. Ante leyes y tribunales de esa naturaleza, conservan toda su vigencia las palabras del profesor ale-

mán G. Radbruch cuando en 1946, ante el horror nazi, escribió un famoso opúsculo denominado «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes»<sup>17</sup>. Decía que, «la legalidad, la aspiración a la justicia, la seguridad jurídica son requisitos de una Administración de Justicia. Y las tres condiciones se echan de menos en los Tribunales Penales por delitos políticos en la época de Hitler». Y citaba las palabras de un Fiscal del Estado de Sajonia que en un juicio contra responsables nazis afirmó «la legislación del Estado nazi, que sirvió de base para condenar de muerte carece de toda validez jurídica», llegando a afirmar que «ningún juez puede invocar, ni ninguna jurisprudencia puede atenerse a una ley que no solo es injusta sino que es delictiva». Concluyendo, «Invocamos los derechos humanos que están por encima de las leyes escritas, el derecho inextirpable y eterno que rehúsa la validez de los mandatos ilegítimos de los tiranos inhumanos». Eran palabras que hoy conservan plena actualidad, máxime cuando hasta ahora, hasta setenta años después, no va afrontarse directamente la realidad de las leyes y de los tribunales impuestos por el General Franco que representaban no sólo la ausencia de Derecho —como expresión de principios de Justicia— sino la contradicción con esos principios de Justicia que tienen su último fundamento en la dignidad humana. Como decía Radbruch, en estos casos la contradicción de la Ley con la justicia alcanza «un grado insoportable». A las víctimas del fascismo español serían plenamente aplicables las palabras pronunciadas por el profesor Jellinek cuando se preguntaba que «a las víctimas de la Inquisición española les ha de ser muy difícil reconocer que las normas en virtud de las cuales fueron juzgadas eran normas de Derecho».

Pero, pese a los nuevos instrumentos legales de que hoy se disponen, todos los

procesos descritos conservan aún su validez, a causa de la pasividad del Fiscal General del Estado, que no ha atendido y dado efectivo cumplimiento a las declaraciones contenidas en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, instando de oficio los correspondientes recursos de revisión ante el Tribunal Supremo para la anulación de las sentencias<sup>18</sup>. Porque mientras todas esas sentencias no sean anuladas, los condenados no serán formalmente inocentes. Disponemos de una muestra reciente de cómo el aparato institucional se resiste, pese a la aprobación de dicha Ley, a aplicarla de forma rigurosa y coherente. El Govern de Catalunya instó al Fiscal General del Estado a interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo para obtener la nulidad formal de la sentencia dictada por el Consejo de guerra que el 14 de octubre de 1940 condenó a muerte y fusiló al Presidente de Catalunya *Lluís Companys*. El Fiscal General lo ha rechazado, omitiendo el ejercicio de la facultad que le otorga la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero lo que no es admisible es que ante una petición formal de una descendiente de *Companys* y del Govern, el Fiscal se limite a reiterar lo que ya dice la ley y mantenga que, de

acuerdo con ella, la sentencia es «nula de pleno derecho» y que, por tanto, carece de objeto su revisión. No pasa de ser una opinión cualificada pero completamente infundada. Por ello, la Lecrim ha previsto un procedimiento, el recurso de revisión ante el Supremo, para acreditar, ante la concurrencia de «hechos nuevos»<sup>19</sup>, lo son la vigencia de la Ley 52/2007, la «inocencia» del condenado y anular la sentencia que lo condenó injustamente. El Fiscal no puede sustituir el pronunciamiento de un tribunal y con su decisión no puede entenderse «jurídicamente inexistente» la sentencia condenatoria del *Presidente* ya que carece de legitimidad para acordar una decisión de ese alcance, que está reservada exclusivamente al Tribunal Supremo. En consecuencia, está aún pendiente la plena rehabilitación jurídica de todas las víctimas del franquismo. La respuesta del Estado debe consistir en proclamar legalmente la anulación de las sentencias dictadas en los procesos penales de los tribunales franquistas a través de los que se impusieron condenas de toda clase a los republicanos y demócratas españoles. En definitiva, la reparación que los Tratados internacionales exigen al Estado español.

## NOTAS

<sup>1</sup> «La repressió dels vençuts» (del autor citado), de la obra *Historia de Catalunya*, Pierre Vilar (dir.), Barcelona, Edicions 62, Volumen VII, *El franquisme i la transició democràtica*.

<sup>2</sup> Joan Corbalán Gil: *Justicia, no venjança. Els executats pel franquisme a Barcelona*. Barcelona, Cossetània Edicions, 2008. Obra donde están relacionados todos y cada uno de los fusilados en aquel periodo en el Camp de la Bota.

<sup>3</sup> El funcionamiento de los Consejos de Guerra ha sido objeto de numerosos estudios, sobre todo en su primera fase. Valgan como referencia de todos ellos los siguientes: Núñez Díaz-Balart, M. y Rojas, A., *Consejo de Guerra. Los fusilamientos en el Madrid de la posguerra (1936-1945)*, Madrid, Compañía Literaria, 1997; y Benet, J., *Domènec Latorre, qüessellat per catalanista*, Barcelona, Edicions 62, 2003.

<sup>4</sup> La exigencia de la aprobación de la sentencia por el Capitán General estaba prevista en el art. 28.9.º y 10.º del C.J.M. de 1890 y en el art. 52.9.º y 10.º del Código de 1945, que incluía expresamente las dictadas «en procedimiento sumarísimo».

<sup>5</sup> Testimonios, entre otros, de conocimiento ineludible sobre la tortura franquista: Nuñez, M., *La Revolución y el Deseo*. Barcelona, Península, 2002, pp. 95-115; Vinyes, R., *El daño y la memoria. Las prisiones de Maria Salvo*. Barcelona, Plaza & Janés, 2004.

<sup>6</sup> Archivo del TMT Tercero: N.º localización archivo 28981. N.º de causa 1937.

<sup>7</sup> Joan Corbalán Gil, *op. cit.*, p. 50. En esta obra, concretamente en el capítulo «Organitzar la repressió» se lleva a cabo un análisis exhaustivo de los mecanismos de colaboración con la represión.

<sup>8</sup> Según se disponía en el art. 142 en relación con el 134 del C.J.M. entonces vigente.

<sup>9</sup> Así se desprende de numerosos procedimientos sumarísimos de urgencia, como los siguientes que obran en el Archivo del Tribunal Militar Territorial Tercero de Barcelona. Número localización archivo 499/39, procedimiento que acumuló los incoados y tramitados por los Juzgados Militares de Arenys de Mar, Vilafranca del Penedés, Sant Feliu de Llobregat y Granollers. El Juez Militar de Arenys nombró a falangistas como secretarios judiciales en seis procedimientos y el de Sant Feliu de Llobregat en dos de ellos. Número de localización de archivo 28981/número de Causa 1937. Procedimiento en el que el Juez Militar de Granollers nombró secretario judicial a un «Militante de FET y de las JONS». Número de localización de archivo 27112/número causa 27.208. El juez militar de Granollers nombra también secretario judicial a un militante de la FET. Número de localización de archivo 20293, número de causa 165. El juez militar de Granollers reitera el nombramiento de secretario judicial a un militante de la FET. Número de localización de archivo 22660/número de causa 12696. El Juez Militar de Granollers reitera el mismo nombramiento. Así consta también en los procedimientos correspondientes a los siguientes archivos: Número de localización de archivo 27395 / causa 9948 y en el correspondiente al número localización archivo 27490 / causa 12702.

<sup>10</sup> Archivo TMT Tercero. N.º localización de archivo 773/1939.

<sup>11</sup> Archivo. TMT Tercero. N.º localización archivo 499/1939.

<sup>12</sup> Archivo del Tribunal Militar Territorial Tercero de Barcelona. Número de localización de archivo: 773/39.

<sup>13</sup> Carlos Jiménez Villarejo: «El proceso militar contra el President Companys. Un paradigma de barbàrie», *Quaderns del Memorial Democràtic*, Vol. 1 (2010), pp. 30-32.

<sup>14</sup> Archivo. TMT Tercero. N.º localización archivo 27.112. N.º de causa 27.208. La diligencia transcrita figura con la siguiente anotación Sección 5.ª A. Número 72574.

Igualmente puede constatarse en el procedimiento que puede examinarse bajo la siguiente identidad: N.º localización archivo 27562. N.º de causa 28674.

<sup>15</sup> Jornada *Violencia, represió i justícia a Catalunya (1936-1975)*, Fundació Carles Pi i Sunyer, 6 de junio de 2007.

<sup>16</sup> «El Bando de Guerra de 28 de julio de 1936 de la Junta de Defensa Nacional aprobado por Decreto n.º 79, el Bando de 31 de agosto de 1936 y, especialmente, el Decreto del general Franco, N.º 55, de 1 de noviembre de 1936; las Leyes de Seguridad del Estado de 12 de julio de 1940 y 29 de marzo de 1941, de reforma del Código penal de los delitos contra la seguridad del Estado; la Ley de 2 de marzo de 1943 de modificación del delito de Rebelión Militar; el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947, sobre rebelión militar y bandidaje y terrorismo y las Leyes 42/1971 y 44/1971 de reforma del Código de Justicia Militar; las Leyes de 9 de febrero de 1939 y la de 19 de febrero de 1942 sobre responsabilidades políticas y la Ley de 1 de marzo de 1940 sobre represión de la masonería y el comunismo, la Ley de 30 de julio de 1959, de Orden Público y la Ley 15/1963, creadora del Tribunal de Orden Público.»

<sup>17</sup> *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid, Editorial Aguilar, 1971, pp. 3-22.

<sup>18</sup> Art. 961 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «El Fiscal General del Estado podrá también interponer el recurso siempre que tenga conocimiento de algún caso en el que proceda y que, a su juicio, haya fundamento bastante para ello, de acuerdo con la información que haya practicado.»

<sup>19</sup> Art. 954.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regula los presupuestos del recurso de revisión.