



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

VERGARA, Óscar
SISTEMA JURÍDICO, REPRESIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLV, núm. 134, mayo-agosto, 2012, pp. 655-687
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723288007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

SISTEMA JURÍDICO, REPRESIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA* *LEGAL SYSTEM, REPRESSION AND HUMAN RIGHTS IN CONTEMPORARY SPAIN***

Óscar VERGARA***

RESUMEN: Según la teoría contemporánea, un sistema jurídico existe cuando es eficaz en general. Así, identificar las normas jurídicas válidas en tal sistema sólo requiere cumplir con los requisitos establecidos en su correspondiente regla de reconocimiento.**** De modo que ni en la cuestión de la existencia del sistema ni en la de la identificación de sus normas tiene que ver la de la moralidad del derecho. Esto se pone en cuestión en este trabajo a través del análisis del derecho de la represión durante la dictadura franquista y las medidas reparadoras adoptadas a partir de la transición a la democracia hasta nuestros días.

ABSTRACT: According to the contemporary theory, a legal order exists on the sole condition that it is efficient in general terms and this was the case for both the Republic and the Dictatorship. In turn, the validity of the legal norms of all legal orders is based on its respective rules of recognition. Thus, neither the existence of the legal order nor the validity of its respective legal norms depends on moral considerations. In this paper, we call this affirmation into question on the base of the fact that the compensatory methods adopted from the Transition to Democracy show an evident concern to repair the damage of taking away a person's basic rights.

Palabras claves: sistema jurídico, dictadura. **Keywords:** legal system, dictatorship.

* Notas sobre validez jurídica de normas preconstitucionales y del alcance y fundamento de medidas de reparación. Artículo recibido el 25 de febrero de 2011 y aceptado para su publicación el 31 de octubre de 2011. Este trabajo forma parte del proyecto de investigación “Del discurso de la derrota al discurso del diálogo. Justicia transicional, memoria histórica y Constitución”, dirigido por el profesor Pedro Serna Bermúdez, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional de la Unión Europea (código SEJ2007-64461/JURI).

** *Remarks about the legal validity of preconstitutional rules. scope and justification of reparation measures.*

*** Profesor de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña.

**** *Cfr. Raz, Joseph, El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico, México, UNAM, 1982, p. 19. En sentido crítico, cfr. Seoane, José Antonio, “La teoría del sistema jurídico de Joseph Raz”, en Vergara, Óscar (ed.), Teorías del sistema jurídico, Granada, Comares, 2009, pp. 221-224. Objeción similar de Serna a teoría pura del derecho que por pureza metódica margina justicia, pretensión de corrección, etcétera, de todo análisis realista del derecho. Cfr. Serna, Pedro, Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos, México, Porrúa, pp. 22-28.*

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 655-687.

SUMARIO: I. Orden jurídico y sistema jurídico. II. El orden jurídico español a partir de 1936. III. Norma jurídica y sanción. IV. El derecho sancionador durante la dictadura. V. Restablecimiento de los Tribunales de Honor. VI. La Ley de Responsabilidades Políticas. VII. La Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo. VIII. Causa general por delitos cometidos durante la “dominación roja”. IX. El Tribunal de Orden Público. X. El delito de rebelión. XI. La cuestión de la legitimidad del orden jurídico y de sus normas. XII. Revisión del derecho preconstitucional. XIII. Amnistía por delitos y faltas de intencionalidad política. XIV. Rehabilitaciones de funcionarios. XV. Heridos y mutilados de guerra. XVI. Fallecidos a causa de la guerra civil. XVII. Indemnizaciones a los privados de libertad por motivos políticos. XVIII. Devolución de los bienes incautados a partidos políticos y sindicatos. XIX. Concesión de la nacionalidad española a los brigadistas internacionales. XX. Los “niños de la guerra”. XXI. La Ley de Memoria Histórica. XXII. Conclusiones.

Durante años, la transición española a la democracia (1975-1982) fue vista, dentro y fuera de España, como un modelo. Esto no deja de ser comprensible. Tanto su novedad como su éxito contribuyeron a que la transición española fuera objeto de estudio por politólogos, historiadores y sociólogos de todas las latitudes. Como ha escrito Tusell, se trata de un éxito “inesperado”, consecuencia de la falta de precedentes y del enorme peso muerto que significaba el régimen de Franco.¹ Recordemos que éste se afianzó a lo largo de casi cuatro décadas “de paz”.² Pensando en su inevitable desaparición, se le atribuye a Franco la famosa frase: “todo lo dejo atado y bien atado”, queriendo dar a entender que el régimen permanecería más allá de su muerte.

Lo cierto es, sin embargo, que la transición se produjo sin rupturas, desde dentro del propio régimen, a través de su propia reforma política. Ésta, por otro lado, fue completa, ya que la clase política de la dictadura no se autoperpetuó en el nuevo panorama institucional.³

En todo esto, el *recuerdo del pasado* desempeñó un papel importantísimo. Durante la transición estuvo muy presente la conciencia del peligro de que se produjese un enfrentamiento fratricida como el de los años treinta,

¹ Tusell, Javier, *Transición a la democracia*, Madrid, Espasa, 2007, pp. 20 y 21.

² García de Cortázar precisa que más que de “paz” hay que hablar de “orden”. Cf. García de Cortázar, Fernando, *Los mitos de la historia de España*, Barcelona, Planeta, 2004, p. 328.

³ Sobre la transformación social y de mentalidad que explica este sorprendente viraje, véase Tusell, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

y esto se quiso evitar a toda costa. Un elemento específico de la transición española consistió en la necesidad de superar la división entre vencedores y vencidos que había sido establecida tras la guerra civil española, pero que empezó a ser abandonada en los últimos años del franquismo por sus propios vástagos.

En buena parte debido a esa necesidad de evitar un nuevo enfrentamiento,⁴ el hecho es que la transición española se realizó *sin justicia penal*. Se buscó expresamente mirar al futuro, echando al olvido todo lo que había pasado. Pero “echar al olvido” no es lo mismo que “olvidar”; significa recordar un pasado con el propósito de clausurarlo. Es lo contrario a la amnesia,⁵ porque implica investigar ese pasado, no fiarse de la memoria de nadie, ni siquiera de la propia, para conocerlo.⁶

La amnistía de 1977, por otra parte, sirvió para sacar de la cárcel a los presos de ETA y a otros grupos terroristas de izquierda que tenían delitos de sangre, ya que los presos políticos ya habían sido amnistiados con anterioridad. Se trata de una ley aprobada por unas Cortes democráticamente elegidas, y que fue pactada entre los partidos de la oposición y el partido del Gobierno. El Partido Nacionalista Vasco fue quizás el que con más insistencia defendió la necesidad de una amnistía.

En este contexto, no se crearon espacios públicos para la reivindicación de la memoria de los vencidos ni se abordaron aspectos simbólicos y honoríficos. Pero, en cambio, no se reparó en medidas con importantísimos efectos económicos. Me refiero, entre otras, a medidas como la rehabilitación de funcionarios; pensiones a mutilados, viudas y huérfanos, e indemnizaciones a presos políticos. Hasta el punto de que en las dos últimas décadas del siglo XX el número de perceptores de pensiones derivadas de la guerra civil llegó a alcanzar el 25% del total de las pensiones de clases pasivas.

⁴ Sobre otros factores, véase Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 137-140. Téngase presente, por ejemplo, que buena parte de la sociedad española estaba en sintonía con la dictadura por aquellos años, y todavía hoy muchos se niegan a condenarla.

⁵ A veces se ha resumido el modelo español como “amnesty and amnesy”.

⁶ Juliá, Santos, “De nuestras memorias y de nuestras miserias”, *Hispania Nova*, núm. 7, 2007, p. 790, <http://hispanianova.rediris.es> (la expresión “echar al olvido” es suya). De hecho, la guerra civil y la dictadura ha sido y es objeto de multitud de estudios históricos desde los comienzos de la misma transición.

Curiosamente, el debate crítico en torno al modelo transicional español es suscitado, generacionalmente hablando, por los nietos de quienes sufrieron la guerra civil. Así, a partir de los primeros años del nuevo siglo, diversos grupos parlamentarios plantean la necesidad de la anulación de las condenas dictadas por motivos políticos durante la guerra civil y la dictadura.⁷ Estas demandas provocaron la creación de una Comisión Interministerial que estudió esta cuestión y otras que los movimientos en favor de la memoria histórica consideraban cuentas pendientes: retirada de símbolos y monumentos franquistas, concesión de pensiones a los denominados “niños de la guerra”, ampliación del régimen de concesión de la nacionalidad española a los brigadistas internacionales, compromiso de la administración en la localización y exhumación de cadáveres, etcétera. A raíz de estos trabajos fue dictada la popularmente conocida como Ley de Memoria Histórica.⁸

Ni esta Ley ni la mencionada Comisión Interministerial se llegaron a plantear nunca la posibilidad de la persecución penal de los crímenes cometidos durante la represión del régimen franquista. Por eso, el auto del juez Garzón de 16 de octubre de 2008 no deja de resultar *novedoso*, ya que intenta abrir una especie de investigación general por los crímenes cometidos durante la guerra civil y el franquismo por el denominado “bando nacional”.⁹ Esto le ha costado ser procesado por el delito de prevaricación, sobre la base de su falta de competencia para realizar esta investigación, y de que existe un obstáculo legal difícilmente franqueable como es la mencionada Ley de Amnistía de 1977.

En este contexto, el presente trabajo busca dos cosas. En primer lugar, ofrecer un panorama detallado de todo lo que se ha hecho en España por reparar las consecuencias de la guerra civil y la dictadura, con el fin de contribuir a formar un debate acerca de la suficiencia o insuficiencia de

⁷ Adviértase que en Alemania se dictó en 1998 la Ley, de 25 de agosto, de Anulación de Sentencias Nacional-Socialistas Injustas en la Administración de Justicia Penal.

⁸ Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se Reconocen y Amplían Derechos y Se Establecen Medidas en Favor de Quienes Padedieron Persecución o Violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

⁹ Se ha apuntado la analogía de este planteamiento con el Decreto de 26 de abril de 1940 por el que el Gobierno franquista ordena al Tribunal Supremo “instruir causa general en la que se reúnan las pruebas de los hechos delictivos cometidos en todo el territorio nacional durante la dominación roja”.

dichas medidas. Y, en segundo lugar, extraer dos consecuencias de teoría del derecho: la necesidad de un respeto mínimo a los derechos humanos que todo orden jurídico debe albergar y la del distinto grado de validez de las normas jurídicas en función de su origen autocrático o democrático.

Su estructura es la siguiente. En primer lugar se da cuenta de la teoría tradicional del sistema jurídico, la cual acepta la posibilidad de que las normas jurídicas puedan tener cualquier contenido, con tal de que hayan sido producidas legalmente en un sistema jurídico eficaz en su conjunto. A continuación se repasa el derecho de la represión durante la dictadura. Luego se plantea la tesis de Nino de que las normas cuyo origen no es democrático tienen un nivel más débil de validez. A continuación, se examina la revisión del derecho de la dictadura durante la transición y las distintas medidas reparadoras. Por último, se afirma la tesis de que la protección de los distintos bienes humanos que dichas medidas encarnan (vida, salud, libertad, etcétera.) pone de manifiesto la primacía de los derechos humanos por encima de los criterios de mera legalidad y eficacia, negando la tesis tradicional de que los sistemas jurídicos puedan tener cualquier contenido.

I. ORDEN JURÍDICO Y SISTEMA JURÍDICO

Nada es indiferente al tiempo. Hasta los derechos más fundamentales del hombre se ven afectados, al menos en cuanto a su medida, por su paso. Por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la educación en tiempos de paz que en medio de una guerra (aunque todos los niños tengan ese derecho). Incluso el derecho a la vida se suspende ante una legítima defensa. En general, los sistemas jurídicos cambian constantemente. El solo hecho de promulgar una nueva ley determina un sistema jurídico nuevo, distinto del anterior, no sólo porque alberga una norma nueva, sino porque ésta genera una nueva serie de relaciones lógicas con el resto de disposiciones jurídicas que integran el sistema.¹⁰ Esto genera una sucesión de sistemas jurídicos en el tiempo, la cual es perfectamente compatible con la existencia de un solo orden jurídico. Siguiendo la terminología de Alchourrón y Bulygin, podemos decir que un orden jurídico se compone de una secuen-

¹⁰ Cfr. Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México, Fontamara, 1997, pp. 73 y ss.

cia de sistemas jurídicos unidos entre sí por una cadena de legalidad.¹¹ Cuando esa cadena se rompe (por ejemplo, por una revolución o por un pronunciamiento militar) puede surgir un nuevo orden jurídico.

¿Cuándo existe un nuevo orden jurídico? El criterio básico entre los teóricos del sistema jurídico para determinar la existencia de un orden jurídico es la eficacia: un orden jurídico existe cuando es generalmente eficaz.¹² Esto implica, precisa Hart, dos cosas. Que los ciudadanos obedezcan las disposiciones jurídicas y que los funcionarios y autoridades del sistema las acepten racionalmente como pautas exigibles para juzgar la conducta.¹³ Para Raz, la autoridad de que gozan las disposiciones jurídicas deriva de que provienen de los órganos competentes para dictarlas. Esto las convierte, en su opinión, en razones *excluyentes* para la acción.¹⁴ Pero ¿no hay nada qué decir sobre el contenido de los órdenes jurídicos?

II. EL ORDEN JURÍDICO ESPAÑOL A PARTIR DE 1936

a) Como es sabido, el 18 de julio de 1936 se produce un pronunciamiento militar en España que, tras su triunfo en la guerra civil, da lugar a un nuevo orden jurídico, de carácter autocrático, que se prolonga hasta mediados de los años setenta. Es un caso evidente de ruptura de la cadena de legalidad.

El Decreto de 24 de julio de 1936 constituye la Junta de Defensa Nacional, formada por los principales militares golpistas, “que asume todos los poderes del Estado y representa legítimamente al país ante las potencias extranjeras”. Se trata de un decreto que no tiene sustento en la legalidad republicana. Parece incluso sustentarse en sí mismo cuando en el segundo párrafo la Junta se atribuye a sí misma el poder de dictar de-

¹¹ Cfr. Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., “Sobre el concepto de orden jurídico”, en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, p. 397.

¹² Cfr. Vergara, O., “Epílogo”, en *id.* (ed.), *Teorías del sistema jurídico*, Granada, Comares, 2009, pp. 307 y 308.

¹³ Cfr. Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 145. Desde un punto de vista crítico, cfr. Rivas, Pedro, “El sistema jurídico en la teoría del derecho de Hart”, en Vergara, O., *Teorías...*, *cit.*, pp. 133-137.

¹⁴ Cfr. Raz, J., *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, CEC, 1991, p. 164. Con razón excluyente quiere decir que cuando una norma jurídica es aplicable a un caso, hay que seguirla con independencia de cualesquiera otras razones morales, económicas, religiosas, etcétera, que también puedan ser aplicables.

cretos, para lo que esboza un procedimiento: “Los decretos emanados de esta Junta se promulgarán, previo acuerdo de la misma, autorizados con la firma de su presidente y serán publicados en este *Boletín Oficial*”.¹⁵

Como complemento de esta disposición, el Decreto de 10. de noviembre de 1936, a su vez, declara sin ningún valor y efecto todas las disposiciones dictadas con posterioridad al 18 de julio que no hayan emanado de las autoridades militares dependientes de la Junta de Defensa Nacional.

b) Este problema ha sido tratado en la teoría del derecho. Para Kelsen, el Estado, que él identifica con el orden jurídico, tiene, a semejanza de Dios, una vocación de eternidad. Sin embargo, es un hecho que los Estados u órdenes jurídicos se suceden en el tiempo. Una de las funciones del derecho internacional es precisamente articular jurídicamente este tránsito. Se entiende que una revolución triunfante es una condición, entre otras, que permite hablar de la formación de un nuevo orden jurídico estatal.¹⁶ Kelsen asume en consonancia con esto que un orden jurídico existe en su conjunto cuando es eficaz, según el principio de efectividad, *al margen de su origen legítimo o ilegítimo*. “Así, pues —escribe—, al orden jurídico estatal se le marcan un principio y un fin en el tiempo, lo mismo que a las sociedades, asociaciones, cooperativas, corporaciones, etcétera, dentro de ese orden”.¹⁷ La cuestión de la legitimidad no parece, pues, tener cabida.

Escribe Kelsen: un Estado existe en el sentido de comunidad jurídica internacional “cuando se establece un poder independiente de dominación sobre hombres que habitan en un determinado territorio; con otras palabras: cuando adquiere eficacia real, dentro de un cierto ámbito, un orden coactivo de la conducta humana, que no tiene sobre sí otro orden que el del derecho internacional”.¹⁸

Dicho de otra manera, el derecho internacional confiere carácter jurídico al *acto efectivo de dominio*. Por ello, la revolución triunfante o el usurpador victorioso se convierten en “poder legítimo”.¹⁹ Esto ya lo había notado Jhering al señalar que cuando una sublevación triunfa se habla de

¹⁵ Se refiere al *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*.

¹⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre* (1925), Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1993, p. 148.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 127.

¹⁹ *Idem*.

“revolución”, pero si fracasa, de “rebelión”.²⁰ Por supuesto, si la nueva revolución fracasa, se mantiene el orden jurídico precedente junto con su norma básica, como si nunca hubiera perdido su vigencia.²¹ En Kelsen, dicho poder puede asumir cualquier contenido. No busca ningún valor trascendente.²²

III. NORMA JURÍDICA Y SANCIÓN

Para la teoría positivista tradicional, toda norma jurídica tiene la estructura supuesto de hecho-consecuencia jurídica, constituyendo ésta una sanción, positiva o negativa. Originalmente se le atribuye la naturaleza de un *mandato* imperativo del soberano garantizado por una sanción (Bentham, Austin).²³ Pero Kelsen considera que la norma jurídica es un *juicio hipotético* que expresa un enlace lógico (imputación) entre un supuesto de hecho condicionante y una consecuencia condicionada: “si es A, debe ser B, sin que con eso se enuncie alguna cosa sobre el valor moral o político de esta conexión”.²⁴ Este “deber ser” tiene para Kelsen un carácter puramente formal en el sentido de Kant, y por ello nada tiene que ver con una idea trascendente del derecho: “Permanece aplicable cualquiera que sea el contenido que tengan los hechos así enlazados”.²⁵ Para este autor, son equivalentes el ordenamiento de la URSS, el de la Italia fascista o el de la Francia democrático-capitalista. Todos son órdenes jurídicos. Así, escribe: “No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica”.²⁶

²⁰ Cfr. Jhering, Rudolf von, *El fin en el derecho*, trad. de D. Abad de Santillán, Granada, Comares, 2000, p. 219.

²¹ Cfr. Kelsen, H., *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*, trad. de H. Thévenaz, Neuchâtel, Éds. de la Baconnière, 1953, pp. 117 y 118.

²² Cfr. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2a. ed. a la reimpr. de 1960, Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 223.

²³ Cfr. Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, edición de H. L. A. Hart, Londres, Athlone Press, 1970, p. 93; Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. de J. R. de Páramo, Madrid, CEPC, 2002, p. 40. Sobre la naturaleza de las normas jurídicas, véase Cruz, Luis, *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 215-226.

²⁴ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 1a. ed., Viena, Deuticke, 1934, p. 23.

²⁵ *Ibidem*, p. 24.

²⁶ Kelsen, H., *Reine...*, 2a. ed., *cit.*, p. 201.

Raz afina este planteamiento, pero no lo supera. En su opinión, lo coactivo no son las disposiciones jurídicas, pues las hay que carecen de sanción.²⁷ Lo coactivo es el orden jurídico en su conjunto. Es más, la coactividad no es esencial al derecho, aunque es absolutamente necesaria, dada la debilidad humana.²⁸ En todo caso, las disposiciones jurídicas gozan de autoridad y tienen obligatoriedad, si han sido dictadas por el órgano competente.

IV. EL DERECHO SANCIONADOR DURANTE LA DICTADURA

Si es verdad lo anterior, un orden jurídico no requiere más legitimación que la de la victoria, pudiendo establecer un sistema de coacciones coherente con los fines que convencionalmente promueva, sean los que fueren. No obstante, si examinamos el derecho positivo español se desprende que aspira a una *legitimación moral*.

El Decreto de 13 de septiembre de 1936 proclama en su preámbulo: “Durante largo tiempo ha sido España víctima de actuaciones políticas desarrolladas por algunos partidos que, lejos de cooperar a la prosperidad de la Patria, satisfacían ambiciones personales con detrimento del bien común”.

Esta justificación recae sobre sus normas. Dicho decreto declara fuera de la ley “todos los partidos y agrupaciones políticas y sociales que, desde la convocatoria de las elecciones celebradas en fecha 16 de febrero del corriente año han integrado el llamado Frente Popular, así como cuantas organizaciones han tomado parte en la oposición hecha a las fuerzas que cooperan al movimiento nacional” (artículo primero). Asimismo, se incautan todos sus bienes, que pasan a la propiedad del Estado (artículo segundo). Dispone, además, que los funcionarios públicos o de empresas subvencionadas por el Estado podrán ser corregidos, suspendidos o destituidos si ello lo aconseja su “actitud antipatriótica o contraria al movimiento nacional” (artículo tercero), sanciones que serán acordadas por los jefes del centro en que preste sus servicios el funcionario (artículo cuarto).

²⁷ Raz, J., *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986, pp. 221 y 222.

²⁸ Cfr. Raz, J., *Razón práctica...*, cit., p. 184. Sobre el tema de la coactividad, véase Seoane, J. A., “El concepto de derecho. La teoría del sistema jurídico”, en Seoane, J. A. y Rivas, P., *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*, Granada, Comares, 2005, pp. 134 y 135.

También se atribuye un “ideal patriótico” a quienes intentaron el fallido golpe de Estado de 1932 contra la República.²⁹ Teniendo en cuenta su “gallardía, elevado espíritu y alteza de miras”, a través del Decreto de 13 de septiembre de 1936 la Junta de Defensa Nacional les concede la amnistía completa, incluyendo la reincorporación, atenta al “latir y anhelos del país”.

Llama la atención esta apelación a la legitimidad popular, de que también se sentía tributaria la República, al proclamar su Constitución en el artículo 1o. que “España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y de justicia” y que “Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo”.

Porque, como advierte Alexy, todo orden jurídico alberga una pretensión de corrección.³⁰

V. RESTABLECIMIENTO DE LOS TRIBUNALES DE HONOR

La cuestión moral es esencial en el Decreto de 17 de noviembre de 1936, por el que se restablecen los Tribunales de Honor: “Las instituciones militares rinden fervoroso culto al Honor, fuente que alumbró las excelsas virtudes de la lealtad y el heroísmo. De ahí la necesidad de confiar a quienes visten el uniforme del Ejército y la Armada un medio eficaz que impida se mancille la más apreciada de sus divisas”.

Estos tribunales tenían la misión de conocer “todas aquellas conductas que a juicio de la colectividad militar... empañen el buen nombre o la caballería de sus autores” (artículo segundo). Si el Tribunal de Honor considera que el hecho que motiva su constitución es deshonesto, lo consignará así, junto con la proposición de separación del servicio (artículo sexto).

VI. LA LEY DE RESPONSABILIDADES POLÍTICAS

La Ley, de 9 de febrero de 1939, de Responsabilidades Políticas se dicta para “liquidar las culpas de este orden [político] contraídas por quienes contribuyeron con actos u omisiones graves a forjar la subversión roja, a mantenerla viva durante más de dos años y a entorpecer el triunfo, pro-

²⁹ Nos referimos al golpe de Estado del general Sanjurjo de 10 de agosto de 1932, por el que fue condenado a muerte, siendo luego conmutada la pena por la de cadena perpetua. En 1933 fue amnistiado parcialmente sin que pudiera reingresar en el Ejército.

³⁰ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. Malem Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 33 y ss.

videncial e históricamente ineludible, del Movimiento Nacional” (Preámbulo). Se trata de una responsabilidad *sui generis*, tanto por los tipos sancionatorios, como por el elenco de sanciones, como reconoce el mismo Preámbulo:

Los propósitos de esta Ley y su desarrollo le da un carácter que supera los conceptos estrictos de una disposición penal encajada dentro de moldes que ya han caducado. La magnitud intencional y las consecuencias materiales de los agravios inferidos a España son tales, que impiden que el castigo y la reparación alcancen unas dimensiones proporcionadas, pues éstas repugnarían al hondo sentido de nuestra revolución nacional, que no quiere ni penar con crueldad, ni llevar la miseria a los hogares.

Son susceptibles de responsabilidad política, por ejemplo, las siguientes acciones (artículo 4o.): haber sido condenado por los delitos de rebelión o de traición; haber desempeñado cargos directivos en los partidos y agrupaciones declarados fuera de la ley o haber estado afiliado a ellos;³¹ haber sido designado para cargos de confianza por el gobierno del Frente Popular; haberse significado públicamente en la defensa de dicho Frente; haber pertenecido a la masonería; haberse opuesto activamente al Movimiento Nacional, etcétera.

En cuanto a las sanciones podían ser de tres tipos: restrictivas de la actividad (inhabilitación absoluta o especial); limitativas de la libertad de residencia (extrañamiento, relegación a las posesiones africanas, confinamiento o destierro); económicas (pérdida total de bienes, pago de cantidad fija o pérdida de bienes determinados); excepcionalmente, la pérdida de la nacionalidad española.

Asimismo se crea una jurisdicción especial de responsabilidades políticas, compuesta por los siguientes órganos: un Tribunal Nacional de Responsabilidades Políticas, dependiente de la Vicepresidencia del Gobierno, integrado por un presidente,³² dos generales o asimilados del Ejército o de

³¹ La Ley de Responsabilidades Políticas concreta y da una lista minuciosa, pero no exhaustiva, de los partidos y agrupaciones ya declarados fuera de la ley en virtud del Decreto de 13 de septiembre de 1936 (*supra*).

³² Este presidente será además jefe superior administrativo de Responsabilidades Políticas. Esta Jefatura tenía como misión, entre otras, ocupar, administrar, inventariar y enajenar los bienes embargados a las mencionadas entidades, agrupaciones o partidos declarados fuera de la ley (artículo 23).

la Armada, dos consejeros nacionales de Falange Española Tradicionalista y de las Juntas de Ofensiva Nacional-Sindicalista, que sean abogados, y dos magistrados de categoría no inferior al magistrado de Audiencia Territorial, todos ellos de libre designación por el Gobierno (artículo 19); unos Tribunales Regionales de Responsabilidades Políticas, encargados de dictar sentencia en los expedientes de responsabilidades políticas (salvo en aquellos supuestos reservados al Tribunal Nacional); unos Juzgados Instructores Provinciales, con la función de instruir dichos expedientes. Además, a cada uno de los Tribunales Regionales de Responsabilidades Políticas se les asigna un Juzgado Civil especial, que se encarga de todo lo relacionado con los bienes de los inculcados. Contra sus resoluciones cabía apelar ante la Audiencia Provincial correspondiente.

VII. LA LEY DE REPRESIÓN DE LA MASONERÍA Y EL COMUNISMO

La Ley de 10. de marzo de 1940 constituye el delito de pertenencia a la masonería y al comunismo, y disuelve y prohíbe todas sus organizaciones, ramas o núcleos auxiliares. Se justifica en su perniciosidad, factor principal de la decadencia de España, imputándoseles, entre otras cosas, las revoluciones del siglo XIX, la caída de la monarquía, amén de numerosos crímenes de Estado. Según el Preámbulo: “Estos graves daños inferidos a la grandeza y bienestar de la patria se agudizan durante el postrer decenio y culminan en la terrible campaña atea, materialista, antimilitarista y antiespañola que se propuso hacer de nuestra España satélite y esclava de la criminal tiranía soviética”.

La pena que cabe imponer a los calificados como masones o comunistas (artículo 5o.) es la de reclusión menor (de 12 años y un día a 20 años), salvo que concurra alguna circunstancia agravante,³³ en cuyo caso se impondrá la de reclusión mayor (de 20 años y un día a 30 años).³⁴

³³ Son circunstancias agravantes dentro de la calificación masónica, por ejemplo, el haber obtenido alguno de los grados del 18 al 33 o el haber tomado parte en las asambleas de la asociación masónica internacional o en las asambleas nacionales del gran oriente español. Y, dentro de la comunista, el figurar “en los cuadros de agitación, en las jefaturas y en los núcleos de enlace con las organizaciones extranjeras y el haber participado activamente en los congresos comunistas nacionales o extranjeros” (artículo 6o.).

³⁴ En realidad, los condenados por comunismo por este Tribunal fueron pocos, ya que para su represión existían otras fórmulas represoras. *Cfr.* Cancio, Raúl, *Guerra civil y tribu-*
D.R.© 2012. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 134, pp. 655-687.

Asimismo, quienes en tiempo anterior a la publicación de esta Ley hubieran pertenecido a la masonería o al comunismo quedan obligados a formular ante el Gobierno una *declaración de retractación* en el plazo de dos meses en la que se haga constar tal hecho, así como las circunstancias que estimen pertinentes (artículo 7o.).³⁵ Si en tales personas no se reconociera ninguna excusa absolutoria,³⁶ quedarán separadas definitivamente de cualquier cargo del Estado, corporaciones públicas y oficiales, entidades subvencionadas y empresas concesionarias, gerencias y consejos de administración de empresas privadas, así como cargos de confianza, mando o dirección en las mismas, decretándose, además, su inhabilitación perpetua para los referidos empleos y su confinamiento o expulsión. Asimismo, serán sometidos a procedimiento para imposición de sanción económica, conforme a la Ley de 9 de febrero de 1939.

En cuanto a la competencia para conocer de estos hechos, se asignaba a los Tribunales de Honor, para el caso de los oficiales del Ejército. Para el resto de personas se creaba en virtud de la misma ley un tribunal especial, “presidido por quien libremente designe el jefe del Estado y constituido, además, por un general del Ejército, un jerarca de Falange Española Tradicionalista y de las Juntas de Ofensiva Nacional-Sindicalista y dos letrados nombrados del mismo modo”.

VIII. CAUSA GENERAL POR DELITOS COMETIDOS DURANTE LA “DOMINACIÓN ROJA”

En virtud del Decreto de 26 de abril de 1940, el Gobierno ordena al fiscal del Tribunal Supremo “instruir causa general en la que se reúnan las pruebas de los hechos delictivos cometidos en todo el territorio nacional durante la dominación roja” (artículo 1o.), debiendo prestarle a todas las autoridades y corporaciones civiles como militares toda la ayuda que solicitare. Con esta causa se pretende recoger (Preámbulo):

desde los actos preparatorios de la subversión, hasta la conducta final de los dirigentes vencidos, e investigar cuanto concierne al crimen, sus causas y

nales populares: de los jurados populares a la justicia franquista (1936-1939), Cáceres, Universidad de Extremadura, 2007, p. 160.

³⁵ Los pormenores de esta retractación se regulan por Decreto de 30 de marzo de 1940.

³⁶ Véase artículo 10.

efectos, procedimientos empleados en su ejecución, atribución de responsabilidades, identificación de las víctimas y concreción de los daños causados lo mismo en el orden material que en el orden moral, contra las personas o contra los bienes, así como contra la religión, la cultura, el arte y el patrimonio nacionales.

IX. EL TRIBUNAL DE ORDEN PÚBLICO

La Ley de 2 de diciembre de 1963 crea el Juzgado y el Tribunal de Orden Público, el primero para la instrucción de los sumarios. A éstos se les confiere competencia privativa sobre todo el territorio nacional para conocer los delitos “singularizados por la tendencia en mayor o menor gravedad a subvertir los principios básicos del Estado, perturbar el orden público o sembrar la zozobra en la conciencia nacional” (Preámbulo). Asimismo, conoce de los delitos previstos en la examinada Ley de 1o. de marzo de 1940, de represión de la masonería y el comunismo, tras la supresión del Tribunal especial correspondiente (disposición final 4a.). Expresamente le correspondía conocer, entre otros, de los delitos contra el jefe del Estado, las Cortes, el Consejo de Ministros y forma de Gobierno; rebelión, sedición, desórdenes públicos, propaganda ilegal, detenciones ilegales por motivos políticos o sociales (artículo 3o.).

X. EL DELITO DE REBELIÓN

Las penas más graves lo eran en virtud del delito de rebelión.³⁷ Hasta 1945 este delito estuvo regulado por el Código de Justicia Militar aprobado por Real Decreto de 27 de septiembre de 1890. El delito de rebelión consiste en alzarse contra el Estado o sus autoridades legítimas. Como quiera que sea, en virtud del Decreto de 24 de julio de 1936³⁸ todos los poderes del Estado son asumidos por la Junta de Defensa Nacional, las autoridades legítimas pasan a ser las del Movimiento. El artículo 237 del

³⁷ Un tratamiento detallado de este tema puede verse en Vergara, O., “La Ley de Memoria Histórica: ¿cuentas pendientes? Sobre la revisión judicial de las condenas por motivos políticos o sin las debidas garantías durante la guerra civil y la dictadura”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2011, pp. 177-229.

³⁸ *Cfr.* epígrafe II.

Código de Justicia Militar, en su redacción original de 1890, definía así el delito de rebelión:

Son reos del delito de rebelión militar los que se alcen en armas contra la Constitución del Estado, contra el rey, los cuerpos colegisladores ó el Gobierno legítimo, siempre que lo verifiquen concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1a. Que estén mandados por militares, ó que el movimiento se inicie, sostenga ó auxilie por fuerzas del Ejército.

2a. Que forme partida militarmente organizada y compuesta de diez ó más individuos.

3a. Que forme partida en menor número de diez, si en distinto territorio de la nación existen otras partidas del Ejército antes ó después de haberse declarado el estado de guerra.

En cuanto a las penas, la más grave era la de muerte, que se podía imponer al jefe de la rebelión y a los que mandasen las diferentes unidades. Para el resto, así como para los que se adhirieran a la rebelión, las penas oscilaban entre la reclusión perpetua y la de muerte. No obstante, el Bando de 28 de julio de 1936 de la Junta de Defensa Nacional amplió durante la guerra civil los supuestos típicos del delito de rebelión, así como las figuras de los considerados responsables.

No hay una reforma legal del Código de Justicia Militar en esta materia hasta 1943, en virtud de la Ley de 2 de marzo de 1943, que restringe las modificaciones establecidas en los bandos de guerra dictados a partir de 1936. En 1945 se promulga un nuevo Código de Justicia Militar en virtud de la Ley de 17 de julio de 1945, que sustituye a la de 1890. Su artículo 286 establece:

Son reos del delito de rebelión militar los que se alcen en armas contra el jefe del Estado, su Gobierno o instituciones fundamentales de la nación, siempre que lo verifiquen concurriendo algunas de las circunstancias siguientes:

1a. Que estén mandados por militares o que el movimiento se inicie, sostenga o auxilie por fuerzas de los ejércitos.

2a. Que formen grupo militarmente organizado y compuesto de diez o más individuos.

3a. Que formen grupo en número menor de diez, si en distinto territorio de la nación existen otros grupos o fuerzas que se proponen el mismo fin.

4a. Que hostilicen a las fuerzas de los ejércitos.

5a. También se considerarán reos del delito de rebelión militar los que así se declaren en leyes especiales o en los bandos de las autoridades militares.

En cuanto a las penas, se impone la de muerte a los que constituyen la cabeza de la rebelión. Dispone el artículo 287:

Serán castigados con la pena de muerte el cabeza de la rebelión y el que tome el mando superior de las fuerzas o elementos rebeldes.

Igualmente serán castigados con la pena de muerte los rebeldes con mando de compañía y unidades superiores o análogas de cualquiera de los tres ejércitos.

Los mandos no principales y los meros ejecutores son castigados (artículo 288) con la pena de doce años y un día de reclusión a muerte, “que el Tribunal aplicará discrecionalmente”. La misma pena se aplica a los promotores y a los cooperadores, así como a los que se adhieran a la rebelión “con actos que signifiquen impulso, fomento, ayuda o sostén de la misma” (artículo 288.2). Los que ayuden a la rebelión, pero sin identificarse con ella, son castigados con la pena de seis meses y un día de prisión a veinte de reclusión (artículo 289). En la misma pena, quienes exciten a la rebelión, aunque ésta no se produzca, y los que una vez cometido este delito, hagan apología de él (artículo 290). Se castiga con la pena de prisión, la conspiración y proposición para este delito (artículo 291).

Del delito de rebelión en todas sus formas conocía la jurisdicción militar, de acuerdo con los trámites del procedimiento sumarísimo, por el Consejo de Guerra que en cada caso correspondiera. Tanto el Código de 1890, como el de 1945 muestran un más que exiguo catálogo de garantías procesales.³⁹

XI. LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD DEL ORDEN JURÍDICO Y DE SUS NORMAS

De lo anterior podemos extraer dos conclusiones:

1a.) Todo orden jurídico alberga una “pretensión de corrección” (Alexy):⁴⁰ en este caso, las normas analizadas responden de manera evi-

³⁹ Cfr. Vergara, O., “La Ley de Memoria Histórica...”, *cit.*, pp. 206-210.

⁴⁰ Cfr. epígrafe IV.

dente a determinada concepción de España y del bien común, que es impuesta coactivamente, frente a un concepto político considerado pernicioso y disolvente.

2a.) La justificación del orden jurídico es de índole moral.⁴¹ No puede ser de otra manera. Como pone de manifiesto Nino, el reconocimiento de las normas dictadas por un régimen *de facto* no puede basarse en el hecho de que han sido dictadas por quien ejerce el poder. Esto implica una *falacia*, ya que se produce un salto ilegítimo del ser al deber ser.⁴²

Ahora bien, la justificación de las normas de un orden jurídico *de iure* es de la misma índole. Como señala el profesor argentino, “el mostrar la concordancia entre esas normas y una constitución parece suficiente fundamento de validez sólo porque se presupone que ella recepta valores éticos aceptables”.⁴³ Así, pues, es la moral la que constituye la fuente última de validez de las normas jurídicas, validez que las capacita para justificar actos y decisiones.

Kelsen intentó en su día evitar esta conclusión, recurriendo a una norma fundamental presupuesta —luego la considera ficticia—⁴⁴, que en algún momento identifica con aquella norma de derecho internacional que confiere validez a los diversos órdenes jurídicos que hay bajo su ámbito.⁴⁵ Pero esto es problemático, porque ¿qué da validez u obligatoriedad (en Kelsen es lo mismo) al derecho internacional?

Bulygin considera que la cuestión de la obligatoriedad es una cuestión moral, totalmente inadecuada en un planteamiento positivista. Validez implica reconocimiento directo o indirecto por una regla última del sistema que tiene carácter conceptual, pero no moral: define qué reglas forman parte de él, pero no tiene la misión de conferir obligatoriedad.⁴⁶ Ross ha calificado la teoría pura de Kelsen como un cuasipositivismo.⁴⁷

⁴¹ Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 58 y 59.

⁴² Nino, C. S., *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 92.

⁴³ *Ibidem*. Cfr. epígrafe IV, acerca de la Constitución republicana.

⁴⁴ Como presupuesta, *cfr.*, por ejemplo, Kelsen, H., *Reine...*, 2a. ed., *cit.*, p. 209. Como ficticia, *cfr.* Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Ringhofer, K. & Walter, R., p. 206.

⁴⁵ *Cfr.* epígrafe II.

⁴⁶ Bulygin, E., “Sobre la regla de reconocimiento”, en varios autores, *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 37-39.

⁴⁷ Ross, Alf, “Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, núm. 4, 1961, pp. 78-82.

Distingue Nino entre dos tipos de legitimidad de las normas jurídicas: las que se refieren a su origen y las que se refieren a su contenido. A su juicio, cuando una norma satisface plenamente las exigencias de contenido, la cuestión del origen se torna superflua. Ahora bien, cuando no es así, pasan a ser relevantes las consideraciones relativas al origen. Por ello es preciso que el origen de las normas sea legítimo, ya que esto hace que también sean obligatorias las normas cuyo contenido se desvía, dentro de unos márgenes razonables, de las exigencias sustantivas de justicia, lo que, por otra parte es inevitable dada la tendencia de los hombres a incurrir en errores morales.⁴⁸

La superioridad de la democracia está, a juicio de Nino, en que su sistema de toma de decisiones es el mejor sucedáneo del discurso moral, al permitir en mayor medida que se cumplan las exigencias de deliberación libre y consenso. Ahora bien, ese carácter sucedáneo lleva a que su capacidad justificatoria sea *prima facie*,⁴⁹ de tal manera que puedan discutirse aquellas decisiones que no habrían sido tomadas en un discurso moral genuino.

Las normas de origen autocrático carecen de esta presunción de justicia. Pero eso no las deja absolutamente deslegitimadas, pues hay que considerar la posibilidad de que las autoridades autocráticas se muestren respetuosas con los derechos básicos. En este caso, hay consideraciones de orden, paz, seguridad, etcétera, que confieren cierta legitimidad de origen a sus normas, lo que puede neutralizar las inevitables desviaciones de su contenido con respecto a la justicia.⁵⁰

No obstante, como comprobaremos *infra* en el caso español,⁵¹ las razones de paz, orden y seguridad son aplicables en plenitud mientras dura el régimen *de facto*. Cuando éste es reemplazado, no es tan gravoso desconocer sus normas, si bien aquellos valores siguen operando en algunos aspectos, ya que las normas generan expectativas en la gente en torno a las cuales amolda su vida, dando lugar a múltiples situaciones jurídicas que no es posible revertir sin producir una gran inseguridad jurídica.

48 Nino, C. S., *La validez...*, *cit.*, p. 96.

49 A diferencia de Raz, que la consideraba excluyente. *Cfr.* epígrafe I.

50 Nino, *La validez...*, *cit.*, p. 99.

51 *Cfr.* epígrafes XII-XXI.

Para Nino, la validez jurídica admite grados, siendo superior cuando su origen es democrático, pues permite presumir su justicia. Si no lo es, puede hablarse de cierta validez sobre la base de consideraciones de orden y seguridad, que no son determinantes si sobreviene un régimen democrático. En este caso, las normas autocráticas pueden ser fácilmente superadas por consideraciones axiológicas, salvo que afecten gravemente a la seguridad jurídica, como comprobaremos en el caso español.

XII. REVISIÓN DEL DERECHO PRECONSTITUCIONAL

Curiosamente, la transición a la democracia no instaura un nuevo orden jurídico en los términos de la teoría tradicional del sistema jurídico, al no ser establecida *ex abrupto* a partir de una nueva regla de reconocimiento. En una palabra, el régimen de Franco se autoliquida legalmente. Desde un punto de vista formal, la cadena de validez de las normas jurídicas no es quebrantada. La reforma del régimen franquista comienza con una Ley Fundamental del Régimen que emana correctamente de su propia asamblea legislativa. La Ley 1/1977, de 4 de enero, de Reforma Política insta al Gobierno franquista a convocar las primeras elecciones democráticas. Como resultado de esto, se dictan la Ley de Amnistía de 1977, que permite excarcelar a todos los presos políticos del régimen, incluidos los que tenían delitos de sangre, y la Constitución de 1978. Ésta reconoce un conjunto de derechos “fundamentales” que se consideran la base del *materialmente*, que no formalmente, nuevo orden político, y confiere a las Cortes (Parlamento) el poder para dictar leyes, que deberán ser sancionadas por el rey (órgano también restaurado por el régimen). Nótese, pues, que los tres pilares mencionados (democracia, derechos fundamentales y proceso legislativo) fueron dispuestos por la Ley de Reforma Política. Hablar de *nuevo* orden político es posible hacerlo sólo sobre la base de consideraciones materiales o de contenido, si bien es verdad que la misma transformación material es ordenada por una Ley predemocrática. En todo caso, *formalmente*, el orden jurídico permanece el mismo, al no romperse la cadena de validez, lo que pasó por última vez en 1936. Por eso, no parece que la cuestión del contenido del orden jurídico sea indiferente tal y como se pretende desde la teoría tradicional del sistema jurídico.

La Constitución española deroga, pero no anula, las disposiciones jurídicas preconstitucionales incompatibles con ella (disp. der. 3a.). Es obvio

que el derecho represor de la dictadura adolece de esta falta de compatibilidad. Los Tribunales de Honor están prohibidos expresamente; no es posible establecer sanciones por motivos políticos o ideológicos; nadie puede ser perseguido por ser masón o comunista, y nadie puede ser condenado a muerte por rebelión (en la actualidad ni siquiera en tiempos de guerra). No hay duda de que estas disposiciones vulneran derechos fundamentales como la libertad ideológica, la libertad de opinión, la libertad de información, la libertad de asociación, la libertad religiosa, el derecho al honor, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, etcétera.

Se trata de derechos que la Constitución “reconoce” (artículo 10.2), no otorga, por lo que también se entiende que eran válidos durante el régimen preconstitucional, razón que fundamenta todos los intentos de reparar a las víctimas de la represión que ha habido desde que comenzó la transición. Se trata de indemnizar a quienes sufrieron daños y perjuicios en aquellos bienes más básicos como consecuencia de la guerra: vida, salud, integridad física, etcétera.

En un primer momento se tiende a la rehabilitación del personal funcional depurado y al reconocimiento de sus derechos pasivos. Esto coincide con la concesión de la amnistía por los delitos y faltas de intencionalidad política. Paulatinamente se conceden una serie de pensiones a quienes resultaron inválidos a causa de la guerra, así como a los familiares de fallecidos y desaparecidos en ella. Posteriormente, se indemniza a quienes sufrieron prisión por motivos políticos y se concede una pensión a los denominados “niños de la guerra”. También se concede la nacionalidad a los brigadistas internacionales. Por último, la Ley de Memoria Histórica (LMH) completará el panorama reparador desde un punto de vista económico, pero sobre todo moral. Lo vemos con más detalle en los siguientes párrafos.

XIII. AMNISTÍA POR DELITOS Y FALTAS DE INTENCIONALIDAD POLÍTICA

Una de las primeras medidas del gobierno, durante la transición, fue la revisión de oficio y la anulación de los efectos de las sanciones administrativas impuestas a los funcionarios civiles del Estado de conformidad con la Ley de Responsabilidades Políticas de 10 de febrero de 1939.⁵²

⁵² En virtud del Decreto 3357/1975, de 5 de diciembre. *Cfr.* epígrafe VI.

Asimismo, el Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, consciente de que una de las principales misiones de la corona es promover la reconciliación nacional, consideraba “llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado”. Por ello concedió una amnistía por todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión, siempre que no hubieran lesionado o puesto en peligro⁵³ la vida o la integridad de las personas o el patrimonio económico de la nación a través del contrabando monetario. La amnistía abarca los delitos de rebelión, sedición, amnistía, y comprende, asimismo, a prófugos, desertores y objetores de conciencia.⁵⁴

Pero las Cortes Generales fueron mucho más lejos en virtud de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, al amnistiar todos los actos de intencionalidad política, *cualquiera que fuese su resultado*, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.⁵⁵ Es importante consignar que el olvido lo era para todos, no sólo para los presos de ETA (para quien se reivindicó especialmente esta medida de gracia), ya que abarcaba los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley.

XIV. REHABILITACIONES DE FUNCIONARIOS

a) En relación con los *funcionarios civiles* que hubieran perdido su empleo como consecuencia de sus actos de intencionalidad política, el Real Decreto Ley 10/1976 (artículo noveno) y la Ley de Amnistía (artículo séptimo) disponían su reincorporación al servicio. No obstante, sólo podían percibir haberes por el tiempo en que hubiesen prestado servicio efectivo,

⁵³ El Real Decreto 19/1977, de 14 de marzo, elimina el inciso “puesto en peligro”.

⁵⁴ El Decreto 1081/1978, de 2 de mayo, concreta algunos aspectos del RDL 10/1976 para los funcionarios de la Generalidad de Cataluña.

⁵⁵ El Real Decreto Ley de 30 de julio de 1976, recién mencionado, había establecido como fecha límite el 30 de julio de 1976. La misma Ley de Amnistía, que comentamos, amplía todavía más el plazo hasta el 15 de junio de 1977: “cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España”. La fecha se extiende al 6 de octubre de 1977, si los actos no han supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.

si bien el tiempo en que hubiesen estado separados del servicio computaba a efectos de antigüedad.

b) Los *militares profesionales* en un primer momento no tuvieron derecho a la reintegración en sus empleos y carreras, aunque sí a recibir el haber pasivo que pudiera corresponderles, con arreglo al empleo que tuvieran en la fecha en que cometieron el delito amnistiado (artículos octavo y sexto, respectivamente).⁵⁶ Posteriormente, la Ley 37/1984, de 22 de octubre, dispuso el pase a la situación de retirado de estos militares, con los derechos inherentes a la misma y con el empleo que por edad les habría correspondido de haber continuado en servicio activo. Finalmente, la Ley 24/1986, de 24 de diciembre, estableció que los militares profesionales también podían solicitar su reincorporación a las armas con el empleo que les hubiera correspondido por antigüedad.

c) Por lo que se refiere a los *militares no profesionales*, la mencionada Ley 37/1984 reconocía los servicios prestados “a todo el personal que hubiere ingresado al servicio de la República en las Fuerzas Armadas y hubiera obtenido un empleo o grado militar de, al menos, suboficial durante el periodo comprendido entre el 18 de julio de 1936 y el 1o. de abril de 1939”, así como “a los que durante el indicado periodo temporal hubieran ingresado al servicio de la República como miembros de Fuerzas de Orden Público, o del cuerpo de carabineros”.⁵⁷ A estas personas también

⁵⁶ El Real Decreto Ley 6/1978, de 6 de marzo, concretaba que dicho personal consistía en los oficiales, suboficiales y clases que hubieran consolidado su empleo, o hubieran ingresado como alumnos de las academias militares, con anterioridad al 18 de julio de 1936, pertenecientes a las Fuerzas Armadas o Fuerzas de Orden Público, y que tomaron parte en la guerra civil. Asimismo, se señalaba que el haber pasivo se computaría tomando en consideración los servicios prestados hasta el 17 de julio de 1936, y el tiempo transcurrido desde el 18 de julio del mismo año hasta la fecha en que hubieren cumplido la edad reglamentaria para el retiro a efectos de trienios. Asimismo, se concedía a viudas y huérfanos el derecho a la pensión con arreglo al sueldo regulador que hubiera correspondido a los causantes del mismo en el momento de su fallecimiento. La Ley 10/1980, de 14 de marzo, modifica el Real Decreto Ley 6/1978, considerando profesionales a los que con anterioridad al 18 de julio de 1936 se hubieran reenganchado en algún cuerpo militar, pertenecieran en esta fecha a las Fuerzas de Orden Público o fueran miembros del Escuadrón de Escolta del Presidente de la República o alumnos de las Escuelas de Marinería de la Armada.

⁵⁷ La STC 116/1987, de 7 de julio, declaró parcialmente inconstitucionales sus artículos 1o. y 4o., por violar el principio de igualdad, al considerar, en consonancia con la legislación anterior, sólo la profesionalidad de quienes hubieran ingresado como funcio-

D.R.© 2012. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 134, pp. 655-687.

se les concede el derecho a una pensión, así como a recibir prestaciones médico-farmacéuticas y a los servicios sociales, en la misma medida que los pensionistas del régimen general de la seguridad social. Concede asimismo a los cónyuges sobrevivientes y a los huérfanos de los interesados derechos a pensión de viudedad y orfandad, además de las otras prestaciones mencionadas.

d) Además de ello se dictaron disposiciones específicas de rehabilitación para los funcionarios de las administraciones locales,⁵⁸ para los funcionarios de la administración de justicia,⁵⁹ así como para los maestros cursillistas procedentes del Plan Profesional de 1931⁶⁰ y para los cursillistas del Magisterio Nacional Primario de 1936.⁶¹

XV. HERIDOS Y MUTILADOS DE GUERRA

El Decreto 670/1976, de 5 de marzo, concede una pensión a todos aquellos que hubieran sufrido heridas que causen una disminución notoria en sus facultades como consecuencia directa o indirecta de acciones bélicas desarrolladas en el territorio nacional entre el 18 de julio de 1936 y el 1o. de abril de 1939, que no pudieran integrarse en el Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria.

Este decreto dejaba pendientes algunos problemas que afectaban a quienes sufrieron mutilaciones en dicho periodo, por lo que fue completado con el Real Decreto Ley 43/1978, de 21 de diciembre. Este decreto distinguía entre inválidos de guerra, inválidos en acto de servicio e inutilizados por razón del servicio. Concedía a los inválidos de primer grado, así como a los inutilizados por razón de servicio derecho a percibir una retribución básica, así como una pensión de mutilación, causando también derecho a pensión en favor de sus familias.⁶²

narios militares antes del 18 de julio de 1936, distinción que no se hizo en relación con los funcionarios civiles del Estado.

⁵⁸ Real Decreto 393/1976, de 1o. de octubre, y Orden del Ministerio del Interior de 6 de julio de 1977.

⁵⁹ Real Decreto Ley 44/1978, de 21 de diciembre.

⁶⁰ Real Decreto 1555/1977, de 2 de junio.

⁶¹ Real Decreto 329/1979, de 13 de febrero.

⁶² Los inválidos de primer grado y los inutilizados por razón del servicio podían integrarse en el Régimen General de la Seguridad Social. Los de 2o. grado sólo tenían derecho a la pensión de mutilación.

El Real Decreto Ley 6/1978, de 6 de marzo, recordemos, concretaba el haber pasivo que correspondía a los militares profesionales, así como la pensión correspondiente a sus viudas y huérfanos. El Real Decreto Ley 46/1978, de 21 de diciembre, además, les concede el derecho a recibir una pensión vitalicia por haber sufrido, durante la guerra civil, heridas o lesiones que les hubieran ocasionado una disminución notable de sus facultades.

En un primer momento no se distinguió entre combatientes republicanos o nacionales. Estos últimos ya habían sido reparados, aunque había un pequeño número de ellos que no habían podido acogerse a las correspondientes normas protectoras⁶³ o habían optado por ejercer mejores derechos. La Ley 35/1980, de 26 de junio,⁶⁴ se dirige específicamente a los mutilados e inválidos de la zona republicana,⁶⁵ considerando que la anterior regulación, si bien suponía notables adelantos, era susceptible de mejorarse.

Por último, la Ley 6/1982, de 29 de marzo, se dirige a los mutilados civiles de guerra, estableciendo una retribución básica para ellos, además de la pensión y la posibilidad de integrarse en el régimen general de la seguridad social, entre otros derechos.

XVI. FALLECIDOS A CAUSA DE LA GUERRA CIVIL

La Ley 5/1979, de 18 de septiembre, concede pensiones a viudas, hijos y demás familiares de aquellas personas fallecidas durante la guerra ci-

⁶³ Estas son: Ley de 15 de septiembre de 1932; Ley de 12 de diciembre de 1942; Ley de 26 de diciembre de 1958; Ley 5/1976, de 11 de marzo.

⁶⁴ El Real Decreto Ley 391/1982, de 12 de febrero, integra en el Régimen General de la Seguridad Social, con fines de asistencia sanitaria y servicios sociales, a los mutilados ex combatientes de la zona republicana.

⁶⁵ En concreto, se refiere a todos aquellos “españoles ex combatientes de la zona republicana que, formando parte de modo permanente o circunstancial de los ejércitos, Fuerzas de Orden Público de carácter y organización militar o colaborando con los mismos bajo las órdenes de sus mandos naturales, hayan sufrido lesiones corporales que afecten de modo permanente su integridad física o psíquica o padezcan inutilización de igual carácter debidas a enfermedades producidas o agravadas en la prestación de un servicio durante el periodo de tiempo comprendido entre el 18 de julio de 1936 y el 1o. de abril de 1939, u originadas durante el cautiverio sufrido como consecuencia directa de acciones de guerra de dicho periodo”.

vil o como consecuencia de ella, así como a los desaparecidos en el frente o en otro lugar cuando pueda presumirse su fallecimiento por los mencionados motivos. Además de las pensiones (vitalicias), tienen derecho a asistencia médico-farmacéutica y a ciertos servicios sociales, como el acceso a las residencias y hogares del Servicio Social de Asistencia a Pensionistas.⁶⁶

XVII. INDEMNIZACIONES A LOS PRIVADOS DE LIBERTAD POR MOTIVOS POLÍTICOS

La amnistía dejaba sin efecto las limitaciones y suspensiones de derechos activos y pasivos a muchos españoles, pero no remediaba la situación de desprotección social en que se encontraban aquellas personas que, debido a su estancia en prisión, no pudieron consolidar su derecho a todas o algunas de las prestaciones de la seguridad social. La Ley 18/1984, de 8 de junio, completa en este sentido la Ley de Amnistía con el fin de “eliminar los últimos obstáculos para integrar como ciudadanos de pleno derecho a quienes se caracterizaron por la lucha por la libertad y el establecimiento de la convivencia pacífica en España”.⁶⁷ Esta Ley reconoce como cotizados a los efectos de la seguridad social, los periodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley de Amnistía.

Asimismo, la Ley 4/1990, de 29 de junio, DA 18a., de Presupuestos Generales del Estado para 1990, establecía una indemnización para aquellas personas que hubieran sufrido prisión por los mismos motivos contemplados en la Ley de Amnistía durante tres o más años.⁶⁸ La indemnización la cobraba el cónyuge superviviente si el causante hubiera fallecido y el 31 de diciembre de 1990 hubiera podido tener cumplidos 65 años de edad.⁶⁹

⁶⁶ Esta Ley fue desarrollada por el RD 2635/1979, de 16 de noviembre. La Resolución de la Dirección General del Tesoro de 23 de noviembre de 1979 estableció una serie de normas para su ejecución. Sus prestaciones económicas fueron ampliadas por la Ley de Memoria Histórica. *Cfr.* epígrafe XXI.

⁶⁷ Ley 18/1984, de 8 de junio, Preámbulo.

⁶⁸ A razón de un millón de pesetas por los tres primeros años y doscientas mil por cada tres completos adicionales.

⁶⁹ Modificado por la Ley de Memoria Histórica. *Cfr.* epígrafe XXI.

Para las numerosas personas que no cumplían con estos requisitos, casi todas las comunidades autónomas⁷⁰ han dictado normas específicas, reconociendo también derecho a la indemnización.⁷¹

XVIII. DEVOLUCIÓN DE LOS BIENES INCAUTADOS A PARTIDOS POLÍTICOS Y SINDICATOS

a) La Ley 4/1986, de 8 de enero cede en uso, en función de su representatividad, y de modo gratuito, a las organizaciones sindicales y empresariales los bienes del Patrimonio Sindical Acumulado (Patrimonio del Estado), y devuelve los bienes del Patrimonio Sindical Histórico a los sindicatos que puedan acreditar ser los legítimos sucesores de los que sufrieron la incautación.⁷² Esto último, siempre que los bienes no hubieran pasado a poder de terceros o no hubieran sufrido alteraciones sustanciales que impidieran su concordancia íntegra con los bienes originarios. En este caso, el Estado tiene la obligación de compensar su valor.

⁷⁰ Navarra: Ley Foral de Presupuestos Generales de Navarra para 2003 y Decreto Foral 75/1995, de 20 de marzo; Madrid: decretos 39/1999, de 11 de marzo, y 47/2000, de 23 de marzo; Asturias: decretos 22/1999, de 29 de abril, y 21/2000, de 2 de marzo; Aragón: Decreto 100/2000, de 16 de mayo; Cataluña: decretos 288/2000, de 31 de agosto, y 330/2002, de 3 de diciembre; Andalucía: decretos 1/2001, de 9 de enero; 333/2003, de 2 de diciembre, y 35/2006, de 21 de febrero; Castilla y León: decretos 171/2001, de 14 de junio, y 115/2003, de 2 de octubre; Islas Baleares: Orden de la Consejería de Presidencia, de 27 de diciembre de 2001; Castilla-La Mancha: decretos 31/2002, de 26 de febrero, y 9/2004, de 3 de febrero; Canarias: Ley 9/2002, de 21 de octubre, y Decreto 51/2003, de 30 de abril; País Vasco: decretos 280/2002, de 19 de noviembre, y 22/2006, de 14 de febrero; Cantabria: decretos 77/2002, de 28 de junio, y 44/2004, de 22 de mayo; La Rioja: Orden de la Consejería de Hacienda y Empleo, de 13 de febrero de 2005; Murcia: Decreto 81/2004, de 23 de julio; C. Valenciana: Decreto 210/2005, de 23 de diciembre.

⁷¹ Balance económico. En resumidas cuentas, según la Comisión Interministerial, hasta 2005 se habían resuelto favorablemente alrededor de 574 000 expedientes de pensiones o indemnizaciones, por un importe aproximado de 16 356 millones de euros. De éstos, 391 corresponden a indemnizaciones y el resto a pensiones. El número de beneficiarios ha ido disminuyendo con el tiempo. En 2005 había 22 397 causantes directos, con una pensión media mensual de 707.55 euros, y 73 546 familiares con un importe medio mensual de 398.40 euros. Es evidente el enorme esfuerzo presupuestario que ha supuesto la reparación económica de los efectos más adversos de la guerra civil. Como señala el Informe, en las dos últimas décadas del siglo XX, el número de perceptores de pensiones derivadas de la guerra civil llegó a alcanzar el 25% del total de las pensiones de clases pasivas.

⁷² En virtud, recordemos, del Decreto de 13 de septiembre de 1936 y de la Ley de Responsabilidades Políticas de 1939. *Cfr.* epígrafes IV y VI.

A pesar de ello, casi veinte años después no había sido posible restituir los bienes del Patrimonio Sindical Histórico, en buena medida debido a las exigencias que la Ley 4/1986 imponía a la hora de acreditar las titularidades, las cuales no tuvieron en cuenta la existencia de una guerra civil y un largo periodo posterior de dictadura. El Real Decreto Ley 13/2005, de 28 de octubre, trata de solucionar esto y establece además un plazo (31 de enero de 2006) —cosa que no había hecho la Ley, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica—, actualizando también los criterios de compensación de bienes —que en la Ley giraban en torno al valor de mercado al entrar en vigor ésta, esto es, en 1986—.

b) La Ley 43/1998, de 15 de noviembre, hizo lo propio con los partidos políticos, disponiendo la restitución a los mencionados en el artículo 2o. de la Ley de 9 de febrero de 1939⁷³ de los bienes inmuebles y derechos patrimoniales de que hubiesen sido titulares y que les hubiesen sido incautados, aunque no hubieran tenido personalidad jurídica propia. En caso de que dichos bienes y derechos no puedan ser devueltos total o parcialmente (por no haber quedado suficientemente identificados, por pertenecer a terceras personas distintas del Estado, o por ser de dominio público y optar el Estado por no restituir, o por cualquier otra causa), éste compensará pecuniariamente su valor (de mercado).

Las evidentes dificultades técnicas que conlleva⁷⁴ han impedido que se hayan arbitrado medidas legales para la restitución de los bienes y derechos patrimoniales de los ciudadanos particulares. A ello se añade la exigencia de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, teniendo

⁷³ Siempre que con anterioridad al 6 de diciembre de 1978 hubieran solicitado formalmente su reconstrucción legal, o en tal fecha hubiesen sido ya reconstituidos legalmente, y siempre que su personalidad no se haya extinguido con anterioridad al 1o. de diciembre de 1995. Sobre la Ley de Responsabilidades Políticas, véase epígrafe VI.

⁷⁴ El Informe de la Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y de la Dictadura, enumera éstas: “la determinación de los destinatarios y de los tipos de bienes y derechos que deben ser objeto de devolución; la fijación de las reglas para precisar la sucesión de los antiguos titulares; los medios de acreditación de esa titularidad, la articulación del procedimiento de restitución; los criterios de valoración de los bienes y derechos a restituir; la procedencia o no de indemnizar cuando los bienes y derechos hayan sido transmitidos por el Estado a terceros; la determinación, en su caso, de las indemnizaciones sustitutorias en los supuestos de pérdida, deterioro o desaparición de los bienes y derechos, y un largo etcétera”.

en cuenta la cantidad de transacciones jurídicas que han podido realizarse en relación a dichos bienes y derechos en los últimos casi setenta años.

XIX. CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A LOS BRIGADISTAS INTERNACIONALES

El artículo 21.1 del CC establece: “La nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante real decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales”. Pues bien, el Real Decreto 39/1996, de 19 de enero, considera que estas circunstancias excepcionales se dan en los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales durante la guerra civil española de 1936 a 1939. Sin embargo, debido a que el artículo 23, CC, exigía, para que la concesión fuera operativa, la renuncia a la nacionalidad anterior, muchos brigadistas se limitaron a solicitar un certificado de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la que constaba sólo la facultad de ejercer ese derecho.

XX. LOS “NIÑOS DE LA GUERRA”

Como es sabido, muchos niños fueron evacuados durante la guerra civil al extranjero, siendo acogidos principalmente, por lo que a Europa se refiere, en Bélgica, Reino Unido, Francia, la antigua Checoslovaquia y la antigua URSS, y, por lo que a América se refiere, en México, Venezuela y Chile. La Ley 3/2005, de 18 de marzo, reconoce una prestación económica a quienes, siendo menores de edad, fueron desplazados al extranjero y desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional. La norma está dirigida específicamente a quienes tienen menores ingresos, en concreto a aquellos que para subsistir han tenido que acogerse a las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles y a las pensiones de jubilación no contributivas de la seguridad social.⁷⁵

XXI. LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA

La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, que reconoce y amplía derechos y establece medidas en favor de quienes padecieron persecución o

⁷⁵ La cuantía es la diferencia entre 6 090 euros y el importe anual que se perciba en concepto de tales pensiones.

violencia durante la guerra civil y la dictadura, constituye el colofón a este proceso de reparación que empezó en la transición y que hemos repasado. Aborda especialmente los aspectos honoríficos y morales de que no se había hecho eco el legislador hasta ahora, sin perjuicio de introducir algunas mejoras en materia de pensiones.

a) En cuanto a lo primero, se reconoce un “derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano”. Se proclama el carácter injusto de toda forma de persecución por razones políticas, ideológicas o de creencia. Se declara la ilegitimidad de los órganos que durante la guerra civil fueron constituidos para dichos fines, así como las sanciones y condenas dictadas por ellos.⁷⁶ Se otorga el derecho a obtener una declaración administrativa de reparación y reconocimiento personal a quienes padecieron los efectos de dichas resoluciones. Se obliga a las administraciones públicas a colaborar con los particulares en la localización e identificación de las víctimas. Éstas también deberán retirar, con carácter general, todos aquellos símbolos que exalten individual o colectivamente la sublevación militar, la guerra civil o la dictadura.⁷⁷ En cuanto al Valle de los Caídos, se prohíben todo tipo de actos políticos o exaltadores de la guerra civil, de sus protagonistas o del franquismo. Se obliga al Gobierno, asimismo, a realizar un censo de edificaciones y obras llevadas a cabo por miembros de los Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores, así como por prisioneros en campos de concentración, batallones de trabajadores y prisioneros en colonias penitenciarias militarizadas. Se concede la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales, pero sin la necesidad de renunciar a su anterior nacionalidad.⁷⁸ Se crea el Centro Documental de la Memoria Histórica.⁷⁹

⁷⁶ La Ley de Memoria Histórica no anula, por tanto, dichas resoluciones. A pesar de ello, hay quien piensa que esto es posible a través del procedimiento del recurso de revisión ante el TS. Nos hemos ocupado de este problema, llegando a una conclusión negativa, en Vergara, O., “La Ley de Memoria Histórica...”, *cit.*, *passim*.

⁷⁷ Se exceptúan las menciones de estricto recuerdo privado o cuando concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley.

⁷⁸ *Cfr.* epígrafe XIX.

⁷⁹ Sus funciones son, entre otras: *a)* mantener y desarrollar el Archivo General de la Guerra Civil Española de Salamanca; *b)* recuperar y poner a disposición de los interesados de los fondos documentales y fuentes secundarias que necesiten (la misma ley concede expresamente un derecho de acceso); *c)* fomentar la investigación histórica de la guerra civil, etcétera.

b) Pero la ley también introduce mejoras en las prestaciones económicas.

1o.) En relación con los *fallecidos a causa de la guerra civil*. Recordemos que en virtud de la Ley 5/1979, de 18 de septiembre,⁸⁰ los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada guerra civil causaban derecho a una pensión (además de una serie de derechos prestacionales) en favor de viudas, hijos y padres, aquellos que hubieran fallecido durante la Guerra en o como consecuencia de acciones bélicas o violentas, por condena o en situación de privación de libertad, así como aquellos que hubieran fallecido después de la guerra, pero como consecuencia de ésta, en el plazo de dos años. Esto generaba el problema de que podía darse el caso de personas que fallecieran por heridas de guerra después de esos dos años o que fallecieran como consecuencia de la explosión de una bomba abandonada también fuera de ese plazo. Así podía darse el caso de que si en lugar de fallecer estas personas hubieran resultado mutiladas, habrían generado una pensión transmisible a sus derechohabientes. Así, pues, la LMH sólo exige que las heridas que ocasionen la muerte sean *como consecuencia de la guerra civil*, sin especificar plazos.

Asimismo, dicha Ley 5/1979 reconocía derecho a pensión en favor de viudas, hijos y padres de quienes hubieron fallecido después de la guerra civil “como consecuencia de actuaciones u opiniones políticas y sindicales, cuando pueda establecerse asimismo una relación de causalidad personal y directa entre la guerra civil y el fallecimiento y éste no hubiera sido consecuencia de ejecución de sentencia, ni derivado de acción violenta del propio causante”. Pues bien, la LMH suprime el inciso “y éste no hubiera sido consecuencia de ejecución de sentencia, ni derivado de acción violenta del propio causante”.⁸¹

Por último, en relación con esta misma Ley, así como con la Ley 35/1980, de 26 de junio, desde 1981 el colectivo de huérfanos había visto congeladas sus pensiones. Por eso, la LMH las actualiza en 132.86 euros mensuales, y establece su revaloración periódica.

2o.) En torno a los beneficiados por la Ley de Amnistía. Por lo que se refiere a la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del

⁸⁰ Cfr. epígrafe XVI.

⁸¹ Para completar el panorama, la Ley 5/1979 consideraba que causaban derecho a prestación los que hubieran fallecido después de la guerra por condena, acción violenta o en situación de privación de libertad motivadas por su participación en la guerra.

Estado para 1990, cuya DA 18a. disponía indemnizaciones a favor de quienes sufrieron prisión como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley de Amnistía,⁸² la LMH modifica esta DA 18a. incluyendo en ella a integrantes de los Batallones Disciplinarios, que estaban excluidos. Asimismo, rebaja la edad requerida: de 65 a 60 años, el 31 de diciembre de 1990, para tener derecho a percibir la indemnización. También se establece como novedad una indemnización para el cónyuge superviviente cuando el causante hubiera sido condenado a muerte y ejecutado, aunque no hubiera cumplido los tres años de prisión.⁸³

También se contemplan beneficios fiscales. En relación con el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en su artículo 7o. se dispone la exención de determinadas rentas. La LMH incluye, con efectos desde 2005, las indemnizaciones previstas por el Estado y las comunidades autónomas para compensar la privación de libertad por los motivos contemplados en la Ley de Amnistía. Asimismo, establece una serie de medidas destinadas a compensar la carga tributaria de las indemnizaciones percibidas desde el 1o. de enero de 1999, por los mismos motivos.

Por último, hay un reconocimiento específico, de carácter moral pero también con efectos económicos, de aquellas “personas fallecidas en defensa de la democracia durante el periodo comprendido entre 1o. de enero de 1968 y 6 de octubre de 1977”. A sus beneficiarios⁸⁴ se les reconoce el derecho a una indemnización por una cuantía de 135 000 euros.

XXII. CONCLUSIONES

1. A la luz de la teoría tradicional del sistema jurídico, el régimen dictatorial instaurado en España en 1936 puede ser considerado un sistema jurídico auténtico, pues se trata de un régimen que se afianza eficazmente desde 1939, y sólo desaparece, a través de su propia autoliquidación, a

⁸² *Cfr.* epígrafe XVII.

⁸³ En el caso en que no hubiera percibido por ello pensión o indemnización con cargo a alguno de los sistemas públicos de protección social. Según la redacción de 2007, la indemnización asciende a 9 616.18 euros.

⁸⁴ Son los hijos, el cónyuge o pareja de hecho y, subsidiariamente, padres, nietos, hermanos e hijos de la persona conviviente.

partir de 1975, tras la muerte del dictador Franco. Es más, por esta última razón, y dentro de las coordenadas de esta teoría general, la transición a la democracia no entraña de suyo un cambio de sistema jurídico, pues aquélla arranca de la Ley de Reforma Política de 1977, que es una ley aprobada por las Cortes franquistas, sin que haya ruptura en la cadena de legalidad. Nada habría, pues, qué objetar desde el punto de vista de la teoría tradicional en relación con la cuestión de la legitimidad del golpe de Estado que implanta el régimen de Franco, ya que el criterio último de la existencia de un sistema jurídico es, según esta teoría, el de su eficacia. Del mismo modo, nada habría que objetar a las concretas disposiciones emanadas desde su seno, ya que, según la misma teoría, la existencia individual de las normas jurídicas se determina exclusivamente a través de una cadena de validez formal que, partiendo de las normas superiores, desciende escalonadamente hasta las inferiores.

2. La realidad, sin embargo, muestra que sendos postulados sobre la existencia y la identidad de los sistemas jurídicos son incompletos, de modo que la cuestión de la legitimidad del orden jurídico y la justicia de sus normas no son asuntos menores que puedan marginarse. Por un lado, desde que comenzó la transición se ha generado un complejo muy amplio de normas reparadoras de derechos que ponen en tela de juicio la justicia y, eventualmente, afectan a la validez de las disposiciones jurídicas dictatoriales que contribuyeron a su lesión. Ambas vertientes se han recorrido en este trabajo. Por un lado, se ha dado cuenta del derecho de la represión: tribunales de honor, responsabilidades políticas, represión de la masonería y el comunismo, causa general por delitos cometidos “durante la dominación roja”, tribunal de orden público, represión de la “rebelión” contra las nuevas autoridades, etcétera. Y, por otro lado, las medidas reparadoras: amnistía por delitos y faltas de intencionalidad política, rehabilitación de funcionarios, pensiones a heridos y mutilados de guerra, pensiones a viudas, huérfanos y otros familiares de fallecidos y desaparecidos durante la guerra, indemnizaciones por privaciones de libertad por motivos políticos, devolución de bienes incautados a partidos y sindicatos, concesiones de la nacionalidad española, niños de la guerra, etcétera. La denominada Ley de Memoria Histórica de 2007 amplía puntualmente algún derecho, pero pone la mira en el reconocimiento moral e institucional de las personas que actuaron en el bando que perdió la guerra. En definitiva, la cuestión

que surge es: ¿qué grado de validez tienen aquellas normas que en parte han causado la lesión de los derechos que ahora hay que reparar?

3. Seguimos a Nino cuando afirma que las disposiciones emanadas de un orden jurídico democrático ostentan una presunción de justicia. Esto es así, a su juicio, porque, frente al sistema autocrático, el sistema democrático constituye un mejor sucedáneo de la toma de decisiones en el discurso moral genuino. Se trata de una justificación, no obstante, de carácter *prima facie*, ya que este sistema no garantiza, a su juicio, la infalibilidad de las decisiones. Al opósito, las normas de un sistema autocrático pueden ser válidas por razones de orden y seguridad *siempre y cuando haya un respeto de los derechos básicos, aunque estas razones no operan plenamente una vez que se produce el tránsito a un sistema democrático*. En definitiva, hay dos criterios adicionales, de carácter material, que hay que manejar a la hora de determinar el grado de validez de las disposiciones jurídicas: el carácter democrático o autocrático del régimen que las produce y el grado de respeto que muestren dichas disposiciones hacia los derechos básicos de las personas.