

EN ANTIDORA. Homenaje a Bartolomé Clavero [Colección Panoramas de Derecho (12)]. 1ª ed., abril 2019

IV. Democracia y derecho a la memoria

25. Notas sobre el régimen jurídico de los crímenes del franquismo (SEBASTIÁN MARTÍN)

IV. Democracia y derecho a la memoria

25 Notas sobre el régimen jurídico de los crímenes del franquismo

SEBASTIÁN MARTÍN

Universidad de Sevilla

Sumario:

- I. Introducción
- II. Un estado de guerra criminal
- III. Seguridad colectiva frente a guerras de agresión
- IV. Reconocimiento de la beligerancia
- V. Derecho humanitario y derecho penal internacional
- VI. Los crímenes franquistas ante los principios de Núremberg
- VII. Memoria, historiografía y derecho

I. INTRODUCCIÓN

Las presentes líneas cuentan con una intención modesta. Las mueve la insatisfacción ante las posiciones todavía dominantes en el debate historiográfico sobre la memoria histórica. Las moviliza aún más el repudio ante una práctica intelectual frecuente en medios académico-jurídicos, consistente en una suerte de perversión del discurso jurídico garantista, que lo torna en su contrario hasta convertirlo en manto de impunidad al servicio de los peores delitos. En cabecera, van precedidas con la calificación de “notas” porque ni gozan del atributo de la exhaustividad ni su valor, dada las limitaciones del autor, puede rebasar el de una colección de sugerencias.

El trabajo se divide en cuatro epígrafes. En su conjunto, aborda el marco jurídico de los crímenes franquistas desde una triple perspectiva: la del derecho penal y de orden público republicano vigente hasta 1939, la del derecho internacional previsto para los casos de

guerra entre Estados, tanto en lo que se refiere a las guerras de agresión que debían activar los mecanismos de seguridad colectiva propios de la Sociedad de Naciones como en lo que concierne al llamado reconocimiento de la beligerancia, y, por último, la del propio derecho penal de radio universal que por entonces comenzó a gestarse para perseguir precisamente crímenes de naturaleza homogénea a los cometidos en este país. Cerraremos, a modo de conclusión, con algún apunte sobre la historia (o, mejor, la historiografía) y la memoria, y sobre las relaciones entre el derecho (o, mejor, la doctrina jurídica) y las exigencias ético-normativas de la memoria histórica.

II. UN ESTADO DE GUERRA CRIMINAL

Como es bien sabido, la legislación de orden público de la Segunda República se condensó en la ley de 28 de julio de 1933 (*Gaceta* del 30)¹. Aunque pueda parecer una perogrullada, interesa subrayar que el estado de guerra y los contenidos de los bandos publicados por los sublevados desde los primeros pasos del golpe no contaban con el más mínimo anclaje en dicha legislación.

Acaso podían esgrimir en su favor el hecho de que la “Autoridad civil” había empleado todos los medios –“ordinarios” y “extraordinarios”– a su alcance sin lograr “restablecer el orden” (art. 48), dándose con ello la circunstancia fundamental habilitante para declarar el “estado de guerra”. No dejaría de constituir un pretexto rebosante de cinismo, una vez observado hasta qué punto el propio golpismo “contrarrevolucionario” provocaba la violencia política de la que supuestamente pretendía salvar al país². Los meses del Frente Popular se caracterizaron, en efecto, por una reanudación intensificada de las legítimas y constitucionales reformas del primer bienio³, y por una peculiar y nada criminal sinergia entre el gobierno y los movimientos populares en el impulso y desarrollo de dichas reformas⁴. El supuesto “Gran Terror” sentido por los estamentos propietarios medios ante las ocupaciones jornaleras de fincas, las numerosas huelgas, la repristinación gubernamental de la reforma agraria y los episodios recurrentes de violencia política que recorrían el país⁵, bien podía alimentar en determinados colectivos la reclamación de una restauración inmediata del orden, pero la institucionalidad establecida, con su espacio para el ejercicio de libertades y con sus posibles recursos de excepción, seguía siendo canal suficiente para lograr tal fin. Si el “estado de alarma” no se llegó a levantar en todos los meses del Frente Popular es porque se hacían cargo del grave problema⁶, que, descontadas las conocidas conspiraciones para la futura sublevación, no consistía en la inminencia de una revolución comunista, sino en una violencia mayoritariamente “atomizada y desestructurada”, repartida casi a partes iguales entre las grandes urbes y las localidades rurales, con Falange, el ejército y la policía como responsables en conjunto del mayor número de asesinatos por razones políticas⁷.

Pero el reguero de aproximadamente 400 muertos que ensombreció el periodo, y, en suma, los evidentes problemas de orden público existentes no dejaron de invocarse como una de las principales causas de justificación del golpe por parte de sus autores y promotores⁸. Apartemos por un momento la inexcusable evidencia ética de que el presunto antídoto utilizado resultó exponencialmente más perverso que el mal que se pretendía remediar. Nos interesa solo su encaje jurídico. Y más allá de su nula fundamentación en la circunstancia de hecho que justificaba la declaración de los estados de guerra, en nada cumplió tampoco las previsiones dictadas al respecto por la ley de orden público.

El estado de guerra era, en efecto, una situación excepcional subsidiaria, pero solo a la autoridad civil, no a la militar, correspondía discernir cuándo se habían agotado los medios extraordinarios que, a través de los estados de prevención y alarma, la citada ley ponía a su disposición. Solo ella tenía la facultad de prevenir en un “bando” publicado “con la

solemnidad posible” el hecho de que, empleados tales medios, le había sido imposible “restablecer el orden”. Y solo ella podía declarar oficialmente el estado de guerra tras la preceptiva reunión con las autoridades judicial y militar (art. 48). Es más, cuando el citado estado de excepción afectase a “todo un territorio de una región autónoma” (art. 50), o cuando lo hiciese al de varias provincias (art. 52), entonces dicha autoridad civil solo podía ser la del “Gobierno de la República”.

La situación de guerra provocada por el golpe de Estado, con el consiguiente imperio inapelable de la autoridad militar, no se atuvo, en origen, a los cauces procedimentales previstos. ¿Contó con algún asidero sustantivo? Téngase en cuenta que la ley de orden público disponía la posibilidad de que los vértices del ejército adoptasen, no solo las disposiciones punitivas previstas en la propia legislación, sino “cuantas medidas [fuesen] necesarias para el restablecimiento del orden” (art. 58). Y no faltaba en los años 1930 doctrina pseudo-constitucional que sostuviese que ese mismo concepto de “medidas” susceptibles de ser adoptadas en un estado de excepción, por situarse fuera del campo del derecho, esto es, por inscribirse en el terreno de los puros hechos materiales consumados, carecía de cualquier limitación jurídica legítima, incluso la elemental del respeto a la vida⁹. Sobre esta base, y dada la previsión de formar “los Consejos de Guerra” necesarios para “fallar las causas que procedan” (art. 57) aplicando las “penas del Código de Justicia militar” (art. 61), podría en apariencia entroncarse la propia dinámica de las fuerzas sublevadas con el marco previsto en la legislación de orden público de la República.

Pero no estamos, en efecto, más que ante una apariencia. Ya es dudoso (y esto puede aplicarse a la disciplina punitiva impuesta a la revolución de 1934, secamente militar) que la ley de orden público, al prever consejos de guerra para sentenciar los procesos “que a la jurisdicción militar correspond[iesen]” (art. 57), atribuyese a ésta el conocimiento de todas las causas por delitos políticos. Pero lo que no deja lugar alguno a dudas es que el estado de guerra previsto por la legislación no permitía, en absoluto, la erradicación de la institucionalidad vigente. De esas “medidas” que discrecionalmente podían adoptarse, el ejército debía rendir “cuenta inmediata” al Gobierno (art. 48), y su aplicación no podía en ningún caso remover ni suprimir en bloque unas autoridades civiles que debían “continuar actuando en todos los negocios de su respectiva competencia” no vinculados a materia de orden público (art. 56).

Es más, a sabiendas del negro historial que distinguía al ejército español como presunto garante de la “paz interior”, el legislador republicano quiso garantizar que la autoridad militar “cuidar[ía] muy especialmente” de que los “Jefes o Comandantes de las fuerzas que conduzcan presos” para ponerlos a disposición de la jurisdicción civil o de la militar lo hiciesen efectivamente “hasta su punto de destino, con toda seguridad”. Cuando así no ocurriese, por darse una desaparición forzada fruto de la represión incontrolada, habrían de formarse las causas pertinentes a fin de “averiguar las faltas y delitos que en este servicio se cometan”, con independencia del rango ostentado por el jefe militar responsable (art. 58). Nada que ver, por tanto, con una rebelión que destruyó la institucionalidad vigente y dispuso con plena arbitrariedad de la vida ajena, dejando tras de sí un macabro caudal de desapariciones.

Comenzamos con obviedades. Lo es que la rebelión militar no se atuvo al derecho vigente sobre estados de excepción. Lo es también que los hechos acontecidos eran ellos mismos constitutivos del delito de rebelión previsto por la propia legislación de orden público y tipificados por el código penal y el de justicia militar. Son, sin embargo, obviedades que no conviene despreciar, pues desde el punto de vista jurídico cumple calificar la sublevación por la legislación que ella misma quebrantaba. Su inaplicación da además la medida de la impunidad de los agresores.

El derecho interno aplicable a los sucesos del 18 de julio y de los días posteriores era el contenido en el código de justicia militar (art. 237) y en el de la marina de guerra (art. 128). A tenor de los arts. 4 y ss. del primer cuerpo legal, el fuero uniformado resultaba competente, entre otros motivos, en razón de la persona responsable y por causa del delito cometido, entre los que figuraban los “de rebelión y sedición” militares, castigados hasta con la pena capital. En estos casos graves de competencia de la jurisdicción castrense, era un órgano de creación republicana y composición mixta, la Sala Sexta del Tribunal Supremo, sustituta del Consejo Supremo de Guerra y Marina, el llamado a resolverlos. Lo mostraba el régimen aplicado a la sublevación frustrada del general Sanjurjo¹⁰.

La práctica procesal vigente en la República, visible por ese juicio de 1932 y por la “militarización” histórica del delito de rebelión¹¹, y la propia doctrina penal más ortodoxa, consciente de que para el tipo previsto en el código penal (art. 238) “no [era] preciso” que “el alzamiento público [fuese] armado”, y convencida de que la sustracción violenta de territorios a la “obediencia del Gobierno” (art. 238.4) “constituir[ía] generalmente un delito de rebelión militar”¹², permiten sostener que la trama civil que apoyó el golpe debió responder también ante la jurisdicción militar. El dato no empece, sin embargo, la tipificación paralela en el código penal de 1932 de ese crimen para el caso de su comisión por civiles (art. 238), castigándolo con pena de reclusión mayor de hasta treinta años. Se incluía además de forma expresa la figura especial de “conspiración para la rebelión” (art. 244.1), vinculada a una pena de cuatro a seis años aproximadamente. Al tipo tradicional de rebelión cabía añadir, de forma acaso más precisa, el delito “contra la forma de Gobierno establecida en la Constitución”, dirigido, entre otras posibilidades, a sustituir por la fuerza de las armas el gobierno vigente por otro “anticonstitucional” (art. 167), pero la jurisprudencia en vigor, emanada durante el propio tiempo republicano, lo atribuía, con sesgo manifiesto, solo a conatos locales de signo comunista o libertario¹³. Dado el límite máximo de treinta años para las penas de privación de libertad establecido en el texto de 1932, tal habría sido el horizonte habitual de la punición de estos delitos para civiles en el extraño, pero más acertado caso de que se hubiese recurrido a la jurisdicción ordinaria para juzgarlos.

Por otro lado, la posible inaplicación de los medios penales ordinarios en el caso de estos crímenes políticos tampoco suspendería su uso, a mi entender, para perseguir y sancionar los delitos contra la vida, la libertad y la propiedad cometidos por quienes desde la sociedad civil auxiliaron la rebelión. El escenario habría continuado siendo en muchos casos el mismo de la pena superior prevista en el código. Y, de haber avanzado el régimen republicano, con tiempo suficiente para aprobar su proyectado código penal, algunos de los hechos cometidos, dado su alcance internacional, habrían recaído también bajo el ámbito del “principio de justicia universal para los delitos que ata[cas]en los intereses generales de la comunidad de Estados”¹⁴, en especial los referidos al “empleo intencionado de todos los medios capaces de producir un daño común”¹⁵.

III. SEGURIDAD COLECTIVA FRENTE A GUERRAS DE AGRESIÓN

No se pretende escribir un capítulo consolador de historia-ficción. Ha querido subrayarse la evidencia de la total ilegalidad de la sublevación y su carácter criminal, dada la legislación vigente. Con ello nos prevenimos de entrada frente al típico razonamiento jurídico que entiende aquellos actos como extrajurídicos, por no serle aplicable la disciplina punitiva prevista en la legislación contra la que atentaban. Ahora bien, los elementos vistos explican el régimen jurídico aplicable a la sublevación si la contemplamos estrictamente como un suceso interior, y de haber podido abortarse la conflagración que provocó y depurado sus responsabilidades en la jurisdicción estatal. Sin embargo, desde muy pronto, el conflicto contó con una marcada dimensión europea e interestatal, lo que obliga a situar

también su tratamiento jurídico en el ámbito internacional.

La posición oficial de la mayor parte de países, cristalizada por el impulso hipócrita y prejuicioso de Inglaterra y las vacilaciones y el seguidismo de Francia¹⁶⁾, se desarrolló en un marco extra-jurídico, el entonces llamado de la “no-intervención”, no solo no previsto en el derecho internacional vigente, sino frontalmente contrario al mismo¹⁷⁾. Consistía esta nueva praxis en imponer de forma general la neutralidad respecto del conflicto español, negando así su alcance interestatal, restringiéndolo a un conflicto interno. La intención, en teoría, podía resultar convincente, pero las consecuencias prácticas eran de otro tenor bien diferente. De una parte, con la “no-intervención” se impedía la imprescindible y lícita adquisición de armamentos al gobierno republicano, negándole así su derecho a la “legítima defensa”, pero, de otra, se encubría y se bendecía el auxilio nazi-fascista a los sublevados, ya que ni Italia ni Alemania se sentían ligadas a los requerimientos de la “no-intervención”, pese a suscribirlos nominalmente en un inicio, ni la política inglesa de apaciguamiento consistía en otra cosa que en dejar hacer al nuevo *Reich*. La “no-intervención” se resolvía entonces, en la práctica, en un respaldo tácito de la intervención extranjera en España a favor de los rebeldes. Con razón se dijo que, con esta deletérea doctrina, era la “vez primera en la historia del mundo moderno” que “se sit[uaba] en un plano de igualdad a un Gobierno legítimo, representación auténtica de la voluntad popular expresada a través de órganos estrictamente constitucionales, y a unos generales facciosos”¹⁸⁾.

Tales fueron los efectos de la doctrina promovida por Francia e Inglaterra. Su consecuencia jurídica es que suplió los procedimientos y dispositivos efectivamente vigentes en el derecho internacional de la época¹⁹⁾. Podían encontrarse muy deteriorados tras la inacción de la Sociedad de Naciones ante la invasión italiana de Etiopía (1935) o la japonesa de Manchuria (1931)²⁰⁾, pero se mantenían en pie y eran los disponibles. Eran, de hecho, los que permitían considerar a la propia Sociedad de Naciones (SN) como una institucionalidad garante de la paz y la seguridad colectivas, y los que hacían pensar que las guerras “dejarían de ser obra particular de cada Estado, para ser sustituidas por la *intervención colectiva* de la misma Sociedad”²¹⁾. La contienda entre Estados, cualquiera de ellas, implicase o no a un miembro de la SN, era un asunto que concernía, por definición, a su jurisdicción (art. 11, Pacto de la SN, 1919). Cuando dicha guerra constituyese una “agresión exterior” y afectase a alguno de sus miembros, existía el compromiso colectivo, concretado en los medios indicados por el Consejo, de “preservar [...] la integridad territorial y la independencia política” del Estado agredido (art. 10). El Pacto disponía todos los medios necesarios para la resolución pacífica de conflictos entre Estados, del arbitraje a la intervención razonada del propio Consejo. De no recurrirse a ellos, se estaría entonces frente a una agresión ilegal, consistente en “un acto de guerra contra los demás miembros de la Liga”, obligados así a aislar por completo al Estado agresor (art. 16), fuese o no miembro de la SN (art. 17)²²⁾.

Una guerra de agresión ilegal y no otra cosa significaba el decisivo apoyo nazi-fascista recibido por los rebeldes desde el primer momento²³⁾, un respaldo militar directo que impide en todo caso tratar la confrontación como una guerra “civil” de acotación puramente interna.

Tras un primer, ingenuo apoyo a la no-intervención, en el entendido de que evitaría todo auxilio exterior a la rebelión²⁴⁾, la posición oficial de la República ante la Sociedad de Naciones estuvo definida así por la reivindicación del cumplimiento del Pacto. Su quebrantamiento implicaba, según advertencias de los republicanos, una “amenaza” de hondo calado “contra la paz mundial”²⁵⁾, extremo que el tiempo no tardaría en corroborar. Se quería que la organización internacional redujese el “conflicto a las proporciones de una discordia interior, en la que ningún Estado extranjero tenía por qué mezclarse”, pero la

Liga, que actuaba solo a rebufo de las directrices no intervencionistas, no era ya ni la sombra del “amparo de los débiles” que había estado llamada a ser; “se había convertido en una tertulia de amedrentados”²⁶⁾, y, como tal, evitó cualquier sanción por las injerencias sufridas y toda intervención colectiva en defensa resuelta del gobierno republicano.

IV. RECONOCIMIENTO DE LA BELIGERANCIA

Desde el punto de vista jurídico-formal, no había más disciplina internacional sobre la mal llamada “guerra civil” que la recién vista. La presencia de los aviones, las armas, los soldados y las bombas del III Reich y de la Italia fascista la convertía en una guerra internacional de agresión. Pero junto a esta disciplina jurídica, figuraba otra, más apegada a los hechos, la práctica y la historia, la denominada del “reconocimiento de la beligerancia”, defendida en nuestro caso por los militares sublevados²⁷⁾. Se trataba de una praxis efectivamente “problemática”²⁸⁾; mas conviene adentrarse en su problematidad específica para esclarecerla. Su posible aplicación resulta dudosa por razones de peso que pasamos a comentar, pero, de encontrarse pertinente, no estaba desprovista de consecuencias restrictivas para los propios insurrectos y de beneficios para el gobierno agredido. Por lo pronto, tenía como consecuencia la de ceñir la conflagración a un conflicto entre Estados, con imposición a terceros de una neutralidad obligatoria que Italia y Alemania estarían sistemáticamente incumpliendo, o bien de un auxilio público y notorio que las potencias se conjuraban para encubrir, en el caso del recibido por los sublevados, o para evitar, estrangulando el suministro armamentístico al gobierno republicano.

Pero vayamos a su definición. Con el “reconocimiento de la beligerancia” realizado por otros Estados, la rebelión ilegal contra un gobierno constitucionalmente instituido se convertía, en el ámbito internacional, en pugna entre dos Estados, uno *de facto*, el otro legal. El rechazo de plano a su aplicación se comprende porque, de admitirse, decae la imagen de un único gobierno legítimo agredido criminalmente por rebeldes interiores auxiliados por potencias extranjeras. Su recurso equiparaba en licitud a ambas partes combatientes, “no pudiendo tratarse” más a los sublevados “como rebeldes”²⁹⁾. Estamos ante una categoría anterior a la del propio reconocimiento de la estatalidad por parte de terceros países, susceptible de ser utilizada en los casos de guerra civil y condensada en el reconocimiento provisional, hasta la finalización del conflicto, de los atributos convencionales de un Estado (territorio, población, autoridad soberana) al espacio controlado por los rebeldes y a las propias instituciones puestas por ellos en planta, con los consiguientes derechos y prerrogativas que este estatus implicaba en el orden interestatal. Como se ve, la configuración de semejante práctica remitía para sus contenidos a la propia doctrina internacional y constitucional sobre el nacimiento de un Estado y sus rasgos definitorios.

Las apariencias dictan que, desde bien pronto, la ocupación territorial por parte de los insurrectos comenzó a generar el embrión de una nueva institucionalidad y a fundar, sobre tierra quemada, un nuevo Estado. No es inusual que la violencia subyazca al nacimiento de un Estado y posea “carácter instaurador de derecho”³⁰⁾. Hay crímenes que resultan fundacionales, aunque no por eso deben continuar declarándose, en democracia, intangibles, del todo irreparables y con responsabilidad solo cedida al veredicto de la historia y la providencia, sobre todo cuando tales crímenes arrasaron con una situación jurídica europea que vetaba el uso suplantador de la violencia y cuando de ellos no se seguía la instauración de ningún derecho racional, sino la perpetuación de la violencia misma. La cuestión es que tanto la doctrina internacional como la constitucional de la época, poco vinculadas aún a los derechos, asociaban la génesis de un Estado al hecho bruto de la existencia de un poder con capacidad estable de dominación en un territorio dado, fenómeno ligado, en numerosas ocasiones, al veredicto de una guerra³¹⁾. El principio

de soberanía, y su presencia empírica más allá de toda normatividad ética, resultaba definitorio a este respecto. La autoridad, su capacidad fáctica para imponerse, más que los fines que la limitaban y orientaban, parecía el elemento decisivo a la hora verificar la aparición de un nuevo Estado en la sociedad internacional.

Para el caso que nos ocupa, está de más confirmar que desde los primeros meses tras el golpe fallido resultaba del todo impracticable la aplicación de las leyes de la República o la actuación de sus propias instituciones en territorio ocupado por los rebeldes. ¿Puede calificarse por eso el imperio de los sublevados como autoridad incontrastable y, según los patrones normativos de la cultura jurídica vigente, legítima? La necesidad extendida de una represión sistemática abonaría más bien la creencia opuesta. La capacidad de hacerse establemente obedecer, por contar la nueva institucionalidad con un respaldo social espontáneo suficiente, pese a los mensajes propagandísticos de signo contrario difundidos por los insurrectos, no era uno de los atributos inaugurales de ese nuevo Estado, incomprendible sin las matanzas y el terror que le prestaron fundamento³². Diríase que en la mentalidad jurídica circulante la violencia podía suministrar un canal de acceso originario al *imperium*, pero su conversión en soberanía estatal requería de una suerte de consentimiento extendido, generalizado y espontáneo que entraba en tensión con la presencia estructural del terror sembrado en la tierra conquistada. Más que frente a un incipiente Estado soberano, estaríamos, por tanto, ante un dominio puramente fáctico, arbitrario, desatado, propio de una banda de salteadores, que impediría acudir a otro derecho que al que los rebeldes estaban violentamente quebrantando y al formalmente vigente en la sociedad internacional.

Volveremos enseguida sobre este particular. Conviene ahora recordar que los requisitos que imponía la *communis opinio* precedente para tal reconocimiento de la beligerancia no llegaban tampoco a cumplirse³³. Debía aplicarse a los casos en los que “en el seno de una sociedad política se desenvuelven dos sociedades con voluntad distinta”, siendo solo “la fuerza” el medio con que resolver la disyuntiva, bien con la sumisión de una parte a otra o bien desembocando en una fractura definitiva. El conflicto podía revestir cualidades muy diversas si se conformaba de “simples sediciones ó resistencias á las leyes y órdenes de la autoridad pública”, o bien los rebeldes lograban sustraerle a ésta territorios e implantar allí su poder. La disciplina del reconocimiento de la beligerancia solo cumplía en el segundo de los casos, y para que éste se diese eran necesarios dos órdenes de requisitos: “la *aparición de un Estado*” y la “*realidad de una lucha*” de carácter militar. Ambos parecen concurrir para los episodios que nos interesan.

Y, sin embargo, no es así. Pese al carácter embrionario de algunas de sus dependencias administrativas, no existía aún en el llamado “gobierno de Burgos” un “régimen político, administrativo y financiero” completo, “una hacienda, un sistema regular de impuestos y servicios públicos, una administración de justicia”, todos requeridos para ese reconocimiento provisional de la estatalidad incipiente. Pero es que tampoco había el antes insinuado “*fin social legítimo*”, no menos definitorio de los Estados según la doctrina internacionalista burguesa, que rehusaba reconocer sujetos estatales cuyos “fines cardinales” no fuesen “la libertad y el derecho cristianos”. Si bien tales conceptos indeterminados, una vez forzados, podrían encajar en la definición pretendida por la dictadura *in fieri*, sus requisitos inherentes resultaban inequívocamente conculcados: evidencia transparente de que no se daba el citado fin era que el bando que solicitaba el reconocimiento de la beligerancia “desprecia[se] y viola[se] las leyes de la guerra”, *vigentes, pues, sin necesidad de tal reconocimiento*. Quien aspirase a “lograr la libertad” o “def[endiese] la religión asesinando á no combatientes, forzando mujeres” y entregándose a la barbarie, debía quedar fuera de este mecanismo jurídico-internacional como el “pueblo de piratas” que demostraba ser. Cuando los “insurrectos”, más que “mimar á los nacionales” que caían bajo su autoridad, los “atropella[ba]n y grava[ba]n”, entonces, en la

esfera internacional, no cabía otra que “ayudar al Gobierno a castigarles”.

Consintamos, sin embargo, en vía de hipótesis, que la reivindicación de la condición estatal para la institucionalidad fundada por los sublevados fue siendo crecientemente atendible. Su verosimilitud progresiva, espoleada por el respaldo que, en cascada, explícita o implícitamente, iban recibiendo de algunos países³⁴, explica, de hecho, que la estrategia de los golpistas en el extranjero se centrara, al menos en un primer momento, en el reconocimiento internacional de la beligerancia entre dos Estados perfectamente establecidos³⁵. Como se ha indicado, de ser meros conculcadores criminales de una legalidad democrática y constitucional pasarían a convertirse en autoridades legítimas de un nuevo Estado, fundado, bien, por la fuerza de las armas, pero legitimado por la estabilización de su dominio. Los derechos, prerrogativas y el propio estatus internacional que podían derivar de tal reconocimiento reforzaban, pues, al bando insurrecto, mas no dejaba tampoco de acarrearles obligaciones de calado.

Su efecto principal consistía en que, quien reconocía la beligerancia, se exoneraba ya de toda obligación de “cooperar a la sumisión del sublevado”³⁶. Era un canal para legitimar el auxilio internacional a los rebeldes, en efecto, pero también, como se ha adelantado, una forma de hacerlo aflorar, de visibilizarlo, imposibilitando “los secretos auxilios” y, por reacción, concediendo al gobierno legítimo derechos de “visita, bloqueo y confiscación del contrabando” respecto de los que ayudaban desde fuera a la rebelión. Por otro lado, una vez reconocida la beligerancia, el imperio de los usos (limitativos) de la guerra se generalizaba. Por eso, cuando la conflagración era un hecho incontestable, y tenía una dimensión internacional empírica a la vista de todos, esta doctrina convencional llegaba a recomendar al propio gobierno legal que reconociese la estatalidad de su enemigo, pues se estaba convencido de que hasta “el más rudo sargento respetaría en los heridos la Convención de Ginebra”.

El objetivo último de los generales sublevados, y de los juristas que estaban a su servicio, no consistía, sin embargo, en que su reclamación se tradujese en la aplicación del derecho de guerra, al que, en el terreno de la propaganda y con despreciable cinismo, ya decían atenerse, pues consideraban que también en su caso, sin reconocimiento formal, regía. El propósito central de sus pretensiones se desenvolvía más bien en el orden penal interno. Definido el Estado por su soberanía, entre sus prerrogativas figuraría justo la del *ius puniendi*, un derecho pautado de castigar al que no cabía imponer limitaciones desde el exterior fundadas en supuestos derechos. Si los sublevados obtenían ese “reconocimiento de la beligerancia”, haciéndose pasar por un Estado, no cabría oponerles entonces ninguna razón jurídica de peso contra la represión brutal que estaban llevando a cabo en los territorios conquistados, pues quienes “sin formar parte de las tropas comet[iesen] actos hostiles”, podían caer “bajo la sanción penal, con las agravantes especiales establecidas durante la guerra por la ley marcial”³⁷. Esto permite conjeturar que la apariencia de legalidad que fue adoptando la represión mediante su encauzamiento jurisdiccional a través de los consejos de guerra quiso rendir provecho, principalmente, en el extranjero, creando la ilusión de una maquinaria punitiva reglada de funcionamiento regular dirigida al castigo de los sediciosos³⁸. Habría entonces, según el relato oficial de los sublevados, un Estado en guerra solo en sus fluctuantes confines, y operando con sus dispositivos penales legítimos hacia el interior. No existiría en ese caso violencia exacerbada contra población considerada –según la mentalidad golpista– enemiga, sino uso riguroso y protocolizado contra los propios nacionales de la legislación penal vigente para casos de excepción. Ya en las áreas donde se libraban efectivamente batallas a campo abierto regiría el derecho de guerra, inclusive sus preceptos humanitarios, que los sublevados, repito, presumían de respetar.

Tanto una pretensión como otra, la de que hacia el interior ejercían su facultad soberana de

castigar y la de que se atenían en el exterior a las leyes de la guerra, deben rechazarse con energía. La primera que conviene desmentir es que la represión en la retaguardia y en las zonas ocupadas eran manifestaciones del legítimo ejercicio del *ius puniendi* a través, por la situación de excepcionalidad, de la jurisdicción militar. No deben retorcerse los argumentos jurídicos para repudiar semejante pretensión. Las condiciones subjetivas (políticas, ideológicas, religiosas) de los afectados por aquella persecución permite concluir que se trataba de actos de guerra contra individuos considerados “enemigos” por los rebeldes, más que de sanciones impuestas de forma abstracta a ciudadanos (o “nacionales”) culpables por sus actos de alguna infracción legal con independencia de su adscripción política, orientación ideológica o pertenencia asociativa. La tipificación penal llevada a cabo en los bandos podía responder al lenguaje genérico, anónimo y neutral de un derecho presuntamente racional³⁹, pero el hecho de que derogasen los propios preceptos que invocaban y, sobre todo, su aplicación subjetivamente sesgada, realizada sin necesidad de que concurriesen los hechos en ella previstos, revelan su plena instrumentalización, no como dispositivos de conservación de orden público, sino como cobertura de actos de guerra ejecutados contra población inermes. Y es que las condiciones objetivas de la pseudo-legalidad en que tomó base dicha represión, con la ausencia completa de garantías procesales mínimas, la vulneración de “principios básicos y elementales del derecho penal”⁴⁰, y, muy particularmente, con su conexión permanente a la marcha de la conflagración⁴¹, permiten calificar también estos actos como de guerra más que como de aplicación del derecho penal (excepcional) de un nuevo Estado.

Debe manifestarse aquí cierta distancia tomada incluso respecto de la historiografía más consciente, que, en su trazado de una divisoria entre las matanzas incontroladas de primera hora y la represión protocolizada, acaba por atribuir cierta juridicidad, por poca que fuese, a la práctica de los bandos y los consejos de guerra, cuya falla no consistiría ya en constituir un macabro e interesado simulacro de justicia penal, sino en no reunir las suficientes garantías, sobre todo en lo que respecta al derecho de defensa. En primer lugar, no sucedió ese tránsito a una formalización generalizada de la represión pasados los primeros meses del golpe; antes, al contrario, en todas las poblaciones ocupadas, incluso durante el tramo final de la contienda, se obedeció a una misma pauta, dirigida en todo momento por “las nuevas autoridades golpistas”, consistente en simultanear la ejecución extrajudicial masiva con la actuación de los tribunales militares⁴². Y por lo que interesa a la calificación de los crímenes de los militares sublevados, debe vencerse resueltamente toda distinción de fondo y sustancia al respecto. O eran asesinatos en masa castigados por la única legalidad legítima, o eran crímenes de guerra realizados en territorio ocupado contra los nacionales del mismo; en ningún caso ejercicio de la capacidad de castigar actuada durante un grave estado de excepción con el fin de reponer el orden, pues esta última situación no se corresponde en absoluto con una campaña de persecución por razones políticas contra sujetos que podían oponer resistencia.

Esta precisión puede hacerse con arreglo no solo a la cultura jurídica que debe primar en un Estado constitucional actual, aunque con eso bastaría. Es también conforme a la que ya regía en aquellos tiempos. La legitimación del *ius puniendi* ya se había objetivado jurídicamente. No se discutía su condición de atributo de soberanía, la plena potestad del Estado de castigar los hechos que considerase criminosos del modo que entendiese conveniente. Pero lo que daba en llamarse “Derecho penal subjetivo”, esto es, esa “facultad del Estado de castigar”, ya no era en absoluto “ilimitado”, pues debía autolimitarse a través del llamado “Derecho penal objetivo”, consistente en la tipificación concreta de los crímenes y las penas, bien diferenciada de “la vaguedad del tipo de la infracción disciplinaria”, administrativa o del derecho de policía⁴³. El ejercicio de la función penal en un Estado moderno se hallaba caracterizado, si no era pura expresión de dominación fáctica antijurídica, por el principio de estricta legalidad⁴⁴. Lo que quería significar que, pese a todas sus insuficiencias, bien mostradas desde los tiempos de la codificación, solo la

“ley” podía entenderse “como fuente única del Derecho penal”, dando por hecho que constituía “la manifestación de la voluntad declarada por la cooperación constitucional de los factores legislativos”⁴⁵⁾. Sin la existencia siquiera de dichos factores en plural, con el mero material de bandos unilaterales y dispersos de guerra, con la normatividad tan imprecisa que estos estatúan, reconducibles siempre a la mera discreción prejuiciosa de quien detentase el poder de sentenciar, con su aplicación retorcida sobre acusaciones falsas, y con la inexistencia a efectos prácticos de un procedimiento reglado para la acusación y la apreciación de pruebas, la pretensión sublevada de que en estos casos se estaba ante un legítimo ejercicio de la facultad de castigar por parte de un Estado decae por sí sola.

Eran, en fin, actos de guerra y como tales disciplinados por el derecho y las costumbres internacionales vigentes al efecto. La validez de tales limitaciones jurídicas resultaba, además, independiente del “reconocimiento de la beligerancia”, aunque éste pudiera reforzarla y generalizarla⁴⁶⁾. Los propios golpistas eran conscientes de ello: la presunción que difundían de que del “lado de Franco” se contaba con “una población, un territorio, una autoridad organizada, un Ejército responsable”, esto es, con un Estado, implicaba, según reconocía el propio jurista fascista José Yanguas Messía, el respeto ya en marcha a las “leyes y usos de la guerra”, que vetaban “toda acción desleal, injusta o tiránica”⁴⁷⁾. No se reclamaba el “reconocimiento de la beligerancia” para que, de ese modo, se les aplicase el derecho a la guerra, con sus prerrogativas y límites. La pretensión era a la inversa. El dato mismo de su ya efectiva observancia era lo que revelaba que, con reconocimiento o sin él, ya formaban un Estado. La normatividad de los convenios y costumbres relativos a la guerra resultaba además ratificada de modo invertido por las campañas propagandísticas de los rebeldes, ya fuera para culpar a los propios republicanos del bombardeo con aviación nazi de Guernica⁴⁸⁾ o bien para invisibilizar los estragos provocados en la matanza de la plaza de toros de Badajoz, en la masacre de civiles perpetrada en Málaga o en el extenso resto de bombardeos contra ciudades realizados con aviones extranjeros.

V. DERECHO HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Con estas motivaciones de partida, parece evidente que tanto a la represión efectuada en la retaguardia como a los actos ejecutados en campaña resultaba aplicable un derecho internacional humanitario recogido en diferentes instrumentos. El reconocimiento de la beligerancia para los sublevados, que nunca llegó a darse, y para cuya licitud ya hemos visto que no se daban las condiciones, no era requisito imprescindible, sino solo vía para consolidar su obligatoriedad, inexcusable en todo caso, dado el carácter consuetudinario y universal de la matriz de sus preceptos⁴⁹⁾. Atentar contra ellos constituía, a no dudarlo, “un delito internacional” susceptible de ser castigado por las jurisdicciones correspondientes⁵⁰⁾. Hay sobradas razones para sostener que, “en el orden internacional, el humanitarismo es una forma acendrada de huida del derecho, de su ninguneo práctico”⁵¹⁾, y, como ahora se confirmará, en su propia complejidad semántica se hallaban tantos motivos para amparar una dominación brutal como para proteger derechos individuales irrenunciables.

No obstante, existe un motivo de peso para poner en valor la resuelta inclusión de este derecho internacional humanitario en el núcleo del régimen jurídico aplicable a los crímenes del franquismo desde el primer momento. Y es que su conculcación proporciona el hilo que, sin solución alguna de continuidad, permite después conectar con un derecho penal internacional y con un derecho internacional de los derechos humanos originados y desenvueltos como consecuencia suya. Solo tomando ese punto de anclaje, anterior a la I Guerra Mundial y de vigencia consuetudinaria ya pretendidamente universal antes de desencadenarse la Segunda, puede sostenerse que en el terreno jurídico y en el ámbito

internacional ya existían prácticas aborrecibles por dañar, no solo a la víctima particular, sino a toda una colectividad, o a la propia humanidad. Con esta constatación por delante, como ahora veremos, decae todo argumento pseudojurídico resumido en la pretensión de que la barbarie cometida entre 1936 y la primera posguerra no se encontraba condenada por el derecho, y por lo tanto resultaba, ayer como hoy, perfectamente lícita, por adecuada al derecho entonces vigente (respetuoso con el derecho a la guerra y con las prerrogativas soberanas de un gobierno *de facto*) y por imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las normas sancionadoras.

¿Qué límites trazaba ese derecho humanitario? Sus dos manifestaciones principales se encontraban, como bien se sabe, en los convenios de La Haya de 1899 y 1907, respectivamente. Nos interesan ambos, mas sobre todo el segundo, que vino a perfeccionar y remplazar al primero. En él se dejaba sentado el principio general de que las partes combatientes “no tenían un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo” (art. 22), prohibiéndose, entre otros recursos, “matar o herir a traición”, “destruir o apoderarse de las propiedades enemigas” (art. 23), “atacar o bombardear ciudades, pueblos, casas o edificios que no est[uviesen] defendidos” (art. 24) o “entregar al saqueo una población o localidad aunque [fuese] tomada por asalto” (art. 28). Los territorios ocupados por el ejército se encontraban igualmente protegidos por este instrumento: ni se podía obligar a sus habitantes “a tomar parte en las operaciones militares contra su propio país” (art. 23), ni cabía conculcar su “honor”, “derechos de la familia”, “vida” y “propiedad”, mermándola o “confiscándola” (art. 46).

Es evidente que algunas de estas disposiciones fueron adoptadas teniendo en mente la guerra convencional, no la única concebible, pero sí la más común, la librada entre Estados, materialmente soberanos y formalmente iguales⁵². El modo, sin embargo, en que se utiliza el término “belligerente” en 1907 se aproximaba ya al concepto liso de “combatiente”, comprensivo no solo de un Estado en guerra, sino también de “milicias” o “cuerpos de voluntarios”. Y, en todo caso, ambos convenios, el de 1899 y el de 1907, disponían en su preámbulo, según también se sabe, que “en los casos no comprendidos en las disposiciones” previstas los “pueblos” y los “belligerentes”, incluidos por tanto esas milicias, quedaban “bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Este inciso, la llamada *cláusula Martens*, tuvo un origen nada humanitario, resultó expresado en delator lenguaje colonialista, fue útil para escapar a toda enumeración taxativa de los límites impuestos a los ejércitos ocupantes y, por eso, funcional a los intereses expansivos de (algunas) grandes potencias⁵³. No obstante, en su vertiente práctica⁵⁴, bien podía apuntar, no solo a un “derecho consuetudinario” capaz de “colmar las lagunas del Derecho Internacional humanitario positivo”⁵⁵, sino también a la propia matriz normativa, de ámbito universal y condición ética, de la que brotaba la positivación de las prohibiciones del convenio, a la espera de una “codificación” completa que abarcara todos los casos en que se produjesen conflagraciones.

Si la inclinación habitual consistía en excluir de este ámbito las guerras civiles internas, no era con el propósito de desligar del cumplimiento de todo derecho humanitario a los rebeldes o revolucionarios, sino con la intención inversa de considerarlas lo que solían ser, esto es, una rebelión interna contra un Estado, cuya soberanía e independencia, por principio, se trataba de asegurar como piezas fundamentales del orden internacional, muy en particular frente a la intervención ilegítima realizada en auxilio de los insurrectos. Al ceñir el derecho de la guerra a los casos en que el enemigo declarado fuese “persona internacional”, lo que el derecho internacional estatista y convencional de entonces pretendía no era eximir de toda limitación jurídica a los rebeldes, sino conceder plena franquicia a la hora de reprimirlos al gobierno legal, que “por su interés y humanidad aplica

lo que [le] parece cuando y como quiere”, siendo “responsable sólo ante la conciencia propia de sus crueldades y de sus noblezas”⁵⁶⁾.

Afirmar en la actualidad que este tipo de constricciones humanitarias no regían en el caso de la Guerra de España para los rebeldes porque no se había procedido al reconocimiento formal de beligerancia constituye, a mi juicio, una argumentación defectuosa. Desconoce, en primer término y sobre todo, el carácter de guerra de agresión de ámbito internacional, y por tanto entre Estados, que signó desde el comienzo el enfrentamiento. El amparo y consentimiento, o incluso la intervención directa, prestados por los ejércitos italianos y alemanes, indispensables para la perpetración de las crueldades cometidas, sin los cuales éstas habrían quedado reducidas a hechos punibles por el derecho interior, convertía de forma automática los abusos realizados en crímenes de guerra. El argumento desprecia además la beligerancia de hecho existente en determinadas áreas y el reconocimiento pleno del gobierno de los sublevados por algunos Estados antes de 1939, por no referir el reconocimiento tácito que de hecho implicaba la doctrina imperante de la “no-intervención”. Y, en una suerte de traslación de las pautas discursivas garantistas del derecho penal interno al terreno del derecho internacional, viene a sostener en la práctica que la actuación de los sublevados carecía entonces de toda limitación jurídica legítima, que todo, hasta las matanzas de civiles más despiadadas, le estaba jurídicamente permitido, porque no existía ningún factor incluido en el orden jurídico-internacional ni en su orden jurídico-interior que las condenase.

Procediendo de este modo se desemboca en tres descuidos de difícil resolución. El primero, y más evidente, es que, según el propio derecho internacional humanitario, las limitaciones impuestas a los beligerantes respondían a deberes de pura humanidad, de mero respeto a la dignidad humana, cuya vigencia universal resultaba extensible, por dictado del propio fin perseguido, a cualquier situación de guerra efectiva, según se deducía de la cláusula subsidiaria referida.

Un síntoma revelador del carácter normativo atribuido a la protección de la misma dignidad humana lo proporciona, de hecho, la materia entonces naciente del derecho penal internacional⁵⁷⁾, enmarcada en los propósitos de unificar la disciplina punitiva de los países miembros de la SN⁵⁸⁾. Entre los delitos de alcance interestatal que habían de tomarse en consideración, destacaban los contrarios “al derecho de gentes” por entrañar, como antes se ha recordado, el “uso intencionado de medios capaces de producir un perjuicio común” a todos los Estados, con sus respectivas poblaciones. Las propuestas de unificación estaban dirigidas a suplir las carencias, en cuanto a depuración de responsabilidades, de la sociedad internacional, aun eminentemente estatalista, mediante la inclusión de tales crímenes en los códigos nacionales conforme a los principios de la justicia universal. La falta de precisión en la definición de estas conductas delictivas, y los preocupantes hechos que comenzaban a aflorar, llevaron a Raphael Lemkin⁵⁹⁾ -ponente en la Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho penal celebrada precisamente en Madrid en 1933- a proponer la acuñación de un tipo que denominaba “actos de barbarie”, comprensivos, entre otras cosas, de las

acciones de exterminio dirigidas contra las colectividades étnicas, religiosas o sociales, cualesquiera que sean los motivos (políticos, religiosos, etc.); como, por ejemplo, masacres, pogromos, acciones para arruinar la existencia económica de los miembros de la colectividad, etc. [incluyéndose] toda clase de manifestaciones de brutalidad que atenten contra la dignidad del individuo, en casos en los que estos actos de humillación surjan de una lucha exterminadora dirigida contra la colectividad a que pertenece la víctima.

Se quería, en suma, que ese conjunto de actos criminales se tipificase de forma específica en los códigos nacionales como “delito contra el derecho de gentes” por “amenazar la existencia de la colectividad perseguida y el orden social”. Se trataba, claro, de hechos ya

castigados en los códigos estatales, pero de manera separada, fragmentaria e inconexa, lo que complicaba su represión. Se pedía su positivación específica en los países que suscribiesen el correspondiente convenio, según criterios de justicia “universal”. Su mera consideración de delitos contrarios al “derecho de gentes” señalaba la obviedad: atentaban contra bienes propios del orden jurídico-internacional, pues, en estos casos, la agresión contra un particular repercutía en toda una colectividad, sembrando un antecedente que, al propagarse, amenazaría la paz mundial.

Si de semejante conculcación del “derecho de gentes” se solía salir indemne, sobre todo cuando el propio Estado estaba involucrado en la comisión de los crímenes correspondientes, era por falta de institucionalización suficiente de la sociedad interestatal, no porque se careciese de conciencia de la maldad que aquellos entrañaban. Los deberes de respeto a la dignidad humana atribuidos al derecho internacional, así como la despierta certeza de que determinados actos trascendían su violenta particularidad alcanzando a agredir el orden de la humanidad, se encontraban bien presentes, pues, antes de 1936, y al hilo de las primeras políticas de exterminio desplegadas por el nazismo, que eran las que tenía a la vista el aludido Rafael Lemkin. No estamos, en suma, ante una pura y arbitraria ocurrencia individual, sino ante una reclamación particular de que, avistados ya ciertos peligros globales, se positivasen de manera precisa en las leyes estatales con arreglo al principio de justicia universal ciertas obligaciones dimanadas de lo que se entendía por “derecho de gentes”.

El segundo descuido, no menos patente, es que, como se ha dicho, hasta los propios rebeldes, en la esfera pública internacional, se sentían cínicamente ligados a esas restricciones, conscientes de su consuetudinaria imperatividad, lo que les llevaba a sostener de forma mendaz ante la SN que en el territorio por ellos ocupado “los derechos individuales, compatibles con el estado de guerra, [eran] respetados en su integridad”⁶⁰. Por eso resulta de lo más irónico e ilustrativo que alguna doctrina iusinternacionalista actual admita un grado de exoneración jurídica mayor que el reconocido por los propios sublevados para sus crímenes. Si eran particulares en situación de rebeldía con intervencionismo ilícito extranjero contra un Estado legítimo, su estatuto oscilaba entre delincuentes castigados por derecho penal interior y criminales de guerra en virtud del estado vigente de guerra de agresión. Y si se les atribuye título de beligerantes o incluso de Estado en ciernes, por constatación de hecho o por inferencia de los reconocimientos practicados, entonces incurrierían igual en crímenes de guerra, tanto en campo abierto como en la aniquilación del enemigo practicada en territorio ocupado. Nunca, aun antes de Núremberg, hubo vacío normativo alguno que amparase la impunidad de sus masacres.

Por último, esta aproximación descuida que el derecho internacional, debido a la peculiaridad de su objeto, y para responder a sus fines privativos, se rige por principios y cuenta con mecanismos propios, que no son los característicos de la interpretación y aplicación del derecho formal de un Estado-nación. Y uno de ellos, y fundamental, es la precisión con efectos retroactivos de determinadas conductas atentatorias contra la humanidad, a cuya persecución y castigo ha de llegarse por medios que comprenden la importancia de la costumbre, el vigor de la doctrina, la eficacia de los principios y recursos como el de la analogía y la imprescriptibilidad. La razón de estos recursos, en especial de la aplicación retroactiva de disposiciones sancionadoras, descansa en una continuidad de fondo bien obvia: la protección que con ese derecho se pretendía constituía ya un deber antes de que así se reconociese de modo absolutamente taxativo y general; su objeto y su fin propios estaban ya presentes, como bien a la vista se encontraba asimismo el profundo daño moral que se infligía con los actos que los conculcaban. Sobre esta base de continuidad se alza además un hecho fundamental⁶¹, aunque solo válido si se ciñe a la experiencia europea interna, descontando la colonial (y por tanto la del orden real de la población mundial): el carácter inefable o “impensable” que, por su “extrema

inhumanidad”, pudo signar a determinadas actuaciones y prácticas totalitarias, no podía implicar paso franco a la impunidad, pues no atentaban menos, sino infinitamente más, a esa “humanidad” que ya se trataba por otros medios de proteger, de ahí la permeabilidad jurídico-internacional respecto a mecanismos como la retroactividad.

Si a la altura de 1919 se era consciente de que esos atentados contra “las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública” previstos desde 1899 podían consistir, entre otras cosas, en “asesinatos y masacres, terrorismo sistemático, tortura de civiles, violación, deportación, detención e internamiento de civiles en condiciones inhumanas o trabajos forzosos”, aplicados todos ellos no solo a habitantes de un Estado enemigo, sino también contra “los propios nacionales”⁶²⁾, ¿cómo en 1945 no iba a entenderse que caían bajo tal denominación actos de una nocividad mayor, ya inequívocamente dirigidos contra los propios ciudadanos del Estado? No fue casual por eso que la citada *cláusula Martens* fuese utilizada por el mismo Tribunal de Núremberg “contra quienes aseveraban que su Estatuto implicaba la aplicación de una ley penal retroactiva”⁶³⁾.

VI. LOS CRÍMENES FRANQUISTAS ANTE LOS PRINCIPIOS DE NÚREMBERG

Aproximémonos más al detalle a esta génesis del derecho penal internacional con la idea recién sugerida en mente: que su núcleo, lejos de significar la tipificación de una serie de actos para su castigo en el futuro, implicaba, por el contrario, la positivación más precisa de actos y prácticas pretéritos que atentaban de modo intolerable un bien duradero y fundamental que los antecedía, la propia humanidad.

Todos estos precedentes normativos, de la legalidad republicana al derecho internacional de la Sociedad de Naciones, al derecho humanitario o al naciente derecho penal internacional, cancelan la creencia abonada por la propia dictadura de que la única fuente de legalidad para calificar jurídicamente sus acciones era su propio pseudo-derecho y la superioridad de su propia fuerza nuda. Existía plena conciencia de que las actuaciones que conducían al derrumbe de la democracia constitucional vigente eran de naturaleza criminal. Si el derecho penal estatal en vigor durante la República, el derecho internacional posterior a 1919 o el derecho de la guerra no alcanzaban a punir algunos aspectos de los actos cometidos no es porque los considerase impunes, como actos legítimos amparados por el derecho, ejercidos en libertad o tutelados por la soberanía. En principio, según se ha sugerido, para explicar esos presuntos vacíos normativos, acaso cuente con relevancia menor el hecho de que tales atrocidades resultasen de todo punto impensables por su profunda gravedad. Existían antecedentes a la vista, y no tan solo en terreno colonial⁶⁴⁾, según hemos podido comprobar. Había sido más bien la cerrada defensa de las prerrogativas de la soberanía la que se conjuraba para evitar todo tipo de fiscalización penal internacional sobre las posibles actuaciones inhumanas que, en paz o en guerra, acometiesen los dirigentes de un Estado. Por eso tuvo que ser un hecho tan tradicional y estatalista como la victoria en una guerra el que incorporase a la “justicia de los vencedores” la interesada, pero al fin y al cabo progresiva⁶⁵⁾, represión internacional de alcance retroactivo de los “crímenes contra la humanidad”.

La derrota de los fascismos y el enjuiciamiento de sus principales responsables condujo a la fundación ya inequívoca de un derecho penal internacional cuya seña primaria de identidad fue, en efecto, doble: la de ampliar los límites a la soberanía de los Estados en el ejercicio de su *ius puniendi* por invocación de ciertos derechos permanentes e indisponibles⁶⁶⁾, y, en consecuencia, la de castigar retrospectivamente conductas delictivas cuya nocividad social extraordinaria no podía quedar impune por la aplicación de una garantía, la de la irretroactividad de las leyes penales, prevista para el derecho criminal ordinario.

Entre las “competencias y principios generales” enunciados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg ya figuran delitos internacionales que inevitablemente evocan los hechos sucedidos en España. Se diferencian por vez primera, a partir de la matriz común de los crímenes de guerra, los cometidos contra “la paz”, contra “la humanidad” y los propios de la “guerra”⁶⁷⁾. Entre los primeros entran las acciones de “planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales”, alcanzando asimismo el castigo a la “participación” en “una conspiración” conducente a “ejecutar cualquiera” de los actos mencionados (art. 6.a). Junto a estos crímenes, se precisaba ya el contenido de los delitos que podían infligirse a la “humanidad”, como eran el “asesinato”, la “exterminación”, la “esclavización”, la “deportación” y “otros actos inhumanos cometidos contra la población civil”, muy especialmente cuando su ejecución implicase “persecución por motivos políticos, raciales o religiosos”, constituyesen “o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron” (art. 6.c). Aquí, como puede sospecharse, radica buena parte de la clave del asunto que nos interesa⁶⁸⁾.

La prevención de entrada es que los juicios que iban a celebrarse en Núremberg no podían ser contemplados como “un juicio ordinario”, con todas las garantías y tutelas para los acusados dispensadas por el “derecho constitucional”⁶⁹⁾. No cabían ya viejas inmunidades para los jefes de Estado, ni las consuetas obstrucciones de los juicios comunes. El objetivo era enfrentar, con los medios propios “del Derecho internacional”, los males de una “guerra de agresión”, y la comisión de crímenes que vulneraban “normas generalmente aceptadas en todos los países civilizados”. Costumbres y convenios de radio interestatal y condición universal existían ya entonces para suministrar base normativa al enjuiciamiento. Tras la Gran Guerra, el Pacto que fundó la SN y el acuerdo Briand-Kellog, resultaba meridianamente clara la ilegalidad de toda “guerra de agresión”. Pero, si en algún caso se apreciaba “falta de precedentes”, se reclamaba entonces el “derecho a establecer [nuevas] costumbres”, que minimizasen la incapacidad del derecho internacional para “desenvolverse por legislación” positiva.

Importa resaltar que los crímenes perseguidos no conformaban un conjunto de infracciones individuales. Su calificación penal internacional respondía al convencimiento de que se inscribían en un “plan común” conducente al establecimiento de un Estado totalitario, intensamente beligerante e imperialista hacia el exterior. Por eso eran penalmente relevantes las doctrinas que sirvieron de medios a tal fin, como la del *Führerprinzip*, o las medidas institucionales adoptadas recién asaltado el poder, como la supresión de la autonomía de “países, provincias y municipios”, la anulación de la “independencia judicial”, las depuraciones masivas de empleados públicos o la “supervigilancia de todas las actividades culturales” y periodísticas. El carácter “terrorista” de los comprometidos en esa gran “conspiración” se evidenciaba hacia el interior en su propósito de suprimir toda “oposición política”, comenzando por la destrucción de los sindicatos obreros libres y la frustración consiguiente de “toda resistencia potencial” por parte de los trabajadores en el ámbito laboral. Era en este punto, el del “asesinato y la persecución” de “todos los que fueren sospechosos de ser hostiles al Partido Nazi” y sus pretensiones, donde tomaba, de hecho, pie la acusación de haber cometido “crímenes contra la humanidad” por haberse adoptado esa “política de persecución, represión y exterminación” de civiles presuntamente opositores, muy en especial de la población judía, bien “sin proceso judicial” o mediante “tribunales especiales establecidos para llevar a cabo la voluntad de los conspiradores”. Sentando precedente, las atrocidades cometidas contra los propios “nacionales” pasaban a constituir ya, sin resquicio alguno de duda, crímenes contra la humanidad⁷⁰⁾, frente a los que no cabía alegar prioridad alguna del principio de soberanía.

Con semejante tipo de enjuiciamiento se pretendía, en suma, defender y restaurar “dignidades y libertades” consideradas “naturales e inalienables derechos de todo ser

humano". Ese carácter natural e imprescriptible de determinados derechos humanos era justo lo que permitía explicar su grave conculcación aun cuando la legislación positiva del país en cuestión no la contemplase como delito. El principio de irretroactividad de las leyes sancionadoras se explicaba por el "amparo" y seguridad que los ciudadanos buscaban ateniéndose a la legalidad. Pero, ¿cuál era el valor real de la ley para los "criminales de guerra" que se estaban enjuiciando? Ninguno. Su actuación se caracterizó precisamente por no respetar "ley alguna". "Su programa ignoró y desafió toda ley". Entender sus actos criminales como la fría y neutral aplicación de una determinada legalidad solo podía constituir un cruel sarcasmo. La seña de identidad de sus actos no consistió en adecuarse a una legislación precisa vigente en su país, y ahora injustamente derogada por los principios de Núremberg, sino en quebrantar sistemáticamente el "derecho internacional" vigente, y en actuar, para sus fines criminales, más allá de cualquier contención legal. La "conducta observada con la población civil" en el curso de la guerra era bien demostrativa de esa "violación de las convenciones internacionales" que Alemania estaba efectuando. Pero es que "los asesinatos en masa de innumerables seres humanos, a sangre fría", que se estaban perpetrando entre sus ciudadanos, propios ya de la categoría de los "crímenes contra la humanidad", no resultaban menos delictivos y extralegales. ¿O es que era "una sorpresa para estos hombres saber que el asesinato es un crimen"? Por ese motivo, contemplar la irretroactividad de determinados tipos penales en atención a los valores imperecederos que éstos protegían (aquellos "derechos naturales e imprescriptibles"), no solo no implicaba un acto de arbitrariedad, sino que constituía un jalón indispensable en el progreso de la legalidad y la justicia.

Estos mismos principios jurídicos fueron reconocidos por la ONU en diciembre de 1946 (Res. 95.I), y se desarrollaron con posterioridad, como es bien sabido, en los convenios de Ginebra de 1949 y en la convención de Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad⁷¹). El dedicado a la "represión y sanción del genocidio", de 1948, aunque, debido al papel que en él jugó el ya citado Raphael Lemkin, bien podría haber contemplado los casos en que los intentos de eliminación masiva respondían a móviles sociopolíticos, solo terminó incluyendo, entre otras cosas por rectificación de su inspirador, un concepto restrictivo, comprensivo de los episodios de "destrucción de grupos nacionales, raciales o religiosos"⁷²). En los sucesivos convenios ginebrinos citados se reconocía además abiertamente la extensión de numerosas de sus restricciones a los "conflictos" que no fuesen "de índole internacional", y se produjesen "en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes". Cuando de proteger a la población civil se trataba, se fundamentaba dicha tutela en la "inalienabilidad" de los "derechos" reconocidos a toda persona. Por su parte, la convención aludida de 1968 volvía a consagrar los delitos contra la humanidad previstos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg. Los contemplaba ahora también expresamente para los "tiempos de paz" (art. I.b)) e imponía a los Estados suscriptores el deber de abolir la "prescripción de la acción penal" con la que poder perseguirlos (art. IV).

Pero no hace falta pasar tantas hojas del calendario. Se suele recordar que el estado de guerra finalizó oficialmente en la España ya franquista en 1948. La cosa quizá sea algo más complicada, y propia de la lógica de un Estado totalitario. El decreto de la "Presidencia" que supuestamente le puso fin de forma oficial, de 7 de abril de ese año (BOE del 16), resolvía un conflicto jurisdiccional entre dos tribunales, uno de jurisdicción ordinaria y el otro de la militar. Para realizar el deslinde competencial correspondiente hubo de entrarse a considerar si, como el tribunal castrense pretendía, el estado de guerra seguía vigente. Tal "supuesto" resultaba al dictador "inaceptable", mas no porque se hubiese puesto fin oficialmente a la guerra con ningún acto general anterior, sino porque se había ido derogando puntualmente, aquí y allá, por vagas disposiciones penitenciarias⁷³), por el propio Fuero de los Españoles y por la reforma realizada en octubre de 1945 de la subsistente ley de orden público, que imponía la mediación de un decreto-ley para la

declaración de estados excepcionales. Del tenor de los “considerandos” del decreto se deduce así la inseguridad plena, al menos hasta 1945, de hasta qué punto y en qué extremos los bandos de guerra podían continuar suministrando base normativa suficiente para condenar penalmente. De ellos también se infiere entonces la ilegalidad palmaria en que habrían incurrido los consejos castrenses que los invocasen celebrados después del 18 de julio de ese año 1945.

“[D]iversas medidas” que desde primero de abril de 1939 había adoptado el gobierno querían tender, según expresión suscrita por el dictador, “al restablecimiento de un estado de derecho más amplio que el de guerra significa”. La expresión no solo confirma ese abandono paulatino, a pura conveniencia y beneficio de inventario, del régimen criminal provisto por los bandos de guerra. Ni peca solo de imprecisión; comprende asimismo un lapsus. En 1948 continuaba existiendo, a nivel institucional, el caos y la violenta arbitrariedad propios de los regímenes dictatoriales. La juridificación creciente (“el estado de derecho”) no estrechaba, sino que en cierto modo ampliaba los cauces y medios para perseguir los fines depuradores y constitutivos de la guerra. La vigencia o no del estado de guerra no pasaba de ser una cuestión formal, aquí traída para efectuar una delimitación competencial, que en nada comprometía los objetivos políticos sustantivos planteados durante la misma, ahora susceptibles de ser ejecutados por medios más institucionalizados.

Y tales objetivos, plenamente vivos a esas alturas, aunque desenvueltos por otros cauces más formalizados, entraban dentro de los principios acuñados tres años atrás en Núremberg. Si continuaban existiendo resistencias a incluir lo acontecido durante la Guerra de España y el primer tramo dictatorial bajo cualquier régimen penal, interno o interestatal, el ya provisto en Núremberg y en sus ulteriores confirmaciones y desarrollos introdujo disposiciones tanto clarificadoras cuanto de efectos retroactivos que resultan de pertinente aplicación aquí.

No deben forzarse las interpretaciones para encajar los sucesos acontecidos en España en el pliego de cargos antes expuesto. En su inequívoca dimensión internacional, sabemos ya que la conflagración española consistió en una guerra de agresión injustificada que atentaba contra los acuerdos y garantías previstos en el Pacto de la SN y que los generales y oficiales involucrados en el golpe, más la trama civil que los respaldaba, se encargaron de preparar e iniciar. Constituyeron tales actos, por tanto, inequívocos “crímenes contra la paz”. En su trascurso, se cometieron además “crímenes de guerra” como bombardeos indiscriminados sobre ciudades, asesinato masivo de civiles, uso de prisioneros para trabajos forzados o saqueo de propiedades, practicados por los Estados alemán e italiano y por las fuerzas militares españolas que éstos amparaban.

Y la comisión continuada de “crímenes contra la humanidad” resulta igualmente incontestable. Bajo la cobertura del golpe y la situación de guerra creada, se quiso desplegar un bien planificado proyecto de “exterminio” de la población republicana, sindicalista, progresista o izquierdista⁷⁴). Los sublevados abrazaron ese fin “terrorista” de exclusión permanente de la oposición política del que hablaba el fiscal Jackson. Los sindicatos fueron eliminados, los partidos prohibidos y sus propiedades confiscadas, los medios de prensa clausurados o estrictamente fiscalizados, todas las profesiones, públicas o privadas, depuradas, las autonomías municipales o regionales suprimidas, la independencia judicial anulada y los opositores, asesinados, encarcelados, esclavizados o vigilados. Para la consecución de su plan de conquista armada del poder fueron necesarios, en definitiva, “asesinatos”, prácticas de “exterminio”, comisión de numerosos “actos inhumanos” contra civiles o “persecuciones por motivos políticos”, es decir, palmarios “crímenes contra la humanidad”. La cuestión es que estas prácticas de eliminación física de los opositores y derrotados, simultaneadas y paulatinamente remplazadas por la eliminación cívica y moral, o, mejor, por el sometimiento a un proceso impositivo de

asimilación cultural y neutralización política, prosiguieron tras abril de 1939⁷⁵), ya fuese por la persistencia nebulosa de la situación de “guerra” contra los enemigos, o bien porque la creciente, pero siempre antijurídica protocolización de la violencia lo continuaba permitiendo.

Los medios abundaron: aparte de la irresistible fuerza de atracción de la jurisdicción militar para conocer hasta de infracciones secundarias, prosiguieron los consejos de guerra según “los procedimientos característicos” de la conflagración⁷⁶). Se puso en planta y se aplicó una legislación penal totalitaria desprovista de toda juridicidad, dada su tolerancia con la más despiadada arbitrariedad⁷⁷), que evidenciaba el nulo valor atribuido a las constricciones propias de la legalidad por parte de los dirigentes de la dictadura. Son bien conocidas además las nuevas jurisdicciones especiales puestas en planta con ese único fin segregador⁷⁸), y las torturas y ejecuciones extrajudiciales no cesaron. El carácter enteramente criminal del nuevo régimen, por más que su institucionalización fuese perfeccionándose, siguió presente más allá de su “matanza fundacional”.

Se trató de mecanismos que sirvieron a un programa autoritario de conformación política y cultural de la población. Se forjaron entonces criterios perdurables de discriminación entre ciudadanos, que concedían ventajas (*v. gr.* el acceso facilitado a cargos públicos) o gravámenes (*v. gr.* sometimiento a vigilancia indefinida) en función de la filiación política exhibida durante la República en años de juventud⁷⁹). Aunque algunos de estos dispositivos puedan proyectar un reflejo de legalidad, no eran más que instrumentos al servicio del mismo plan que involucró por necesidad la comisión de crímenes contra la humanidad.

Frente a la operación de homologación exterior realizada tras la caída de los fascismos, por más que el totalitarismo español tratara de blanquearse con el barniz del catolicismo, lo que todavía en estos primeros años de posguerra tenemos no es más que un Estado totalitario hacia el interior, con vistas a su acomodación a un entorno internacional adverso. Eran evidencias que no escapaban en el mundo de la posguerra: “el régimen de Franco”, por “sus orígenes, naturaleza, estructura y conducta general”, no era para la Asamblea de la ONU, a fecha de diciembre de 1946, sino “un régimen fascista modelado sobre y en gran medida establecido gracias a la ayuda recibida de la Alemania nazi de Hitler y la Italia fascista de Mussolini”⁸⁰). Y esa “conducta general” no era otra que la que había resultado condenada según los principios del derecho penal internacional recién acuñados.

VII. MEMORIA, HISTORIOGRAFÍA Y DERECHO

La enseñanza que podemos obtener de esta rotunda declaración es evidente: la calificación jurídica de los crímenes franquistas depende de la concepción que se mantenga sobre la guerra y la posguerra. Si continuamos operando con la imagen que la propia dictadura construyó de sí misma y de sus orígenes, si seguimos concibiendo el enfrentamiento como “guerra civil”, y no como “guerra de agresión”, como conflagración internacional en todo caso constreñida por el derecho humanitario y como masacres unilaterales con fines de exterminio y sometimiento por razones políticas, entonces permanecerán vivas las resistencias a aplicar a aquellos sucesos el derecho que en rigor les corresponde.

La “gran incógnita” todavía pendiente de despejar por la investigación historiográfica es hasta qué punto, si no cuantitativa sí cualitativamente, dicha comisión de crímenes internacionales por parte del Estado, incluidas torturas y desapariciones, prosiguió incluso durante las décadas de los 1950, 1960 y 1970 como medio preferente para seguir cumpliendo los fines constitutivos excluyentes del “18 de julio”. El borrado programado de todo rastro inculpador por parte de la propia dirigencia dictatorial apunta en dirección elocuente⁸¹). En un lapsus bien revelador, perteneciente a la categoría de la *excusatio non*

petita, los principales ideólogos del régimen se sentían obligados a aclarar, todavía en 1961, que los llamados “Principios del Movimiento” no eran “la *ideología* de unos vencedores ocasionales, formulada para apartar y oprimir a los vencidos”⁸²). Pero eso no lo pueden contestar, a día de hoy, los defensores más señalados del régimen, sino la historiografía elaborada en democracia.

Sigue estando así en juego la representación que de la dictadura se tenga como régimen político global. De ella dependen las preferencias, pues el carácter criminoso de ciertos hechos y el derecho aplicable a los mismos cambian si tenemos en mente un Estado que, ya mediada su andadura, por razones pragmáticas, comienza a abrirse a libertades y pluralismo⁸³), constituyendo así los desmanes meras anomalías periféricas, o bien un Estado asentado de principio a fin en la “violación sistémica de los derechos humanos”⁸⁴), cuya finalización estuvo además signada por una violencia fascista y estatal muy acentuada que incluso la sobrevivió⁸⁵).

Si predomina la primera imagen tenderemos a construir el régimen jurídico aplicable a los crímenes de la dictadura conforme a su propio derecho, asumiendo la relevancia del derecho internacional de los derechos humanos para algunos episodios de la guerra y la posguerra, en el entendido de que a partir de los años 1950 la maquinaria institucional funcionaría básicamente conforme a los postulados de seguridad jurídica y jerarquía normativa propios de un Estado de derecho. Si por el contrario, investigación mediante, cala la segunda imagen, el escrutinio de ese derecho internacional ha de extenderse a la experiencia dictatorial entera, sin que quepa invocar en contra razones de soberanía o continuidades jurídico-estatales. Solo sobre esta base se puede facilitar, no una relectura del pasado, sino una mejor comprensión del mismo, liberadas ya las hipotecas epistemológicas impuestas por la propia dictadura. Una vez descornado el velo, y descubierto no solo el origen criminal del régimen de Franco, sino puesto también en evidencia que su continuidad implicó, como fundamento global suyo, la negación sistemática de derechos humanos que lo antecedían y se le superponían, la introducción de políticas públicas de memoria como la anulación de sentencias (por ser dictadas atentando a derechos) o la actuación de una comisión de la verdad cobran pleno fundamento.

Por eso en este punto resulta tan valioso el concurso del derecho elaborado sobre la base de dos asunciones centrales: la del derecho internacional de los derechos humanos y la del conocimiento exhaustivo del propio pasado inmediato. También en el caso del saber jurídico las premisas culturales de partida son definitorias de los resultados alcanzados. Si se sigue cultivando el derecho, o produciendo doctrina jurídica, desde los escuálidos parámetros legalistas inoculados por la propia dictadura e incluso culturalmente contrarios a lo dispuesto en la propia Constitución, cristaliza una mentalidad jurídica con secuela jurisprudencial completamente sorda frente a las exigencias de los derechos humanos⁸⁶), exigencias redobladas cuando se trata de reaccionar ante las actuaciones de un Estado totalitario. Si además se trata de ponderar la respuesta que tales crímenes merecen, y en ello se quiere dar entrada al régimen jurídico vigente al momento de cometerse, la labor debe encararse con un conocimiento histórico mucho más detallado de los contenidos e interpretaciones acumulados en el derecho estatal (penal, administrativo, constitucional, militar) y en el internacional, en la cultura jurídica y en la jurisprudencia vigentes y circulantes durante todos los años que se someten a examen. No digo que ese conocimiento falte por entero, pero en muchas ocasiones se sientan conclusiones fulminantes sin una imagen cabal de la guerra y la dictadura que le subsiguieron en su compleja dimensión jurídica.

Por todo esto resulta asimismo imprescindible el ejercicio de la historiografía al servicio de la memoria. Ya se sabe que la objeción habitual consiste en que los historiadores, con sus visiones enfrentadas, no están en disposición de suministrar el relato “verdadero” de

nuestro pasado para convertirlo en cimiento de políticas públicas. Pero el abstencionismo cultural del Estado en materia histórica en cuestiones que atienen a crímenes contra la humanidad y vulneraciones graves de derechos no implica, en absoluto, que el avance espontáneo de la ciencia termine construyendo las autorrepresentaciones colectivas sobre nuestro pasado más atentas con deberes constitucionales e internacionales insoslayables. A efectos prácticos no significa más que ratificar los imaginarios constituidos por acumulación en el pasado, primero a través de la impronta dictatorial, después mediante los requerimientos de la reconciliación y por último con la olvidadiza modernidad socialdemócrata⁸⁷. A la vista está que esas representaciones comunes acerca de nuestros episodios pretéritos más dolorosos no son el fruto de ninguna elaboración consensuada y espontánea, sino siempre el resultado de mediaciones estatales programadas con efectos sociales duraderos. Constituye una completa anomalía que, tras cuarenta años de democracia, sigan sin poder revisarse esas representaciones oficiales sobre la base de todo lo aportado por la ciencia historiográfica.

Ahora bien, cuando de lo que se trata es de reparar los derechos de las víctimas de un régimen totalitario, a la historiografía no le corresponde más que el estatuto de un saber auxiliar ejecutado con el fin de levantar acta, lo más exacta posible, de los “hechos probados” sobre los que ha de fundarse el acto de justicia en que consiste la reparación. Frente a esta imperiosa necesidad, palidecen en su ridiculez todas las protestas sobre el relativismo de la historiografía y su paradójica y presunta superioridad epistemológica respecto de la memoria.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

Vid. sobre el particular la reciente monografía de Rubén Pérez Trujillano, *Creación de Constitución, destrucción de Estado. La defensa extraordinaria de la Segunda República española (1931-1936)*, Madrid, Universidad Carlos III - Dykinson, 2018, pp. 167-237.

2

Eduardo González Calleja, *Contrarrevolucionarios. Radicalización violenta de las derechas durante la Segunda República, 1931-1936*, Madrid, Alianza, 2011, p. 313.

3

Francisco Espinosa, *La primavera del Frente Popular. Los campesinos de Badajoz y el origen de la guerra civil (marzo-julio de 1936)*, Barcelona, Crítica, 2007, pp. 102-144.

4

Aparte de la monografía recién citada de F. Espinosa, vid. Eduardo González Calleja, Francisco Cobo Romero, Ana Martínez Rus, Francisco Sánchez Pérez, *La Segunda República española*,

Barcelona, Pasado & Presente, 2015, pp. 1098-1122, y Francisco Sánchez Pérez, “Las reformas de la primavera del 36 (en la *Gaceta* y en la calle)”, en VVAA, *Los mitos del 18 de julio*, Barcelona, Crítica, 2013, pp. 291-312.

5

Gabriele Ranzato, *El gran miedo de 1936. Cómo España se precipitó en la guerra civil*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2014.

6

Eduardo González Calleja, *En nombre de la autoridad. La defensa del orden público durante la Segunda República española (1931-1936)*, Granada, Comares, 2014, p. 333.

7

Eduardo González Calleja, *Cifras cruentas. Las víctimas mortales de la violencia sociopolítica en la Segunda República española (1931-1936)*, Granada, Comares, 2015, pp. 274, 279 y 285-287.

8

De “sedición gubernativa” preparatoria de una “revolución social” pilotada por una “potencia extranjera” hablaba el conocido *Dictamen de la Comisión sobre Ilegitimidad de los Poderes Actuantes en 18 de Julio de 1936*, Madrid, Editora Nacional, 1939.

9

Carl Schmitt, “La dictadura del Presidente del *Reich* según el artículo 48 de la Constitución de Weimar” (1924), en Id., *Ensayos sobre la dictadura, 1916-1932*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 295-340, en especial 336-342.

10

Jacobo López Barja de Quiroga, “La sublevación del general Sanjurjo”, en VVAA, *Los procesos célebres seguidos ante el Tribunal Supremo en sus doscientos años de historia. Siglo XX*, Madrid, BOE, 2014, pp. 159-250, y Javier Infante, “Sobre silencios y olvidos: la jurisprudencia del Tribunal Supremo con motivo de la Sanjurjada”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 74 (2004), pp. 487-540.

11

Nicolás García Rivas, *La rebelión militar en derecho penal (la conducta punible en el delito de rebelión)*, Ciudad Real, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 1990, pp. 88-89 y 99-

12

Eugenio Cuello Calón, *Derecho penal*, tomo II: *Parte especial*, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1936, pp. 124-125.

13

Ibid., p. 46, nn. 22, 23 y 24.

14

Vid. la segunda de las “Bases para el nuevo Código penal”, en *Anteproyectos de ley e informes presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, Suc. de Rivadeneira, 1933, p. 191.

15

Según la expresión adoptada en la Primera Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho penal celebrada en Varsovia en 1927, que la base citada tomaba como referencia: vid. Emil Stanislaw Rappaport (dir.), *Actes de la I Conférence Internationale d’Unification du Droit Pénal (Varsovie, 1er-5 novembre 1927)*, Paris, Sirey, 1929.

16

Las difidencias británicas frente a las reformas republicanas estuvieron, de hecho, presentes desde su mismo comienzo: vid. David Jorge, “Gran Bretaña y la Segunda República española: prejuicios históricos y progresiva hostilidad”, en Ángeles Egido León (ed.), *La Segunda República y su proyección internacional. La mirada del otro*, Madrid, Catarata, 2017, pp. 160-187. Sobre el papel de Francia, incluido su puntual auxilio menor una vez verificada la intervención fascista, cf. Jean F. Berdah, “De la solidaridad republicana al cobarde abandono. Francia y la guerra de España”, *Historia del presente* (monográfico al cuidado de Ángeles Egido León sobre *La República aislada ¿Por qué la No Intervención?*), 7 (2006/1), pp. 43-70.

17

Para su gestación e implicaciones jurídicas, vid. Ángel Viñas, *La soledad de la República. El abandono de las democracias y el viraje hacia la Unión Soviética*, Barcelona, Crítica, 2006, pp. 29-38, 45-61, 64-78; David Jorge, *Inseguridad colectiva. La Sociedad de Naciones, la Guerra de España y el fin de la paz mundial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 121-159; Carlos R. Fernández Liesa, *La guerra civil española y el orden jurídico internacional*, Navarra, Aranzadi, 2014, pp. 74-80 (“El sentido del Derecho Internacional de la época era que, en su caso, se debía apoyar al gobierno legítimo, frente a los rebeldes”, p. 76, y en nota 152: “En todo caso lo que no

cabía hacer era apoyar a los rebeldes frente al gobierno legal”); e Ignacio de la Rasilla del Moral, *In the shadow of Vitoria: a history of International law in Spain*, Leiden, Brill Nijhoff, 2018, “Ch. 4. The Spanish Civil War – *Inter Armas Pugnans Leges*”, pp. 224 ss.

18

José M.^a Ots, “La no intervención”, *Hora de España*, núm. 3 (marzo, 1937), p. 52.

19

Con el propio consentimiento de la Sociedad de Naciones, como apunta Bartolomé Clavero, “La República española ante la Sociedad de Naciones”, a publicarse en S. Martín, F. Fernández-Crehuet (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2019, sobre todo “4. Guerra de España, derecho internacional y Sociedad de Naciones”, del que se toman referencias para lo que sigue a continuación.

20

Jorge, *Inseguridad colectiva*, pp. 67-76 y 79-87.

21

José Ramón de Orúe, *Manual de Derecho internacional público*, Madrid, Reus, 1933, p. 441.

22

Cuando, como ocurría con Alemania, el Estado no era miembro y desatendía los requerimientos de conciliación, insistiendo en su recurso a la guerra, se convertía entonces “en verdadero *enemigo de la Sociedad*”. En esta previsión de la SN “*imponiéndose* a los demás Estados, en virtud de un acto de solidaridad internacional” se cifraba la superación más nítida del “clásico concepto de la soberanía estatal”: *ibid.*, p. 444.

23

Se relatan los pormenores de este apoyo desde su inicio, fechado pocos días después del golpe, en Viñas, *La soledad de la República*, pp. 38-45, y su prosecución en Id., *El escudo de la República. El oro de España, la apuesta soviética y los hechos de mayo de 1937*, Barcelona, Crítica, 2007, pp. 4-17.

24

Jorge, *Inseguridad colectiva*, pp. 180-1.

25

Ibid., pp. 204-207, 223-239 y 270-284; vid. asimismo Fernández Liesa, *La guerra civil española y el orden jurídico internacional*, pp. 95-100.

26

M. Azaña, “La República española y la Sociedad de Naciones” (1939), *Obras Completas*, VI, Madrid, CEPC, 2007, pp. 217, 221.

27

Fernández Liesa, *La guerra civil española y el orden jurídico internacional*, p. 38.

28

Según expresión de Bartolomé Clavero, “La República española ante la Sociedad de Naciones”, n. 65.

29

De Orúe, *Derecho internacional público*, p. 186.

30

Según la célebre caracterización de Walter Benjamin, “Hacia la crítica de la violencia” (1921), *Obras*, lib. II, vol. 1, Madrid, Abada, 2010², p. 189, de donde tomo también la idea del consenso jurídico europeo en torno a la sola licitud de la violencia administrada por el Estado como medio subsidiario para alcanzar fines políticos racionales.

31

Rafael Conde Luque, *Derecho internacional público* (1893-4), Sevilla, Athenaica, 2015, p. 89; Ramón Dalmau, Marqués de Olivart, *El Derecho internacional público en los últimos 25 años (1903-1927)*, I: *Derecho material - Derecho de la paz*, Madrid, Espasa-Calpe, 1927, p. 137; De Orúe, *Derecho internacional público*, p. 177.

32

Sobre las razones y el alcance de esta violencia fundadora del franquismo, vid. Helen Graham, *War and Its Shadow: Spain's Civil War in Europe's Long Twentieth Century*, Sussex University Press, 2012, “2. The Memory of Murder. Mass killing and the making of Francoism”.

Un ejemplo valioso de síntesis de ese acervo doctrinal lo tenemos precisamente en lengua castellana, y en pluma de un jurista conservador: Ramón Dalmau, Marqués de Olivart, *Del reconocimiento de la beligerancia y sus efectos inmediatos*, Madrid, Péant é hijos, 1895, de cuyas pp. 85-86, 96, 98-99 y 101 tomo las referencias que siguen.

Fernández Liesa, *La guerra civil española y el orden jurídico internacional*, pp. 84-85.

José Yanguas Messía, *Beligerancia, no intervención y reconocimiento*, Salamanca, 1938. Abordo *in extenso* la argumentación de este catedrático de derecho internacional en “Los juristas en los orígenes de la dictadura (1937-1943)”, en Federico Fernández-Crehuet, Sebastián Martín (eds.), *Los juristas y el ‘régimen’. Revistas jurídicas bajo el franquismo*, Granada, Comares, 2014, pp. 62-66.

Olivart, *Del reconocimiento de la beligerancia*, p. 106 y, para las citas que siguen, pp. 89-90, 109 y 117.

Julio Diena, *Derecho internacional público*, Barcelona, Bosch, 1932, trad. J.M. Trías de Bes, p. 576.

Sobre el tránsito de la “represión indiscriminada a la celebración de Consejos de Guerra Sumarísimos” ha ilustrado numerosos flancos Francisco Espinosa Maestre, *La justicia de Queipo. Violencia selectiva y terror fascista en la II División en 1936: Sevilla, Huelva, Cádiz, Córdoba, Málaga y Badajoz*, Barcelona, Crítica, 2006², p. 266. Vid. asimismo Pelai Pagès, “La represión franquista durante la Guerra Civil”, en Margarida Capellà, David Ginard (coords.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Palma, Edicions Documenta Balear, 2009, pp. 22 ss.

Vid. el articulado del conocido bando de 28 de julio firmado en Burgos por Miguel Cabanellas (Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional, 30-VII-1936).

Alicia Gil Gil, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 29-30.

Sobre los caracteres de esa “justicia” militar, vid. Pablo Gil Vico, *La noche de los generales. Militares y represión en el régimen de Franco*, Barcelona, Ediciones B, 2006, pp. 59-63, quien, hasta donde alcanzo a saber, más ha destacado el carácter ajeno a todo derecho de esta “justicia de ocupación”. Se pueden observar también aspectos centrales de esta represión castrense judicializada de primera hora en la tesis doctoral de Joaquín Gil Honduvilla, *De las normas españolas de protección extraordinaria del Estado a la Guerra Civil: justicia militar y represión*, Sevilla, 2016.

Subrayan la “correlación entre ambas violencias”, la desnuda y la aparentemente protocolizada, José Babiano, Gutmaro Gómez, Antonio Míguez y Javier Tébar, *Verdugos impunes. El franquismo y la violación sistémica de los derechos humanos*, Barcelona, Pasado & Presente, 2018, pp. 94-95.

Luis Jiménez de Asúa, *Manual de Derecho penal*, Madrid, Reus, 1933, I, pp. 23-4.

El valor de este principio no quedaría desmentido por el auge experimentado, antes incluso de la expansión de los fascismos, por las doctrinas de la peligrosidad, defensoras de un código penal preventivo, formado por tipos flexibles integrados mediante arbitrio judicial, y preparado por el propio Luis Jiménez de Asúa para la República (“Bases para el nuevo Código penal”, p. 192), pues en él se atenderían una serie de presuntas “desviaciones”, reveladas “por la comisión” previa de delitos, que en nada se relacionan con los hechos que nos ocupan, que caen del todo en la órbita del código penal represivo basado en la “imputabilidad” y en el principio de legalidad. Y en este segundo campo, una cuestión era el *nullum crimen sine lege*, “principio” irrenunciable que daba el “monopolio” de la creación de los delitos a “la ley”, y otra bien distinta el *nulla poena sine lege*, no existiendo “inconveniente en conceder a los Jueces probos y capaces una gran amplitud en la individualización de la pena”: José Antón Oneca, *Derecho penal*, Madrid, Reus, 1922, p. 33.

Jiménez de Asúa, *Manual de Derecho penal*, II, p. 12.

Lo sugería, de nuevo, un autor del paradigma doctrinal anterior, antes de que comenzase siquiera a hablarse de la subjetividad internacional de los individuos: vid. Olivart, *Del reconocimiento de la beligerancia*, pp. 95-96, no considerando conveniente el “reconocimiento” para “procurar por este medio la observancia de las leyes de la guerra”, pues, de violarse, lo que cumplía era la intervención extranjera, y, desde luego, la denegación del reconocimiento. El manual más completo publicado en época republicana confirmaba que el “reconocimiento de la beligerancia” procedía cuando el “partido insurrecto” contaba “con sincera intención de cumplir las leyes de la guerra”: De Orúe, *Derecho internacional público*, p. 186. En ejemplo análogo, para el internacionalista italiano Giulio Diena, las “milicias” solo podían elevarse a condición de beligerantes si, entre otros requisitos, se “conforma[ban] en sus operaciones bélicas a las leyes y a los usos de la guerra”: *Derecho internacional público*, p. 576. En todos los casos se sugería con claridad que se trataba de un orden normativo vinculante con independencia del citado reconocimiento, capacitando su respeto, de hecho, para acceder a él.

47

Palabras que ya colacioné en S. Martín, “Los juristas en los orígenes de la dictadura”, p. 64.

48

Sobre el episodio, sigue siendo referencia imprescindible Herbert R. Southworth, *La destrucción de Guernica. Periodismo, diplomacia, propaganda e historia*, Valencia, Ruedo Ibérico, 1977.

49

De ahí que no se pueda compartir, como seguidamente se detallará, la aseveración de C.R. Fernández Liesa de que el derecho internacional humanitario solo podía aplicarse mediando “reconocimiento de beligerancia” (p. 121) y de que fue justo a partir de la guerra civil y sus funestas consecuencias cuando comenzó a “formarse la convicción de que algunos principios fundamentales y reglas del derecho de la guerra debían extenderse a las guerras civiles independientemente del reconocimiento de beligerancia” (*La guerra civil española y el orden jurídico internacional*, p. 45). No faltan sin embargo internacionalistas que consideran que el derecho internacional humanitario resultaba ya aplicable, en relación, por ejemplo, a las “desapariciones forzadas”: Carmen Pérez González, “Desapariciones forzadas”, en Rafael Escudero Alday (ed.), *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, Madrid, Catarata, 2011, pp. 118-119; Margarida Capellà, en el mismo útil volumen (“Crímenes internacionales”, p. 113), asevera que “por definición, los crímenes de guerra son violaciones de los usos y leyes de la guerra contra el *enemigo o contra la población de territorios ocupados*, pero no contra los propios nacionales”. Como a continuación se dirá, la evidente condición de guerra de agresión que caracterizó a la conflagración, ¿no permite acaso hablar de actuaciones contra el “enemigo” en “territorio ocupado”? La propia ocupación de territorios cuando se contaba con una institucionalidad incipiente, ¿no generaba ya determinados derechos de protección de la población civil amparados en el derecho de gentes? Por otro lado, la pretensión de los sublevados de constituir un Estado, se entiende que sucesor del español, y el reconocimiento oficial de su estatalidad concedido por países extranjeros, ¿no los vinculaban ya a los tratados sobre derecho de guerra suscritos por España?

De Orúe, *Derecho internacional público*, p. 477.

Clavero, “La República española ante la Sociedad de Naciones”, p. 27 del manuscrito.

Y, con todo, según se ha indicado, no era extraño que se considerase que tales disposiciones podían regir también para los territorios ocupados por ejércitos rebeldes en una guerra civil, incluso por un autor profundamente estatalista, para quien los Estados solo podían “delinquir [...] en el orden moral y ante Dios” (*El Derecho internacional público en los últimos 25 años (1903-1927)*, p. 387), como era el ya citado Marqués de Olivart, *Del reconocimiento de la beligerancia*, p. 95, donde asevera que, aun sin reconocimiento de beligerancia, “los principios sobre ocupación militar y los Gobiernos de hecho determinan perfectamente cuáles son los derechos y deberes de los habitantes”.

Rotem Giladi, “The Enactment of Irony: Reflections on the Origins of the Martens Clause”, en *European Journal of International Law*, 25-3 (2014), pp. 847-869.

La necesaria lectura histórico-crítica incluida en nota anterior, y referida y secundada por Clavero, “La República española ante la Sociedad de Naciones”, n. 51, aun denunciando con rigor orígenes inconfesables ocultados por el mito, no impide ulteriores atribuciones de sentido realizadas por interpretaciones más atentas a derechos. No hay por qué ceñirse, en un ejemplo de interpretación originalista, a lo querido en 1899 por el propio Martens, pudiendo extraerse lícitamente de la conocida cláusula rendimientos presentes atentos a derechos.

Rosanil Nava Lara, “La cláusula Martens: ¿Un medio de protección básico de las personas en situación de conflicto armado?”, en Fernando Mérito Cuervo-Arango, Julio de Peñaranda Algar (coords.), *Dos décadas de Posguerra Fría*, Madrid, Instituto Universitario ‘General Gutiérrez Mellado’ - UNED, 2009, pp. 389 y 391, quien señala que se hizo pensando sobre todo en la “protección” de los “resistentes armados” que habitaban en “territorios ocupados”.

57

De hecho, ya se hablaba de un “*nuevo derecho penal internacional*” que no sería más una simple fracción del derecho interno incorporada por el Estado soberano a través de la suscripción de tratados, sino un régimen sancionador transnacional encaminado a reprimir “los actos ilícitos” cometidos por los propios Estados, dada su indudable “capacidad de delinquir” contra los intereses fundamentales y vitales de otro Estado: vid. Vespasian V. Pella, “La répression des crimes contre la personnalité de l’État”, en *Recueil des Cours / Académie de Droit International de la Haye*, 33 (1930), pp. 819-822.

58

Emil Stanislaw Rappaport, *Le problème de l’unification du droit pénal*, Varsovie, RPP, 1929.

59

Para la intervención que pasamos a colacionar, vid. Bartolomé Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 13-28. Utilizo la traducción de su intervención de 1933 titulada “Los actos que constituyen un peligro general interestatal considerados como delitos contra el derecho de gentes” disponible en el sitio de la *International Raoul Wallenberg Foundation*.

60

Según expresión de Juan Teixedor en nota presentada ante la SN que extracta Jorge, *Inseguridad colectiva*, p. 320.

61

Lo subraya Reyes Mate, “Deber de memoria”, en el ya citado *Diccionario de memoria histórica*, pp. 18-19.

62

Capellà, “Crímenes internacionales”, p. 114, con referencia a “nacionales” para el caso internacionalmente denunciado del genocidio armenio a manos turcas, y, con mayor detalle, Alfredo Liñán Lafuente, *Los crímenes contra la humanidad*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 27-37, dando pie esta última referencia a la pregunta retórica de si puede continuar siendo el derecho penal de época franquista (p. 26, n. 9) fuente válida para interpretar la categoría examinada.

63

Nava, "La cláusula Martens", p. 395.

64

Vid. el ilustrativo apunte de Victor Klemperer sobre su relación personal con el término "campo de concentración", utilizado en su juventud durante la "guerra anglo-boer": *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Barcelona, Minúscula, 2001, p. 61.

65

Tomo la referencia del conocido título de Danilo Zolo, *La justicia de los vencedores. De Núremberg a Bagdad*, Madrid, Trotta, 2007.

66

El derecho internacional del paradigma anterior más abierto a reconocer la subjetividad internacional de los individuos y la existencia de unos "derechos absolutos o innatos" solo interponía límites a la soberanía -hasta el punto de recomendar el abandono de tan "peligroso dogma"- hacia el exterior, en las relaciones con los demás Estados: De Orúe, *Derecho internacional público*, pp. 148 y 238-240.

67

Para una descripción del alcance de esta jurisdicción especial, vid. Kevin Jon Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 107 ss., y Margarida Capellà, *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 41-56.

68

Son relevantes también, a qué dudarlo, otros principios jurídicos ulteriores, como la responsabilidad penal inexcusable de los acusados, con independencia de su cargo y rango (art. 7), y la imposibilidad de alegar obediencia debida como circunstancia eximente (art. 8); incluso, en línea a lo aquí sostenido, debe tenerse muy presente la aplicabilidad de los "crímenes de guerra" para "violaciones" como "la deportación [de población civil] para realizar trabajos forzados", "el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin motivo de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por necesidad militar" (art. 6.b)).

69

Para todo lo que sigue, extraído, salvo nota en contrario, de las declaraciones y acusaciones del fiscal estadounidense Robert H. Jackson, véase *Enjuiciamiento de los criminales de guerra. Documentos*, Washington, Secretaría de Estado de los EEUU, 1946, vol. 1, pp. 2-4, 7, 20, 22-24, 45, y *Enjuiciamiento de los criminales de guerra. Presentación de la denuncia en nombre de los*

Estados Unidos de América ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Washington, Secretaría de Estado de los EEUU, 1946, vol. II, pp. 4, 52-54 y 56.

70

Heller, *The Nuremberg Military Tribunals*, pp. 233-234, con la deshonrosa excepción de los tribunales que investigaban la experimentación médica sobre población civil disidente.

71

Vid. Carmen Márquez Carrasco, *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 61 ss.

72

Clavero, *Genocide or Ethnocide*, pp. 49 ss.

73

Tal medida, de 9 de enero de 1940, regulaba, según cita recogida en el decreto, “la situación de presos y detenidos en el sentido de ‘no producir daños ni ocasionar molestias superiores a las indispensables para restablecer el equilibrio jurídico’”. Sobre todo comentario sobre el alcance limitativo de semejante disposición.

74

Vid. Francisco Espinosa Maestre, “Julio de 1936. Golpe militar y plan de exterminio”, en Julián Casanova (ed.), *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Barcelona, Crítica, 2002, pp. 61-93; y, como última exposición sintética bien eficiente, Ignacio Tébar, *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*, Publicacions Universitat D’Alacant, 2017, pp. 29-38.

75

Una visión panorámica completa del asunto la tenemos en David Ginard i Féron, “La represión contra los vencidos y los resistentes en la posguerra española (1939-1948)”, en Capellà / Ginard (eds.), *Represión política, justicia y reparación*, pp. 43-102.

76

Gil Vico, *La noche de los generales*, p. 122, y, más en general, los capítulos 6 y 7.

77

En la ley de seguridad del Estado de 1941, por ejemplo, se leen intervalos de penas de 12 a 30 años, o de 15 años a la pena de muerte. En el decreto-ley contra bandidaje y terrorismo de 18 de abril de 1947 se oscilaba de la “reclusión menor a muerte” incluso para los casos en que la comisión del delito se frustrase.

78

Guillermo Portilla Contreras, *La consagración del derecho penal de autor durante el franquismo: el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Granada, Comares, 2009, aparte del creciente caudal de tesis doctorales sobre las diferentes jurisdicciones provinciales de “responsabilidades políticas”.

79

Expongo ejemplos de este segundo caso en “Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 38 (2009), pp. 915 ss.

80

Resolución 39 (I) citada por Capellà, “Crímenes contra la humanidad”, p. 117.

81

Francisco Espinosa Maestre, “Contra el olvido. La lucha historiográfica en torno a la represión franquista (1936-1996)”, en Id., *Lucha de historias, lucha de memorias. España, 2002-2015*, Sevilla, Aconcagua, 2015, pp. 49-89.

82

Manuel Fraga Iribarne, “Un cuarto de siglo de historia de España: el Régimen de Franco y el Movimiento Nacional”, en VVAA, *El nuevo Estado español. Veinticinco años de Movimiento Nacional, 1936-1961*, Madrid, IEP, 1961, pp. 51-52.

83

Se trata de la representación más convencional, eficazmente expuesta en M.A. Giménez Martínez, *El Estado franquista*, Madrid, CEPC, 2014, cuyas tensiones internas he tratado de señalar en el comentario publicado en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 44 (2015), pp. 1019-1033. Téngase en cuenta que el propósito de basar la dictadura en su “legitimidad de ejercicio”, por la “paz civil”, el “orden” y el “progreso económico y social” supuestamente logrados, en vez de en su legitimidad de origen, cuya naturaleza criminal no podía seguir ocultándose, es acuñación del propio régimen, por más que la siga empleando la historiografía actual: vid. el anterior texto de Fraga Iribarne, “Un cuarto de siglo”, p. 48.

Por parafrasear el subtítulo del reciente libro de Babiano, Gómez, Míguez y Tébar, *Verdugos impunes*, bien demostrativo de continuidades duras en el ámbito de la militarización, de dominación del trabajo o la segregación social.

Bien puesta en evidencia por Sophie Baby, *El mito de la transición pacífica. Violencia y política en España (1975-1982)*, Madrid, Akal, 2018. Lo indican también Gil, *La justicia de transición en España*, pp. 43-46 y Rafael Escudero Alday, *Memoria histórica y democracia en España. La brecha de la Transición*, México D.F., Fontamara, 2016.

Apunta la persistencia paraconstitucional de tal mentalidad con sus nocivas consecuencias Bartolomé Clavero, *España, 1978: la amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

Giulia Quaggio, *La cultura en transición. Reconciliación y política cultural en España, 1976-1986*, Madrid, Alianza, 2014.