



La transformación jurídica de la dictadura franquista en un estado de derecho (*)

Francisco Muñoz-Conde

Revista Penal, n.º 22.—Julio 2008

RESUMEN: *El artículo trata de la transformación jurídica habida en España tras la dictadura del General Franco (1939.1975) y su conversión en democracia tras su muerte el 20 noviembre 1975. El primer paso para esa transformación lo dieron algunos políticos del anterior régimen, pero pronto, tras la legalización de los partidos políticos y la convocatoria de unas Elecciones Generales en 1977, se redactó con la colaboración de los principales partidos una nueva Constitución que fue aprobada por Referendum en diciembre 1978. Desde entonces ha continuado la transformación jurídica del sistema jurídico de la dictadura en uno democrático. La mayoría de las reformas han sido penales y desde 1995 hay un nuevo Código penal. Actualmente los problemas más importantes son la distribución de competencias y del poder entre las Comunidades Autónomas y el terrorismo generado por el movimiento independentista vasco ETA.*

PALABRAS CLAVE: *Justicia de la transición, dictadura, democracia, transformación jurídica, Constitución, reformas jurídicas, Código penal, terrorismo.*

SUMMARY: *This paper is about the legal transformation of the Spanish dictatorship of General Franco (1939-1975) to a democracy.*

The first step started after Franco's death (20.November 1975) and was conducted by politicians who did play a role during the last years of the dictatorship. But after the legalisation of all parties and the General Elections in June 1977 was enacted with collaboration of the most important parties and aproved by Referendum the new Constitution (December 1978). Since then the legal transformation has been continued and has changed the legal order from the dictatorship to a democratic system. The most important legal reforms were the penal reforms, and 1995 was enacted a new Penal Code. But now there are still problems about the territorial and power distribution between the Comunidades Autónomas and the movements for the Independency of Basquish Country, that generated as well a terror actions from ETA.

KEY WORDS: *Transitional Justice, Dictatorship, Democracy, Legal Transformation, Constitution, legal reform, Penal Code, terororism.*

(*) El presente texto constituyó la Ponencia que su autor presentó en Halle en el Congreso de Historiadores del Derecho de Alemania, celebrado en septiembre del 2006, con el título: «Abrechnen, aber wie?: Die rechtliche Transformation der europäischen Diktaturen nach 1945: Der Fall Spanien». En una primera versión, con el mismo título, se publicó en *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2007. La última versión alemana se encuentra en prensa en la *Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Graz 2008. El texto original era más bien de carácter informativo e iba dirigido a un público desconocedor de las particularidades de la transición española. La presente versión, traducida directamente del alemán por su autor, mantiene este carácter y se ha realizado para el Congreso internacional-Humboldt Kolleg. «La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado», celebrado en la Universidad Pablo Olavide, en Sevilla, del 7 al 9 de febrero del 2008 (véase Crónica en este mismo volumen de la Revista). La única modificación que se ha añadido son las referencias actualizadas a la Ley 52/2007, de 26 diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

1. El punto de partida

La transformación jurídica de la Dictadura en un Estado de Derecho comenzó en España con la muerte del Dictador Francisco Franco Bahamonde el 20 de noviembre de 1975, y no como en otros países europeos que tuvieron dictaduras de cuño político e ideológico parecido, como Alemania e Italia, tras la terminación de la Segunda Guerra Mundial, la derrota de sus respectivos regímenes en 1945 y la muerte violenta de sus principales dirigentes, Adolph Hitler y Benito Mussolini. Pero treinta años más tarde, tras una transformación política y jurídica, más o menos lenta, España es ahora, igual que Alemania e Italia, e igual que los países de la Europa del Este dominados por dictaduras comunistas hasta comienzos de los años 90 del pasado siglo, un Estado social y democrático de Derecho, tal como se define en el art.1 de la Constitución de 1978.

¿Cómo ha ocurrido esto? ¿Y cómo hay que juzgar esta transformación? ¿Se ha superado realmente el régimen dictatorial, o ha sido esa transformación solo una fachada jurídica, para adaptar paulatinamente el régimen dictatorial a los sistemas democráticos vigentes en los demás países europeos occidentales, manteniendo en el fondo los mismos intereses del sistema anterior y dejando libres de todo castigo a los responsables de los crímenes cometidos durante la dictadura para apoyar a la misma? O para decirlo con las palabras de TOMMASI DI LAMPEDUSA en su famosa novela «Il Gattopardo»: ¿Se quiso cambiar todo, para que todo siguiera igual¹?

Para responder a estas cuestiones del modo más objetivo posible, se deben considerar los diferentes factores que han acompañado y condicionado esa transformación: Aunque entre ellos se pueden mencionar muchos, quizás el más decisivo de todos, fue el hecho de que el Dictador tuviera el poder absoluto en sus manos hasta el momento de su muerte y que mientras tanto la oposición política fuera ilegal, sin ninguna posibilidad de llegar a alcanzarlo o de siquiera presentarse como una alternativa, bien a través de una revolución armada, bien a través de unas elecciones democráticas.

Ello determinó que, tras una cruel y asesina Guerra civil (1936/1939) y tras casi cuarenta años de una Dictadura (1939/1975), inspirada, en parte, en la ideología nacionalsocialista y fascista y, en todo caso, dominada por un conservadurismo radical de derechas y el integrista religioso de la Iglesia católica, la transformación jurídica y

política de la Dictadura en un Estado de Derecho empezó a llevarse a cabo por los antiguos miembros del aparato de poder de la misma dictadura, los vencedores de la Guerra civil, quienes con esa transformación comenzaron a adaptar oportunamente, a través de puntuales reformas, la dictadura a los sistemas democráticos vigentes en los países europeos occidentales, buscando quizás también en algún caso limpiar su pasado antidemocrático, evitando al mismo tiempo que se les exigiera ningún tipo de responsabilidad por lo que habían hecho en ese pasado.

2. El papel del Derecho penal

Desde luego, hasta el momento presente (inicios del 2008), treinta y tres años más tarde de la muerte del Dictador, no se puede decir que se haya exigido responsabilidad penal a ninguno de los responsables de los crímenes, asesinatos, homicidios, torturas, detenciones ilegales, etc., cometidos durante la dictadura con el fin de apoyar a la misma y eliminar a sus adversarios. Tampoco se ha iniciado ningún proceso contra los responsables de esos hechos delictivos, que a veces se cometieron bajo la apariencia de procesos penales celebrados ante Tribunales especiales o militares que realmente cometieron verdaderos delitos de prevaricación, aplicando un derecho nulo, por injusto y por no respetar las garantías procesales básicas del imputado, como el derecho al juez natural, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, a que no se utilizaran pruebas incriminatorias obtenidas ilegalmente, mediante torturas, etc.². Hasta hoy, con la reserva que seguidamente se dirá en relación con la Ley de Memoria Histórica, no ha habido ninguna declaración legal de nulidad de esos procesos, y ni siquiera los Tribunales de Justicia del actual sistema democrático han sido capaces de hacer una declaración de este tipo en los casos concretos en los que se les han planteado esta cuestión (caso Grima, caso Ruano, caso Puig Antich).

Desde esa perspectiva, no se puede decir que en España se haya exigido ningún tipo de responsabilidad jurídica o jurídico-penal a los responsables de la dictadura. El lema bajo el cual se hizo la transición y el punto de partida para la transformación jurídica de la dictadura en un Estado de Derecho fue «lo pasado, pasado está», y en base a él, por las razones que después diré, ni siquiera se pensó en exigir ningún tipo de responsabilidad y mucho menos una de carácter penal a los que detentaron el poder durante la

1 TOMMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*: «Si todo debe quedar como está, es preciso que todo cambie».

2. La tesis de que este tipo de decisiones judiciales, aunque estuvieran de acuerdo con el derecho entonces vigente, pueden realizar el tipo de un delito de prevaricación, fue ya mantenida por RADBRUCH en relación con las sentencias de los Tribunales de Justicia en la época nacionalsocialista, en su famoso artículo «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht» (SJZ 1946). Sobre ello GÜNTER SPENDEL, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, 1984. Por eso, no se entiende muy bien que en el art.4 de la Ley española de la llamada Memoria Histórica (cfr.infra) sólo se declaren «ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución».

dictadura. Esta ha sido también hasta hoy la posición oficial de las instituciones, que ciertamente no han ocultado la verdad histórica de un modo expreso, pero sí la han relegado o pretendido ignorar en aras de una transición a la democracia calificada por muchos como modélica³.

Obviamente se puede discutir hoy y seguramente se discutirá también dentro de 100 años, si esta transición fue tan modélica como algunos pretenden, o más bien un fracaso desde el punto de vista de los que querían que fuera una verdadera ruptura con el régimen anterior. En todo caso, se puede considerar como una transición incompleta a la que todavía le faltaba mucho para llegar a ser una verdadera ruptura con lo anterior. La polémica entre los historiadores que se ocupan de analizar como fue esta transición está servida y no solo ha comenzado ya, sino que aún durará muchos años. Precisamente una de las causas de esta polémica es, ha sido y será lo que para unos fue un defecto y para otros una virtud de la transición: El que no se hubiera exigido ninguna responsabilidad por los crímenes cometidos durante la dictadura por su aparato de poder. Desde luego, hay todavía quien dice que un cambio de sistema, como es el paso de una dictadura a una democracia, en el que los responsables de los crímenes de una dictadura quedan impunes, no es en realidad un cambio, sino una operación cosmética.

La frustración y el sentimiento de injusticia por esta impunidad todavía hoy es perceptible en muchos sectores de la población española. Y precisamente por ello se ha pretendido repararla de algún modo con una Ley por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, la llamada Ley de la Memoria histórica, que fue aprobada por el Parlamento español a finales del 2007 (Ley 52/2007, de 26 diciembre). Esta Ley no habla en ningún caso de responsabilidad penal de los autores de aquellos crímenes, aunque en su art. 15 determina «la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra civil y de la represión de la Dictadura», lo que en ningún caso es superfluo ya que todavía hoy hay calles y plazas en muchos pueblos y ciudades que llevan los nombres o exhiben estatuas del Dictador, de sus principales colaboradores y de militares golpistas que se alzaron contra la República, a los que durante muchos años se les homenajeó como héroes y salvadores de la Nación frente a

la «horda roja marxista» y comunista, sin, por supuesto, mencionar los excesos y actos criminales que muchos de ellos cometieron. En este sentido se podía decir, por lo menos al comienzo de la transición a la democracia, aquella frase que se utilizó como título de una famosa película alemana de la posguerra «die Mörder sind unter uns»; ciertamente, «los asesinos estaban entre nosotros»⁴.

Solo el tiempo, que no solo cura las heridas, sino que hace que la muerte se lleve a los que las causaron⁵, ha resuelto en parte este problema. La Ley de Memoria Histórica dice su Exposición de Motivos que «no pretende implantar una determinada memoria colectiva», sino «reparar a las víctimas, consagrar y proteger, con el máximo vigor normativo el derecho a la memoria personal y familiar como expresión de plena ciudadanía democrática, fomentar los valores constitucionales y promover el conocimiento y reflexión, para evitar que se repitan situaciones de intolerancia y violación de derechos humanos como las entonces vividas». Y para ello no solo hace un reconocimiento general del «carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por la mismas causas durante la Dictadura» (Art.2, 1), sino que «declara la ilegitimidad de los Tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos» que ejercieron la represión tanto durante la Guerra Civil, como durante la Dictadura (Art.3). Pero no llega a declarar nulas de pleno derecho las resoluciones de estos Tribunales, como algunos solicitaban, aunque sí reconoce el derecho a obtener una Declaración personal de contenido rehabilitador y reparador a todos los perjudicados por las mismas, que podrán ejercer ellos mismos o sus familiares (Art.4), y se les conceden una serie de indemnizaciones y reparaciones de carácter económico (Arts.5 a 10).

Un aspecto importante de esta Ley son las medidas que dispone para la localización e identificación de las víctimas (Arts. 11 a 14). Durante todos estos años se han venido realizando excavaciones para desenterrar los restos de los partidarios de la República, fusilados durante la Guerra Civil o en la represión política posterior, enterrados de forma anónima en fosas comunes, cunetas y zanjas. La Ley regula las medidas para llevar a cabo las medidas para esa identificación y localización, y su traslado e inhumación en el cementerio correspondiente⁶.

3. Véase el artículo de AXEL VEIEL, *Geschichte sicher stellen: Spanien blickt in die Abgründe der Franco-Diktatur*, en el periódico alemán *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Freitag, 13. Dezember 2002,

4. «Die Mörder sind unter uns» es el título de una película alemana de WOLFGANG STAUDTE, que ya en 1946 criticaba la insuficiente desnazificación de los antiguos nacionalsocialistas.

5. A. UND M. MITSCHERLICH, *Die Unfähigkeit zu trauern*, 15. ed. Munich 1998, p. 58.

6. En la prensa internacional estas excavaciones ha tenido bastante eco en los últimos años, véase, por ejemplo, el artículo de VEIEL citado en nota. 3; y JOSÉ MALDAVSKY, *Massengräber am Straßenrand*, *Le Monde Diplomatique—die Tageszeitung/WoZ*, Enero 2003, 14/15. Estas excavaciones se han venido realizando en los últimos años en diversos puntos de España, ya en agosto del 2006 se habían desenterrado unos 905 cadáveres de los aproximadamente 90.000 que se calculan fueron las personas fusiladas y

De todos modos, sigue siendo una de las lagunas de la transición española a la democracia, la impunidad en la que quedaron los autores de estas masacres, lo que ha sido considerado por muchos como una prueba de la continuidad de la Dictadura y de su poder que todavía durante mucho tiempo ensombreció y condicionó la democracia. Pero aunque sea así, lo cierto es que esta impunidad fue compensada, al principio de la transición democrática, como inmediatamente vamos a ver, con el reconocimiento y legalización de la oposición política y con una amnistía parcial de los que hasta entonces habían luchado contra la Dictadura y habían sido condenados por Tribunales especiales, como el Tribunal de Orden Público y militares, muchas veces en base a hechos que no eran más que el ejercicio de derechos fundamentales a la libertad de expresión, reunión o asociación⁷.

Con ello comenzó poco a poco la transición a la democracia, tras la muerte del dictador, a través de un complicado y refinado proceso de transformación política y jurídica. Desde luego, no se puede negar que la actual situación política, jurídica, social y económica de España nada tiene que ver con la que había a comienzo de la transición y que este cambio ha supuesto mucho más que una mera transformación política. Pero el camino que ha llevado a la presente situación no fue modo alguno un camino de rosas, sino uno cubierto de espinas y de obstáculos, que sobre todo en los primeros años de la transición, como se demostró con el intento de Golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, amenazaron con hacer descarrilar el tren hacia la democracia apenas éste había iniciado su lento caminar.

3. Ruptura y continuidad en la primera etapa hacia la democracia

Por razones de tiempo, me voy a ocupar solo de la primera etapa de la transición, que empezó con la muerte del Dictador (20 noviembre 1975) y terminó provisionalmente con la aprobación, primero por los parlamentarios elegidos en las primeras elecciones democráticas de 1977 y

luego por referéndum, de la Constitución a finales de 1978. Lo que al comienzo de esta etapa se pudo considerar como una continuidad disfrazada de la Dictadura (sobre todo en los primeros meses tras la muerte del dictador con el Gobierno de Arias Navarro), terminó siendo una verdadera transformación jurídica e incluso una ruptura política con el régimen anterior. Seguidamente expondré cómo se llevó a cabo esta transformación, y las dificultades que hubo en la misma.

Como ya he dicho, una peculiaridad de esta primera fase de la transición es que la misma fue dirigida por los antiguos miembros de las Instituciones y de los Gobiernos de la Dictadura. Así, por ejemplo, el Presidente del último Gobierno de la Dictadura, Carlos Arias Navarro, fue luego el Presidente del primer Gobierno de la Monarquía. Sin embargo, en pocos meses se puso de relieve que no se podía esperar de este político, procedente de los sectores más conservadores de la Dictadura, que procediera a una verdadera democratización de la misma. Esto hizo que en el verano de 1976 el Rey Juan Carlos I, nombrado sucesor del Dictador todavía en vida de éste, procediera a nombrar a otro Presidente del Gobierno, Adolfo Suárez González, que había sido antes Secretario General del Movimiento Nacional y Ministro en el último Gobierno de la Dictadura, pero que pertenecía a una generación más joven y que, en todo caso, para sorpresa de muchos, pronto comenzó a desmontar la estructura jurídica del régimen dictatorial, estableciendo las bases de una Monarquía parlamentaria basada en los principios de un Estado democrático de Derecho.

Esta primera fase, que comenzó con el nombramiento de Adolfo Suárez González, se caracterizó, como sucedió también en la transición democrática de otros países, por una doble peculiaridad: Por la ruptura con los contenidos de la dictadura, por un lado; y por la continuidad en el poder de las personas que había ocupado puestos importantes en la misma, por otro⁸.

Para preparar esta ruptura política con la Dictadura, el Presidente Suárez consiguió que se aprobaran por el órgano legislativo de la misma, las Cortes, una Ley de reforma

enterradas anónimamente durante la Guerra civil y la represión política de la Dictadura (véase *El País*, 13. Agosto 2006, p. 24/25). Desde entonces son frecuentes en los medios de comunicación titulares como éste: «Más de 4.500 fusilados en la Guerra Civil podrán ser exhumados en Málaga» (*El País*, edición de Andalucía, 18 enero 2008). Hechos similares se han producido en otras muchas ciudades y lugares de España.

7. Esta amnistía sólo se refería en un principio a los delitos de naturaleza puramente política, en los que no se hubiese empleado violencia, pero posteriormente se amplió también a otros en los que sí se había empleado violencia en la lucha contra la Dictadura (véase Decreto de 14 Marzo 1977 y 15 Octubre 1977). Al respecto véase infra. Sobre el Derecho penal político de los últimos años de la Dictadura me remito a mi artículo, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, in Madlener/Schöne/Papenfuss, Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln 1975, comunicación que presenté en el Congreso de Penalistas becarios de la Fundación Alexander von Humboldt, que se celebró en octubre de 1973, en la ciudad alemana de Ludwigsburg. Algunas de las consideraciones que hacía al respecto en este artículo se encuentran también recogidas en mi Introducción al Derecho penal, Barcelona 1975 (hay 2. edición publicada en Buenos Aires, 2002), que constituyó mi Memoria sobre el Concepto, método y fuentes del Derecho penal, que redacté a principios de los años setenta para el concurso-oposición que conforme al sistema entonces vigente había que presentar para optar a las plazas de Profesores agregados o Catedráticos de Universidad, una de las cuales obtuve en junio de 1974.

8. Así Bernhard Schlink, *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Frankfurt/M. 2002, 130ss., quien refiere este dato como una característica de la Ciencia alemana del Derecho en la República Federal, tras la Segunda Guerra Mundial.

política, luego ratificada por un referéndum de 15 diciembre 1976, que abrió la puerta a la convocatoria de unas elecciones democráticas generales⁹. Esto suponía, por un lado, que los Diputados de las Cortes franquistas (entonces llamados Procuradores en Cortes) renunciaran expresamente a sus puestos y aceptaran, si querían continuar en la carrera política, presentarse a las próximas elecciones generales a celebrar conforme a un sistema democrático, concurriendo con otros candidatos pertenecientes a partidos políticos hasta entonces declarado ilegales. Y, por otra parte, a que los partidos políticos prohibidos hasta entonces fueran legalizados y así pudieran participar como tales en esas elecciones.

Piedra de toque de esta primera etapa fue la legalización del Partido Comunista español (PCE), cuyo Secretario General, Santiago Carrillo, tras un largo exilio había regresado ya a España, siendo primero detenido, y luego puesto en libertad¹⁰. Dos obstáculos había para esa legalización que entonces se consideraba inimaginable. Uno era el contexto internacional en una época en la que la llamada Guerra Fría entre la OTAN y los países del Pacto de Varsovia había llevado a la ilegalización de los Partidos Comunistas en otros países occidentales europeos e incluso a la prohibición de acceso a la función pública de sus miembros, como fue el *Berufsverbot* en la República Federal de Alemania. El otro obstáculo era el fuerte sentimiento anticomunista, del que hacía gala el dictador Franco, quien lo convirtió en el símbolo más representativo de su régimen tanto hacia el interior, como al exterior, calificando como «comunistas» también a los socialistas, los socialdemócratas, los republicanos, los masones, los nacionalistas e incluso a verdaderos anticomunistas como los liberales, los cristiano-demócratas, etc., abarcando con tal calificativo, en definitiva, a cualquier opositor a su régimen.

Una de las primeras reformas del entonces vigente Código penal, que calificaba como asociaciones ilegales a todos los partidos políticos, fue, después de la muerte del Dictador, para legalizar los partidos políticos, dejando solo fuera de la ley a los partidos que pretendieran «la instauración de un régimen totalitario»¹¹, lo que no dejaba de ser una contradicción, pues si algo caracterizaba al anterior régimen era que a pesar de sus intentos de reforma en los últimos años se le podía considerar como un régimen

de esa clase, aunque tuviera una ideología distinta a la de los regímenes comunistas entonces dominantes en los países del Este de Europa. Pero es que además el Partido Comunista de España hacía ya tiempo que había roto con el Partido Comunista soviético, y su Secretario General, Santiago Carrillo, había fundado junto con su colega italiano Enrico Berlinguer y el francés George Marchais el llamado «Eurocomunismo», una concepción del comunismo que renunciaba a una de las tesis fundamentales del Marxismo-Leninismo, la Dictadura del Proletariado, asumiendo el sistema pluralista democrático de los países europeos occidentales, y por lo que respecta al Partido Comunista Español proponiendo desde hacía tiempo una política de reconciliación nacional¹².

A pesar de todos estos obstáculos internos y externos, el Presidente Suárez, en un acto de valentía e inteligencia política, decidió personalmente legalizar en abril de 1977 el Partido Comunista¹³, que a partir de ese momento podía ya participar en las inminentes primeras elecciones democráticas junto con los demás partidos políticos ya legalizados. Con ello se iniciaba prácticamente el primer acto de una campaña electoral que culminó con las elecciones celebradas el 15 de junio de 1977, 41 años más tarde de las últimas celebradas antes de la Guerra civil en febrero de 1936. Desde ese momento, aparecieron en la calle y en los medios de comunicación banderas, símbolos, himnos y slogans políticos que hasta poco meses antes habían estado prohibidos y cuya exhibición constituía un delito de «propagandas ilegales», que correspondía juzgar al Tribunal de Orden público y que era castigado con graves penas en el Código penal de la dictadura. Pero la legalización de todos los partidos políticos supuso sobre todo que muchas personas que hasta entonces habían tenido que vivir en el exilio o cumplían penas prisión por sus ideas políticas, pudieran regresar o salir de las cárceles y participar como candidatos de los partidos políticos ya legalizados en esas elecciones.

Pero para que ello fuera posible, además de esta legalización de los partidos políticos, era preciso también decretar una amnistía de quienes estaban todavía cumpliendo penas por haber participado de algún modo en la lucha de resistencia contra la dictadura.

9. Sobre esa Ley y sus consecuencias para el Derecho penal, véase Tomás Vives Antón, en Cuadernos de Política criminal, 1977, 73 ss.

10. Sobre su detención y posterior puesta en libertad, y las circunstancias a veces dramáticas y otras ridículas de la misma, véase la autobiografía del propio CARRILLO, *Memorias*, Barcelona 1993, 613, 640 ss. Y también el Prólogo de SANTIAGO CARRILLO al libro de Teodulfo Lagunero Muñoz, *Una vida entre poetas*, Madrid 2006, que fue quien le ocultó y ayudó económicamente durante toda esa etapa.

11. Véase Ley para la Reforma del Código penal de 19 de julio 1976. en relación con el Art. 172, 2. Sobre ello F. MUÑOZ-CONDE, *Derecho penal*, Parte Especial, 2. ed. Sevilla 1976, 546.

12. Véase SANTIAGO CARRILLO, *Eurocomunismo y Estado*, Madrid 1977.

13. La legalización del Partido Comunista no sólo mostró el valor personal del Presidente Suárez, sino también la posibilidad de que la transición a la democracia apenas comenzada pudiera frustrarse por un Golpe de Estado, que estuvo a punto de producirse ante la reacción contraria que tuvo la cúpula militar, que determinó que el Ministro de Marian, Almirante Pita da Veiga llegara incluso a dimitir; sobre todo ello véase SANTIAGO CARRILLO (ob. cit. nota 10).

Muchas de las reformas que entonces se hicieron en el Código penal tenían por objeto no solo la legalización de los partidos políticos sino también de los sindicatos y del derecho a la huelga¹⁴: Ello determinó igualmente la puesta en libertad de los dirigentes del Sindicato, hasta entonces ilegal, «Comisiones Obreras», cuyos dirigentes fundadores habían sido condenados poco antes a penas de prisión de hasta veinte años por el Tribunal de Orden Público en el famoso proceso «1001» cuya celebración coincidió con el día (20 diciembre 1973) del atentado de ETA contra el Vicepresidente del Gobierno, Luis Carrero Blanco, al que se consideraba sucesor de Franco y, por tanto, como la garantía de la supervivencia de su régimen tras la muerte del dictador. Actualmente «Comisiones Obreras» es uno de los sindicatos más importantes.

Y para preparar las elecciones se aprobó ya el 18 de marzo 1977 un Real-Decreto (20/1977), que contenía un capítulo dedicado a los delitos electorales¹⁵, que en líneas generales sigue siendo todavía la actual regulación del Derecho electoral. También un Real-Decreto-Ley 24/1977, de 1 abril, 1977, sobre la libertad de expresión que, por un lado, eliminaba los límites que a la misma le había impuesto la legislación de la dictadura, pero que por otro lado pretendía proteger también determinadas instituciones y símbolos como la Monarquía, el estamento militar y la Unidad de la Nación, e impedir la crítica a algunas personalidades del anterior régimen¹⁶.

El resultado de las elecciones de 11 de junio de 1977 dio una nueva imagen de la situación política de España. La mayoría relativa (166 escaños) la consiguió el partido creado por el Presidente Suárez «Unión de Centro de Democrático» (UCD), en el que se integraban jóvenes políticos procedentes del anterior régimen, pero también liberales y demócratacristianos. Esto era hasta cierto punto esperable, ya que los miembros de este partido operaban desde el poder, tenían el control del aparato de poder, y el apoyo de la mayoría de las instituciones del anterior régimen y del poder económico. Pero una razón de su éxito fue también el sentimiento de miedo e inseguridad que dominaba ante el cambio de régimen a la clase funcionarial, a la burguesía y en general a una clase media cada vez más numerosa y temerosa de que el cambio fuera demasiado lejano y tan radical como proponían el Partido Socialista y el

Comunista. La UCD prometía la reforma progresiva del sistema dictatorial, sin poner en peligro el poder del Estado y el desarrollo económico que se había conseguido en los últimos años de la dictadura, gracias, entre otras cosas, a la emigración y al turismo. Ya entonces se notaba en gran parte de la sociedad española una cierta tendencia al centro político, que cinco años más tarde fue decisiva también para el triunfo del Partido Socialista Obrero español en las elecciones de 28 de octubre de 1982.

De este modo, quienes habían comenzado su carrera política, académica, económica y profesional en la dictadura podían así, con el triunfo de la UCD, asegurar su *status quo*, aun con la desaparición del aparato de poder de la dictadura. Muchos pensaban entonces que una ruptura total con ese aparato podía ser muy peligrosa, e incluso destruir lo que Schlink llama «das tradierte, geschätzte, gepflegte Selbstbild», es decir, «la autoestima de la propia imagen tradicional» de muchas personas¹⁷.

Ningún éxito tuvo, en cambio, el modelo que representaba el partido «Alianza Popular» (AP), aferrado al antiguo sistema, con apenas rasgos democráticos, que incluso por los nombres de sus dirigentes, una mezcla de antiguos falangistas y miembros numerarios del Opus Dei (Manuel Fraga Iribarne, Laureano López Rodó), que habían sido ministros en anteriores Gobiernos de la dictadura, recordaban demasiado al anterior régimen. De ahí que solo obtuvieran 16 escaños y ocuparan el cuarto lugar.

El segundo partido más votado fue el «Partido Socialista Obrero Español» (PSOE) (118 escaños), que había desaparecido prácticamente durante la dictadura, y muchos de cuyos antiguos dirigentes habían ya fallecido en el exilio, pero que se había reorganizado en el interior desde principios de los años 70 con la presencia de jóvenes abogados, profesores universitarios, trabajadores, profesionales, etc., apoyados desde el exterior por el canciller alemán Willy Brand (SPD) y por el Presidente socialista francés, François Mitterand, bajo la dirección de su joven Secretario General Felipe González Márquez. En aquel momento, sin embargo, no pudo alcanzar la mayoría que esperaba y que consiguió cinco años más tarde, probablemente por la juventud de sus dirigentes y el miedo que aún había en muchos sectores de la población a una ruptura demasiado radical y a votar opciones políticas que pocos

14. Véase Real-Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones laborales, que modificó el art. 222 del Código penal despenalizando la huelga por razones puramente profesionales o laborales.

15 Véase MUÑOZ-CONDE, *Delitos electorales*, en: Cuadernos de Política criminal, 1977, 165.

16. Véase MARINO BARBERO SANTOS, *Política y Derecho penal en España*, Madrid 1977, 139; TOMÁS VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid 1977, 214 ss.

17. Con esta frase describe SCHLINK, ob. cit. nota 8, 132, el modo en que los miembros de la Administración de Justicia alemana, Jueces, fiscales, funcionarios, pasaron del nacionalsocialismo a la democracia, sin tener que modificar su propia imagen. Sin embargo, muchos de ellos fueron sometidos a procesos de desnazificación e incluso un grupo representativo de los mismos fueron enjuiciados y condenados a diversas penas en uno de los procesos de Nuremberg, véase al respecto MUÑOZ-CONDE/MUÑOZ AUNIÓN, *¿Vencedores o vencidos?, comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Stanley Cramer*, Valencia 2002 (traducción alemana publicada en la Berliner Wissenschaftsverlag, con el título *Das Urteil von Nürnberg*, Berlin 2006). También SPENDEL (ob. cit. nota 2).

meses antes eran todavía ilegales y habían sido anatemi-
zadas por el anterior régimen.

Sorprendentemente, el Partido Comunista (PCE), que tanto se había destacado en la oposición y la resistencia a la dictadura, obtuvo solo 19 escaños, convirtiéndose de todos modos en la tercera fuerza política parlamentaria. A este escaso éxito contribuyó, además del fuerte sentimiento anticomunista que en aquella época estaba muy extendido en la sociedad española, el miedo, aún mayor que con el Partido Socialista, a una ruptura demasiado radical con el régimen anterior, y a la avanzada edad de sus principales dirigentes, que sin embargo durante toda la dictadura habían sido símbolos e incluso, a nivel internacional, iconos de la resistencia a la dictadura, como, por ejemplo, Dolores Ibarruri «La Pasionaria».

Muy importante fue la presencia parlamentaria de los partidos nacionalistas, el Partido Nacionalista Vasco (PNV) (9 escaños) y la federación catalana Convergencia i Unió (CiU) (14 escaños), que ya desde el primer momento plantearon uno de los problemas que, habían sido reprimidos durante la dictadura, y que, como pronto se vio con la redacción de la Constitución y en la evolución posterior, todavía hoy sigue siendo uno de los temas básicos de la democracia española, aún por resolver satisfactoriamente (véase infra).

Con este panorama pronto se vio con claridad que para asegurar la transición política y jurídica de un sistema dictatorial recién acabado a uno democrático firmemente asentado era preciso llegar a un acuerdo entre las distintas fuerzas políticas que habían conseguido representación parlamentaria.

Así lo entendió desde el primer momento el Presidente Adolfo Suárez, ahora ya legitimado democráticamente, quien pronto comenzó las conversaciones con los representantes de los partidos, con el resultado que ahora seguidamente veremos.

4. Reformas puntuales

Pronto se comenzó por hacer una serie de reformas puntuales. Con ellas se pretendió, en primer lugar, derogar los preceptos del anterior Ordenamiento jurídico más criticables, y crear nuevas leyes en consonancia con el modelo de sociedad que se quería construir. Entre estas últimas estaba, por ejemplo, la Reforma fiscal, que junto a una nueva regulación del Impuesto General sobre la Renta, introdujo en el Código penal el delito fiscal¹⁸.

Las conversaciones entre los representantes de los distintos partidos parlamentarios dieron lugar a los llamados

«Pactos de la Moncloa», que provocaron importantes reformas del Código penal como la Ley 20/1978 de 8 mayo, que modificó en parte algunos de los delitos contra la libertad sexual más en consonancia con el pluralismo moral y la igualdad de derechos de la mujer en la moderna sociedad española y con los principios del Estado de Derecho. Así, por ejemplo, a través de esta ley se derogaron el delito de difusión y venta de medios anticonceptivos; la seducción (estupro) «mediante engaño» o el rapto «con su anuencia», pero en contra de la voluntad de sus padres, de una mujer menor de 23 años; o el adulterio (entonces aún no había divorcio¹⁹).

También se introdujeron nuevos tipos penales sobre terrorismo, pero sobre todo la tipificación expresa como delito autónomo de la tortura y malos tratos cometidos por los funcionarios en el curso de una detención o interrogatorio. Y a partir de 1979/1980 se puso en marcha la elaboración de un nuevo Código penal, que tras varios proyectos terminó siendo aprobado quince años después, en 1995, aunque mientras tanto se produjeron muchas e importantes reformas en el anterior Código penal (en 1983 y 1989) en relación con terrorismo, la libertad sexual, el tráfico de drogas, la protección del medio ambiente, la corrupción, etc.

5. La nueva Constitución

Los «Pactos de la Moncloa» determinaron también importantes reformas en el ámbito del Derecho social y del trabajo, y la creación de diferentes medidas de carácter económico y social. Pero la meta política y jurídica de todos los partidos parlamentarios en aquel momento era la creación de una Constitución que sirviera de base a la renovación de todo el Ordenamiento jurídico y a la definitiva transformación de la dictadura en una democracia.

Por razones de tiempo, me voy a referir solo de forma esquemática a los momentos más importantes de esta primera legislatura, procediendo al final de mi exposición a una valoración general de esta primera etapa.

Es evidente que una transformación jurídica de esta magnitud requiere que todos los participantes estén de acuerdo en realizarla. Pero para ello tienen primero que resolverse los problemas políticos, y solo sobre la base de un acuerdo político se puede luego conseguir la transformación jurídica y redactar una nueva Constitución. El problema era que dada la pluralidad de ideologías y tendencias representadas en el nuevo Parlamento, se hacía difícil conseguir un consenso sobre cómo tenía que ser el nuevo Orden jurídico. Así, por ejemplo, los partidos conservadores (UCD y AP) pretendían

18. Ley 50/1977, de 14 de noviembre, modificando el art.319 del Código penal: Sobre esta y otras reformas del Código penal durante el año 1977, véase MUÑOZ-CONDE, *Reformas penales 1977*, en: Cuadernos de Política criminal, 1978, 118 ss. Una exposición general de las sucesivas reformas penales que ha habido desde el comienzo de la transición democrática hasta la actualidad, se puede ver a través de las diferentes ediciones de mi *Derecho penal*, Parte Especial, 1/2. ed., Sevilla 1976; 16. ed. Valencia 2007, y por lo que respecta a la Parte General, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte General, 7. ed., Valencia 2007.

19. El divorcio fue reconocido en la Constitución de 1978, pero sólo fue regulado en 1981.

modificar lo menos posible las antiguas relaciones de poder; mientras que los partidos de izquierda (PSOE y PCE), que pocos meses antes estaban en la ilegalidad, querían, en cambio, sobre todo derogar lo antes posible las estructuras políticas y jurídicas de la dictadura. Y los partidos nacionalistas (PNV y CiU) pretendían la máxima autonomía posible, o incluso el derecho a la autodeterminación de los territorios que representaban (País Vasco y Cataluña).

Para alcanzar un consenso era necesario, por tanto, que todos los partidos renunciaran a una parte de sus aspiraciones y que, a cambio, aceptaran aspiraciones de otros partidos. Y así, por ejemplo, el Partido Comunista aceptó la propiedad privada y la economía de mercado, pero los otros partidos aceptaron también «la intervención del Estado en la economía cuando fuese necesario para la economía en general y la planificación (Art. 38 de la Constitución)». Los partidos conservadores, a pesar de estar fuertemente influenciados por la Iglesia Católica, aceptaron el divorcio y la no confesionalidad del Estado. Y, finalmente, todos aceptaron la Monarquía parlamentaria (Arts.56 y 57 Constitución), personificada por el rey Juan Carlos I, quien había sido propuesto en su momento como sucesor por el propio dictador. Se estableció la tripartición del poder entre el legislativo, el ejecutivo y el poder judicial (Títulos III, IV y V), y se creó un Tribunal Constitucional con la competencia, entre otras, de comprobar la constitucionalidad de las leyes (Título IX).

El Título I contiene un catálogo de derechos fundamentales, cuya lesión posibilita un recurso de amparo. El Art.1 define España como un «Estado social y democrático de Derecho», cuyos valores fundamentales son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La Iglesia Católica se menciona expresamente, pero solo en relación con la libertad de creencia y el Estado se declara expresamente como no confesional (Art. 16). Se le da al Ejército la defensa de la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional (Art. 8).

Sin embargo, otras cuestiones permanecieron abiertas o recibieron respuestas conscientemente ambiguas o incluso contradictorias. Así, por ejemplo, dice el Art.15 que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral», prohibiendo en consecuencia «la tortura y las penas y tratos inhumanos y degradantes»; quedando abolida la pena de muerte, salvo lo que dispongan las leyes penales militares en tiempo de guerra. Pero en la palabra «todos» muchos interpretaron que incluía también la vida del feto y, en consecuencia, que el aborto sería, por tanto, inconstitucional. Solo siete años más tarde decidió el Tribunal Constitucional que el modelo de indicaciones (terapéutica, ética y eugenésica), aún hoy vigente, propuesto por el Gobierno socialista, era conforme con la Constitución (STC 11 Abril 1985).

6. El problema de la Ordenación territorial: Las nacionalidades y las Comunidades autónomas

Pero el problema que más se discutió durante la tramitación parlamentaria de la Constitución fue la Orga-

nización Territorial (Título VIII). La «Unidad de la Nación española» fue durante la Dictadura un dogma, agudizado por el sistema centralista tradicional. Durante la dictadura se prohibió el uso oficial de los idiomas vasco y el catalán, e incluso se desaprobó socialmente que se hablara en las relaciones entre particulares («Habla la lengua del Imperio»), era el slogan oficial tras la Guerra civil en los territorios vasco y catalán). Todas las decisiones importantes que afectaban a una provincia o a toda una región eran adoptadas por el Gobierno central en Madrid. Y cualquier tipo de exigencia de más autonomía o de que se reconociera la identidad nacional era reprimida y sancionada penalmente calificándola de «Separatismo» o de «peligro para la Unidad nacional». Precisamente fue esto lo que propició el nacimiento en el País Vasco del grupo terrorista independentista ETA, que ya desde comienzos de los años 70, en la etapa final de la dictadura, desencadenó una serie de atentados terroristas, convirtiendo en lucha armada sus exigencias independentistas para el País Vasco. Una de sus primeras acciones más conocidas fue el secuestro del cónsul alemán en San Sebastián (1970) y el atentado contra el Almirante y Vicepresidente del Gobierno Carrero Blanco (20 diciembre 1973). La reacción de la dictadura contra este movimiento terrorista fue poner a sus miembros a disposición del Tribunal de Orden público y condenarlos por asociación ilegal. El Tribunal de Orden público (TOP) fue creado en 1963 como un Tribunal especial con sede en Madrid para juzgar los delitos cometidos por miembros de la oposición ilegal en su lucha de resistencia a la dictadura. Pero para los casos en los que se hubieran ejercido la violencia con resultado de muerte, la competencia pasaba a un Tribunal militar, que por un procedimiento sumarísimo podía imponer penas de muerte, y efectivamente ello determinó la condena y ejecución de cinco miembros de ETA en septiembre de 1975 (dos meses antes de la muerte del dictador).

Con estos antecedentes era evidente que el Partido Nacionalista Vasco (PNV) pretendiera conseguir algo más que una modesta autonomía. También los partidos catalanistas pretendían una mayor autonomía y el reconocimiento del derecho a la autodeterminación. La exigencia de una mayor autonomía se generalizó en todas las regiones y nacionalidades, entre las que se contaba también la gallega. Quizás hubiera sido una buena solución hacer de España un Estado federal, como se configuró la República Federal de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. Y esta fue también originariamente la propuesta de los partidos de izquierda, PSOE y PCE; pero esta solución fue rechazada desde el primer momento por los partidos de derecha y mirada con desconfianza por la cúpula militar para la que la «Unidad de la Nación española» seguía siendo un dogma irrefutable. La solución que al final se adoptó, tras muchas discusiones, es la que figura en el Capítulo 3 del Título VIII: el sistema de las llamadas «Comunidades Autónomas».

mas»²⁰. Este sistema fue rechazado expresamente por el Partido Nacionalista Vasco, que propuso luego el voto negativo contra la Constitución.

En el otoño de 1978 fue finalmente aprobada la Constitución por la mayoría del Parlamento, y el 6 de diciembre 1978 tuvo lugar un referéndum popular que con una participación del 87 por ciento y un voto favorable a la misma del 59 la ratificó.

Con ello se dio el primer paso para la transformación política y jurídica del anterior sistema dictatorial en un Estado social y democrático de Derecho. Esto solo fue el comienzo y todo comienzo es difícil. Pero aún más difícil fue lo que vino después. Con su publicación en español, catalán, vasco y gallego (*BOE* 29 diciembre 1978) la Constitución entró en vigor. Se había consumado el primer acto y aún quedaban muchas cuestiones por resolver.

El futuro era aún inseguro. Con frecuencia seguían cometándose atentados de ETA cada vez más brutales, lo que hacía casi imposible la amnistía que solicitaban el Partido Nacionalista Vasco y los partidos de izquierda. Por su parte, también los extremistas de los grupos radicales de extrema derecha cometían acciones terroristas, entre ellas el asesinato de cinco abogados de Comisiones Obreras en enero de 1977. Una parte del ejército amenazaba cada día con un Golpe de Estado, que el 23 de febrero de 1981 llegó a producirse con la ocupación del Parlamento en pleno y la detención de sus miembros por un grupo de Guardias civiles, que de haber tenido éxito hubiera vuelto a meter a España en un sistema dictatorial militar.

Mientras tanto la economía estaba en una profunda crisis y la cota de desempleo crecía vertiginosamente, y pocos días antes del frustrado Golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 el Presidente Suárez que, tras la aprobación de la Constitución, había ganado de nuevo las elecciones celebradas en marzo de 1979, dimitió por razones aún no aclaradas. Su sucesor, Leopoldo Calvo Sotelo, apenas pudo hacer otra cosa que mantener a duras penas el sistema democrático hasta la convocatoria de nuevas elecciones.

En esas elecciones, celebradas el 28 octubre 1982, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) consiguió la mayoría absoluta, mientras que la UCD y el Partido comunista prácticamente desaparecían del arco parlamenta-

rio. Pero posteriormente de los dos partidos conservadores, UCD y AP, surgió un nuevo partido el Partido Popular (PP) que se convirtió en el gran partido de la derecha, primero en la oposición y luego en el poder. Se estableció así un bipartidismo que, junto con los partidos nacionalistas y una escasa representación del antiguo Partido comunista denominado ahora Izquierda Unida (IU), hasta el momento presente (enero 2008) sigue dominando la escena política. Hasta las elecciones de marzo de 1996 hubo un Gobierno socialista bajo la presidencia de Felipe González Márquez, con apoyo del Partido Socialista Obrero español que tuvo mayoría absoluta hasta 1992 y luego mayoría relativa, que le permitió seguir formando Gobierno con el apoyo de Convergencia i Unio.

El Partido Socialista consiguió ciertamente modernizar España, acentuar aún más la ruptura con la dictadura, mejorar la economía y, con la entrada en la Comunidad europea y la OTAN, darle a España un papel internacional importante. Pero el rápido desarrollo económico produjo casos de corrupción que se manifestaron sobre todo en la financiación ilegal del Partido Socialista, como el llamado caso «FILESA»²¹, que desacreditó al Gobierno y al Partido socialista que lo apoyaba. También perjudicó la imagen de ese Gobierno la lucha contra el terrorismo de ETA que en algunos casos se llevó a cabo por grupos ilegales parapoliciales como el GAL que tenían concomitancias con miembros del Gobierno²².

Todo ello determinó que en las elecciones de marzo de 1996 el Partido Popular (PP) ganara las elecciones por mayoría relativa, lo que hizo que de nuevo el partido catalán Convergencia i Unio apoyara al nuevo Gobierno, cumpliendo una función de moderación del conservadurismo del PP. Pero éste consiguió la mayoría absoluta en las elecciones del 2000, y pronto inició una política mucho más conservadora y agresiva con una serie de reformas del Código penal de 1995 que inequívocamente responden a las nuevas tendencias político criminales bastante extendidas internacionalmente de la «Tolerancia cero» y el «Derecho penal del enemigo»²³.

En el 2003 el Presidente del Gobierno popular José María Aznar, tras una reunión en las Azores con los Presidentes de USA George Bush y el Primer Ministro inglés

20. Sobre la discusión parlamentaria de este tema, véase BONIFACIO DE LA CUADRA/SOLEDA GALLEGÓ DÍAZ, *Del consenso al desencanto*, Madrid 1981, 145ss. También EDWARD MALEFAKIS, *Spain and its Francoist Heritage*, en: John Herz(ed.), *From Dictatorship to Democracy, Coping with the Legacies of Authoritarianism and Totalitarianism*, 1982, 223 ss.

21. Ver Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre 1998, que condenó a destacados miembros del Partido Socialista por falsedad documental y cohecho.

22. Ver Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1998, que condenó, entre otros, al antiguo Ministro del Interior y al Secretario de Estado para la Seguridad del Gobierno socialista por detención ilegal de un presunto miembro de ETA.

23. Véase MUÑOZ-CONDE, *Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: De la «tolerancia cero» al «Derecho penal del enemigo»*, en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006 (también publicado en la Revista electrónica *lustel*, y en forma de libro en Managua, 2006); el mismo, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, in: Revista Penal, 16, 2005 (publicado ya como libro por la Editorial Hammurabi, de la que hay una 2. ed., ampliada, Buenos Aires 2008; hay también una traducción alemana de MORITZ VORMBAUM, publicada en LIT Verlag, Berlín 2007, con el título «Über das «Feindstrafrecht», con prólogo de WINFRIED HASSEMER).

Tony Blair, decidió con apoyo unánime de su partido y la oposición del resto de las fuerzas parlamentarias y de gran parte de la población española, el apoyo a la intervención de las tropas americanas en Irak. Y el 14 de marzo de 2004, poco días antes de la celebración de las nuevas elecciones, se produjo el atentado en la Estación de Atocha de Madrid, cometido por un grupo de extremistas radicales islamistas, en el que murieron casi 200 personas y más de mil resultaron heridas de mayor o menor gravedad. Tres días más tarde ganaba las elecciones el Partido Socialista Obrero español, y se formaba un Gobierno socialista bajo la presidencia de su Secretario General José Luis Rodríguez Zapatero. (En elecciones celebradas el 9 de marzo del 2008 ha vuelto a ganar el Partido Socialista y Rodríguez Zapatero sigue siendo Presidente.)

7. Consecuencias y cuestiones abiertas

Si se contemplan hoy las Leyes e Instituciones del actual sistema democrático difícilmente se podrá ver en ellas rastros de la dictadura. Incluso las personas que tenían estrechas vinculaciones con ella y que todavía tuvieron poder en la primera etapa de la transición democrática, o han muerto, o ya no tienen influencia alguna o simplemente se adaptaron a la nueva situación. Aun así existe todavía una cierta incomodidad con la forma en que se llevó a cabo la superación de la dictadura. Realmente no ha habido una verdadera revisión de ese pasado, con exigencias de responsabilidades, y las víctimas, al menos hasta la Ley de Memoria histórica, aún no han recibido la reparación y el reconocimiento que merecen. El tiempo ha curado las heridas y ha hecho que se mueran los autores de los crímenes, pero también la mayoría de las víctimas que los sobrevivieron. Más que ellas son ahora sus allegados, hijos y nietos, quienes actualmente pretenden conseguir al menos una reparación moral, el reconocimiento público de que fueron víctimas, pero no la venganza, ni el castigo de los autores. Pretenden más que la Justicia la Verdad, y nada más que la verdad. En este momento ya no es precisa una Comisión de la Verdad o un acto de Reconciliación, porque hace ya tiempo que los descendientes de unos y otros, vencedores y vencidos, víctimas y verdugos, se han reconciliado. Pero hay aún muchos problemas que hunden sus raíces en el pasado y que impiden que se consiga una buena solución para asegurar definitivamente una convivencia pacífica y justa. Me refiero sobre todo al problema del terrorismo de ETA.

Cuando escribía esta ponencia para el Congreso de Historiadores del Derecho alemanes hacía tres años que ETA no cometía ningún atentado mortal, y en la primavera del 2006 ETA declaró unilateralmente una tregua. Ello determinó que rápidamente comenzaran las negociaciones entre este grupo terrorista y el Gobierno del Sr. Zapatero,

que caso de haber tenido éxito quizás hubieran determinado el cese definitivo de la violencia. Pero desgraciadamente a finales de diciembre del 2006, ETA cometió otro atentado en el Aeropuerto de Madrid con cuantiosos daños materiales y dos víctimas mortales, y aún más recientemente ha cometido otro en el que han muerto dos jóvenes Guardias Civiles, aparte de otro en el marzo del 2008 en el que murió un ex concejal socialista en la País Vasco, y de otros intentos que han sido afortunadamente abortados a tiempo por las Fuerzas de Seguridad.

Pero imaginemos que, como en algún momento llegamos a pensar muchos, el cese de la violencia se hubiera hecho realidad, ¿cuál es el precio que habría habido que pagar por ello?

Muchos miembros de ETA se encuentran en prisión cumpliendo severas penas por haber cometido asesinatos y haber participado en atentados con resultados homicidas, e incluso estas penas se han ampliado retroactivamente con una discutible interpretación jurisprudencial de las últimas reformas del Código penal en esta materia²⁴. Grupos de víctimas del terrorismo de ETA temían (y todavía temen) con razón que las negociaciones que llevó a cabo el Gobierno con el grupo terrorista pudieran determinar la puesta en libertad de los terroristas condenados por delitos de sangre. Aquí el tiempo no ha curado todavía las heridas. Pero también hay que recordar la impunidad de los que igualmente cometieron graves delitos desde el poder durante la dictadura, y de ello se puede sacar alguna conclusión.

¿Por qué se les dejó entonces en la más absoluta impunidad? Hay varias razones que pueden explicarlo, aunque quizás no tanto justificarlo. Una de ellas es que al comienzo de la transición democrática era casi imposible exigir algún tipo de responsabilidad y mucho menos de carácter penal a los dirigentes de la dictadura. Es más, una tal exigencia de responsabilidad podría haber puesto en peligro la entonces incipiente democratización, ya que muchos de estos personajes de la dictadura seguían ocupando sus puestos en las Instituciones más importantes para la vida del país (Ejército, Poder judicial, Administración, Universidad, Economía) y desde luego hubieran impedido o bloqueado cualquier medida o acción de justicia que pudiera incriminarlos. Evidentemente, la situación respecto a los terroristas de ETA no es la misma. Por lo pronto aquí habría que empezar con una reconciliación, pero con una reconciliación en la que los terroristas no solo tienen que abandonar la lucha armada, deponer las armas, sino, sobre todo, pedir perdón a las víctimas. Solo entonces pueden comenzar las negociaciones y ver hasta donde se puede llegar.

Pero este problema, que la reanudación de la actividad terrorista de ETA ha dejado casi de imposible solución, va unido a otro: el derecho a la autodeterminación del pueblo vasco, cuyo reconocimiento es una de las exigencias de

24. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 20. Febrero 2006.

los llamados «Abertzales», es decir de los partidos políticos afines a los planteamientos independentistas de ETA (como por ejemplo el ilegalizado Herri Batasuna) y, aunque en forma menos radical, del Partido Nacionalista Vasco. Esta es una tarea para el futuro, que debe ser resuelta teniendo en cuenta el pasado, con habilidad política tanto por el Gobierno de turno, como por todo el Estado y la sociedad española en su conjunto. El punto de partida y presupuesto debe ser la renuncia definitiva a las armas por parte de los terroristas y su aceptación del sistema democrático. El resto puede ser objeto de negociación. Pero esta es una opinión personal con la que, por supuesto, no todos están de acuerdo.

Situaciones similares se han planteado en otros países europeos occidentales en los últimos años, como ha sido el caso de la solución del problema del IRA en el Norte de Irlanda. También en Alemania tras 1945 se tuvo que resolver el problema de las desnazificación de quienes luego pasaron a ocupar puestos importantes en la política y en la Administración. Y de nuevo volvió a plantearse, tras la caída del Muro de Berlín, la exigencia de responsabilidades por los delitos cometidos por el aparato de poder la antigua República Democrática, como fueron los disparos mortales de los guardias fronterizos a quienes querían escapar a la parte occidental²⁵. Tras la Reunificación el problema solo se resolvió a medias y nunca al gusto de todos. Y es que como dice GERHARD WERLE en relación con la elaboración del sistema del «apartheid» en Suráfrica:

«La cuestión de si es preferible a una elaboración penal de las injusticias cometidas por el sistema una amnistía esclarecedora de la verdad, no se puede afirmar ni negar de un modo general. La respuesta debe incluir las circunstancias concretas del respectivo cambio de sistema, así como la clase y gravedad de los hechos criminales que se hayan cometido. Esto vale sobre todo en caso de colisión entre el interés a la persecución penal y el interés a que se acabe definitivamente la violencia. Para es-

te tipo de situaciones el modelo surafricano ofrece una solución innovadora que ciertamente supone una renuncia al castigo, pero al mismo tiempo también la necesidad de un esclarecimiento y el reconocimiento de los hechos criminales cometidos»²⁶.

No es ahora el momento de ocuparse de si esta alternativa surafricana puede ser también una buena solución para problemas similares que se dan en otros países. Lo único claro es que en todo caso hay que intentar siempre una solución a este tipo de problemas con miras a posibilitar una convivencia pacífica y justa en conexión con los principios del Estado de Derecho.

Entre tanto, el Gobierno español tendrá que resolver otros problemas que en parte son una pesada herencia que viene arrastrando desde el pasado, y entre ellas están las cada vez más fuertes presiones para alcanzar una mayor autonomía de muchas Comunidades Autónomas, que más que la unidad de la nación cuestionan la solidaridad entre ellas y la distribución de competencias entre el Estado central y esas Comunidades²⁷.

Pero hay también otros muchos problemas que son comunes a todos los países europeos y que no solo tienen que ver con el pasado, sino también con el presente y con el futuro, como son los problemas de la inmigración, el terrorismo internacional, la crisis del petróleo y la consiguiente crisis económica generalizada, etc. Estos son problemas sobre los que aún no se ha arbitrado una solución satisfactoria, y es probable que no se encuentre una que sea al gusto de todos. Pero, en todo caso, cualquiera que sea la solución que se de a estos problemas, el lema bajo el que nos tenemos que mover y que es al mismo tiempo la tarea principal del Estado de Derecho, es: Reparar las injusticias del pasado y prevenir y evitar las del futuro, procurando que nadie sea víctima de la violencia y la fuerza bruta, y se sigan respetando los derechos humanos fundamentales. Este es el mensaje que nos manda la Historia contemporánea de los países aquí hoy representados.

25. Sobre el enjuiciamiento penal de los crímenes durante el nacionalsocialismo, véase ADALBERT RÜCKERL, *NS-Verbrechen vor Gericht*, 2.ed. 1984; también GERHARD PAULI/THOMAS VORMBAUM, *Justiz und Nationalsozialismus—Kontinuität und Diskontinuität*, 2003; JOACHIM RÜCKERT, *Justiz und Nationalsozialismus: Bilanz einer Bilanz*, en: Horst Möller/Udo Wengst (edit.), *50 Jahre Institut für Zeitgeschichte, Eine Bilanz*, 1999, 181ss.; el mismo, *Strafrechtliche Zeitgeschichte—Vermutungen und Widerlegungen*, en: *KritV Heft 2/2001*, 223ss. También me he ocupado del tema de la desnazificación en mi libro *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4.ed. Valencia 2004 (versión alemana de MORITZ VORMBAUM, publicada en Berliner Wissenschaftsverlag, Berlín 2007, con el título «Edmund Mezger, Beiträge zu einem Juristenleben», prólogo de GERHARD WERLE); también MUÑOZ-CONDE/MUÑOZ-AUNIÓN, ¿Vencedores o vencidos? cit. (versión alemana: *Das Urteil von Nürnberg*, Berlín 2006). Sobre los delitos cometidos por el sistema de la antigua República Democrática de Alemania, cfr., por ejemplo, KLAUS MARXEN/GERHARD WERLE, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht*, 1999.

26. WERLE, *Alternativen zur Strafjustiz bei der Aufarbeitung von Systemunrecht —Die Amnestieverfahren der südafrikanischen Wahrheits— und Versöhnungskommission*, en: Hagen Hof/Martin Schulte (edit.), *Wirkungsforschung zum Recht, III Folgen von Gerichtsentscheidungen*, 2001, 204. Véase también KLAUS MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, 1984.

27. Esto es lo que ha motivado las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía de algunas Comunidades autónomas que, concretamente en el caso de Cataluña, ha generado un recurso de anticonstitucionalidad del Partido Popular, aún pendiente de resolución.