

PRESENTACIÓN

El año en que se edita el segundo número de la revista *Drets*. Revista electrónica de reformas democràtiques se enmarca en una triple celebración que se vincula a la memoria histórica y democrática. En primer lugar, diez años atrás se aprobó la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Esta Ley se denomina coloquialmente de “Memoria histórica” e incluye el reconocimiento de todas las víctimas de la guerra civil y la posterior dictadura del general Francisco Franco.

En segundo lugar, es el «Año Miguel Hernández», como lo ha denominado el Congreso de los Diputados con motivo del 75 aniversario de la muerte del poeta oriolano. Miguel Hernández Gilabert falleció el 28 de marzo de 1942 en el Reformatorio de Adultos de Alicante, hoy convertido en Palacio de Justicia de Alicante en el barrio de Benalúa. El poeta universal había sido condenado a muerte, aunque luego se le conmutó por una condena de treinta años, acusado en un proceso repleto de vicios por un delito de «adhesión a la rebelión».

Por último, este año también ha entrado en vigor la Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de la Generalitat, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana que trata de paliar algunas de las deficiencias de la legislación estatal. Además, se declara el 28 de marzo de cada año como día de recuerdo y homenaje a las víctimas de la guerra civil y la dictadura en recuerdo del fallecimiento del poeta Miguel Hernández.

Estas tres conmemoraciones vinculan la memoria con la justicia y los derechos, también en nuestra Comunitat Valenciana, porque un pueblo que pierde su memoria corre el riesgo de perder sus derechos. El espíritu de estas leyes y las políticas que las acompañan de justicia, verdad y memoria, están presididas por la reconciliación y la convivencia. Este debe ser el presente y el futuro en el que construimos una sociedad en paz más allá de las diferencias ideológicas, identitarias o de creencias.

Este número dos de la revista se ha estructurado en dos bloques. Hemos querido dar relevancia a un primer bloque con el título Monográfico: memoria histórica y democrática, que está conformado por ocho artículos que profundizan en algunos de los temas que siguen en el debate académico, histórico y jurídico, sobre esta materia.

El segundo bloque lo componen cuatro artículos en los que se nos presentan trabajos relacionados con la justicia gratuita, la mediación y la garantía de los derechos y libertades fundamentales, que son materias cuya competencia tiene atribuida la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas.

Con la finalidad de garantizar su calidad científica, los artículos han sido sometidos, previamente a su publicación, a una revisión por pares, anónima tanto para autores/as, como para revisores/as. Asimismo, dado que la revista se publica en castellano y en valenciano, los artículos, además de publicarse en la lengua original en la que se había escrito, se ha procedido a su traducción a la otra lengua oficial de la Comunitat Valenciana.

Para terminar, quiero agradecer a autores/as, a revisores/as que han evaluado los trabajos presentados, así como al equipo de traducción de la Generalitat, y a todas aquellas personas que han colaborado en la elaboración de este número, especialmente a Pilar Ortega que ha realizado materialmente su edición.

València, 20 de diciembre de 2017

JOSÉ GARCÍA AÑÓN
*Director General de Reformas Democráticas
y Acceso a la Justicia*

ÍNDICE

Presentación de la revista	1
----------------------------------	---

I. MONOGRÁFICO: MEMORIA HISTÓRICA Y DEMOCRÁTICA

1. El deber de la memoria y los derechos humanos. Una mirada desde las querellas contra el franquismo. <i>Lucila Aragón Carrión</i>	5
2. La impunidad de los crímenes del franquismo. <i>M^a Isabel Peris Muiños</i>	15
3. La Causa General y las víctimas: los problemas de una fuente imprescindible. <i>José Miguel Santacreu Soler</i>	37
4. Archivos y políticas de memoria. <i>Juan Luis Porcar Orihuela</i>	49
5. Investigar la represión franquista de posguerra en la provincia de Valencia: las fuentes documentales. <i>Melanie Ibáñez Domingo y Vicenta Verdugo Martí</i>	67
6. La institución registral en la Valencia capital de la II República a través de sus normas. <i>M^a Emilia Adán García</i>	83
7. Un ejemplo de la represión multiforme del franquismo: el caso del escultor valenciano <i>Alfred Torán Olmos</i> . <i>Vicent Sampedro Ramo</i>	95
8. La historia del pueblo gitano: memoria e inclusión en el curriculum educativo. <i>Nicolás Jiménez González</i>	113

II. ARTÍCULOS

1. Asistencia jurídica gratuita en asuntos no estrictamente judiciales; relectura de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para un servicio público integral de asesoramiento, orientación y defensa jurídica. <i>Ricardo Juan Sánchez</i>	131
2. La vía administrativa previa en el derecho de asistencia jurídica gratuita. Especial referencia a la Comunitat Valenciana. <i>Julia Carceller Stella</i>	151
3. La justicia en mediación: análisis, características y efectos de la justicia participativa. <i>Silvia Piquer Manzanedo</i>	179
4. La prueba ilícita penal: el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Provisión de la prueba violentando derechos o libertades fundamentales. <i>M^a Carmen Buendía Rubio</i>	201

EL DEBER DE MEMORIA Y LOS DERECHOS HUMANOS. UNA MIRADA DESDE LAS QUERELLAS CONTRA EL FRANQUISMO¹

Lucila Aragó Carrión²

RESUMEN: La perspectiva de los derechos humanos ha ido cobrando presencia en el movimiento memorialista de este país durante las últimas décadas. Ha influido en ello la evolución del propio movimiento y, particularmente, las múltiples dinámicas que, desde la justicia transicional y al amparo de Naciones Unidas, se han desarrollado en distintas partes del mundo para combatir la impunidad de los crímenes de lesa humanidad. Esa perspectiva se encuentra en la base de las querellas contra los crímenes franquistas que víctimas e instituciones están presentando en distintos Tribunales de Justicia.

PALABRAS CLAVE: Justicia transicional, memoria democrática, derechos humanos, crímenes franquistas

ABSTRACT: The human rights perspective has gained presence in the memorialist movement of this country during last decades. This has been influenced by the evolution of the movement itself and, in particular, by the multiple dynamics that have been developed in different parts of the world, from transitional justice and under the auspices of the United Nations, to combat the impunity of crimes against humanity. This perspective is at the base of the complaints against the Francoist crimes that victims and institutions are presenting in different Courts of Justice.

KEYWORDS: Transitional Justice, democratic memory, human rights, Francoist crimes.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Querella Argentina. 3. Los juicios internacionales contra los crímenes de lesa humanidad. 4. La condena del régimen franquista. 5. El deber de la memoria, los derechos de las víctimas y la impunidad franquista. 6. Bibliografía.

Introducción

En el País Valencià, desde 2015, viene funcionando una plataforma unitaria de apoyo a la Querella Argentina que está impulsando diversas iniciativas para ampliar el conocimiento y las adhesiones a esta causa abierta contra los crímenes franquistas, una propuesta que aúna el deber de memoria y la cultura de los derechos humanos.

Es esta una perspectiva, que más allá de esta acción concreta, ha ido calando en el movimiento memorialista como consecuencia, tanto de la evolución del propio movimiento, como de las múltiples dinámicas contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad que desde la justicia transicional y al amparo de instituciones de Naciones Unidas se han ido desarrollan-

1 Original del artículo en castellano

2 Lucila Aragó Carrión es licenciada en Sociología. Promotora de la asociación Acción Cívica contra la Impunidad Franquista y de la Plataforma del País Valencià de Apoyo a la Querella Argentina

Memoria histórica y democrática

do en distintas partes del mundo. Iniciativas que han contribuido a trazar nuevas líneas de actuación para juzgar a los responsables de las violaciones masivas de los derechos humanos y salvaguardar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Nuestro deber de memoria está impregnado de la necesidad, tantas veces postergada, de hacer justicia, de poner fin a la impunidad, condición necesaria para construir una democracia real, que no esconda en los pliegues del pasado los crímenes de lesa humanidad ni a sus responsables.

La Querella Argentina

Es de sobra conocido que los primeros intentos por juzgar hechos relacionados con la represión franquista, con las desapariciones y la existencia de miles de fosas aún por identificar y dignificar, fueron paralizados en los juzgados españoles correspondientes y más tarde desestimados por el Tribunal Supremo. El juez Baltasar Garzón, que había iniciado esas indagaciones, se declaró en 2008 competente para investigar la desaparición de las víctimas del franquismo, considerándolas dentro del contexto de crímenes contra la humanidad³.

Sin embargo, aquellas tentativas de hacer justicia fueron obstaculizadas desde el Tribunal Supremo, con el argumento de que la Ley de Amnistía aprobada en 1977 dejaba fuera de lugar la investigación y el enjuiciamiento de esos hechos, argumento que se continúa manteniendo hoy en día para paralizar cualquier nuevo empeño por juzgar las acciones represivas de la dictadura franquista.

Tras aquella paralización algunas víctimas decidieron acudir a Buenos Aires para presentar allí sus peticiones de justicia. Sus querellas contra los crímenes franquistas, se acogieron al principio de Justicia Universal⁴ que, como posteriormente veremos, había permitido el enjuiciamiento de distintos victimarios en varios procesos contra regímenes dictatoriales, incluso en nuestro propio país hubo juicios contra responsables de las dictaduras chilena, argentina o guatemalteca.

El 14 de abril de 2010 presentaron en el Juzgado de lo Criminal y Correccional Federal nº 1 de Buenos Aires la querella «4591/10, por los delitos de genocidio y/o crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura franquista entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977».

3 Yoldi, J. (17 de octubre de 2008). Garzón atribuye a Franco un plan de exterminio sistemático de los 'rojos'. El País. Recuperado de http://elpais.com/diario/2008/10/17/espana/1224194401_850215.html.

4 Así lo argumentan los documentos de la CEAQUA: "En virtud de este principio pueden, y deben, intervenir los tribunales de justicia en la investigación de crímenes contra la humanidad (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros) cometidos en cualquier tiempo y lugar, en la consideración de que los mismos son imprescriptibles e inamnistiables. La naturaleza internacional del crimen es la que determina el carácter universal de la jurisdicción. Es irrelevante para su aplicación el territorio específico en donde los delitos se hayan cometido, la nacionalidad de víctimas y victimarios o los intereses particulares del Estado al que pertenece el tribunal que ejerce la jurisdicción. El tribunal de justicia que actúa lo hace en nombre de la comunidad internacional. En este sentido, también ejercen jurisdicción universal los tribunales de los países en que se han cometido los crímenes cuando resuelven investigarlos. Confiamos en que esto ocurra próximamente en el Estado español, como ha sucedido en otros países que se beneficiaron del ejercicio de la justicia universal por parte de tribunales extranjeros y, también, que tribunales de otras naciones ejerzan su jurisdicción sobre los crímenes del franquismo", puede consultarse esta documentación en <http://www.ceaqua.org/>.

Memoria histórica y democrática

Pese a que en un inicio ese juzgado quiso desestimar el caso considerando que existían causas ya abiertas en España por los mismos motivos, esto pronto se pudo recurrir: las causas en nuestro país habían sido cerradas y el juez Garzón separado de la judicatura. Con lo que la jueza instructora María Servini de Cubria, titular de aquel juzgado bonaerense, se hizo cargo del caso.

A la querella inicial se han incorporado posteriormente muchos otros querellantes, descendientes de personas desaparecidas o enterradas en fosas comunes, familiares de niños y niñas robadas, ex presos y presas políticas, víctimas del trabajo esclavo, del exilio y la deportación, perseguidos por razones sexuales, nacionales o religiosas, militantes políticos y sindicalistas, entidades memorialistas, organizaciones de derechos humanos como Women's Link, etc. Algunos acudieron a Buenos Aires, otros presentaron sus querellas y denuncias a través de las embajadas y consulados argentinos en España. En total se suman más de trescientas querellas y cuatrocientas denuncias que afectan a unas 9.000 personas, entre ellas hay un centenar de valencianos y valencianas.

Desde entonces, se ha ido configurando una red de apoyo ciudadano, formada por asociaciones memorialistas, entidades sociales y políticas, personas a título individual, así como por querellantes y denunciante, que tienen como principal objetivo extender el conocimiento de esta causa abierta, sumar más respaldos e ir dando pasos contra la impunidad, se autodenomina Coordinadora Estatal de apoyo a la Querella Argentina (CEAQUA). Entre otras tareas ha impulsado que un número importante de ayuntamientos, diputaciones y parlamentos autonómicos hayan dado su apoyo a este proceso abierto en Argentina, en el País Valencià han sido los ayuntamientos de Castellón, Valencia, Benicarló, Paterna, Villena o Callosa d'en Sarrià, la Diputación Provincial de Valencia, o el Pleno de Les Corts Valencianes a través de una proposición no de ley, los que la han respaldado.

Por su parte, la jueza Servini, en este tiempo, viajó en un par de ocasiones a nuestro país para ampliar declaraciones e información. A petición de la CEAQUA la jueza decidió pedir extradiciones para la toma de declaraciones de los primeros imputados: Antonio González Pacheco, ex policía de la Brigada Político Social, la policía política del franquismo, y un capitán de la Guardia Civil. La petición de extradición fue rechazada por la Audiencia Nacional.

En 2013 imputó a 19 personas, responsables de delitos de torturas, desapariciones y asesinatos entre los que se encuentran 8 exministros como Martín Villa (ministro del interior durante los hechos de Vitoria, en marzo de 1976, en los que murieron 5 personas por una carga policial y otras 150 resultaron heridas) o el recientemente fallecido Utrera Molina (denunciado como responsable del asesinato de Salvador Puig Antich); 9 ex guardias civiles y ex policías como Benjamín Solsona (denunciado por torturas por una decena de personas, estudiantes detenidos en Valencia en 1971); el doctor Abelardo García, ginecólogo acusado de articular el robo de bebés, etc.

Estas imputaciones incluían la solicitud de extradición y las correspondientes órdenes de detención que la Interpol, a petición de las autoridades españolas, bloqueó. El Gobierno resolvió denegar las extradiciones⁵.

5 En la página web de la Coordinadora estatal de apoyo a la Querella Argentina contra los crímenes del franquismo (CEAQUA) se puede encontrar abundante información sobre todo este proceso: <http://www.ceaqua.org/> (consultada 12 de junio de 2017).

Memoria histórica y democrática

Ante esta situación la jueza envió exhortos, peticiones de auxilio judicial, a la justicia española para poder realizar su trabajo, ampliar declaraciones y completar la información necesaria. Algunas de estas solicitudes fueron aceptadas en determinados juzgados. Uno de estos casos, ejemplar por los resultados obtenidos, desbloqueó la búsqueda y exhumación en Guadalajara de los restos de Timoteo Mendieta. Su hija, Ascensión, llevaba casi toda su vida intentándolo, siempre le habían negado desde la justicia de su ciudad poder hacerlo, viajó a Buenos Aires con 88 años, le expuso a la jueza Servini su caso, quería recuperar el cuerpo de su padre, presidente de la UGT de su pueblo, Sacedón (Guadalajara), que fue fusilado en 1939. La jueza ordenó la exhumación, el exhorto del juzgado argentino ayudó a entrar en razón a quien correspondiera y en mayo de 2017 se ha podido, por fin, tras la excavación de dos fosas, identificar los restos de Timoteo. Ascensión Mendieta a los 91 años podrá enterrar a su padre, para ella ha llegado a tiempo la justicia.

Sin embargo, en otros casos los exhortos tuvieron peor suerte. En septiembre de 2016 la Fiscalía General del Estado distribuyó una circular de obligado cumplimiento para que los fiscales no colaboraran con las declaraciones judiciales ordenadas por la jueza Servini. Esas solicitudes de auxilio judicial deberían atenderse en virtud del Tratado de Extradición y Asistencia Jurídica en Materia Penal entre la República Argentina y el Reino de España, suscrito en Buenos Aires en 1987 pero fueron rechazadas y devueltas a Buenos Aires. Esta es la suerte que corrió, entre otras, la solicitud para tomar declaración al ex-policía Benjamín Solsona cursada a los Juzgados valencianos.

Los juicios internacionales contra los crímenes de lesa humanidad

Esta causa abierta contra los crímenes franquistas, única hasta la fecha que se ha popularizado con la denominación de Querella Argentina, tiene su fundamentación en la doctrina del derecho internacional orientado a combatir la impunidad de las violaciones de los derechos humanos. Desde los juicios de Núremberg en 1946, precisamente el año en el que la ONU, por primera vez, condenó el régimen dictatorial franquista, se ha ido consolidando, no sin dificultades, que la justicia denominada transicional (aquella que vela porque en los periodos de transición de una dictadura a una democracia se consideren los factores que permitan la conciliación social) tenga en cuenta los derechos de las víctimas como imperativos jurídicos en las medidas que se adopten para llevar adelante esos procesos (González Calleja, 2014). Estas exigencias recogen «individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición» (Saffon, 2011).

En aquellos juicios se definieron los crímenes contra la humanidad como el «asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz en cualquier crimen de guerra»⁶.

El proceso de Núremberg fue, en efecto, «el primer intento de imponer sobre una base multinacional la responsabilidad criminal por actos políticos que implicaron crímenes contra la condición humana» (González Calleja, 2014), en él se condenó a algunos de los principales

6 En Anexo I. Fundamentos Jurídicos. Documentos de la CEAQUA, acceso al documento completo: <http://www.ceaqua.org/wp-content/uploads/2016/03/1.-ARGUMENTOS-JUR%C3%8DDICOS-PARA-LA-FORMULA-LACI%C3%93N-DE-QUERELLAS-ANTE-LOS-JUZGADOS-DEL-ESTADO-ESPA%C3%91OL-POR-CR%C3%8DMENES-FRANQUISTAS.pdf>

Memoria histórica y democrática

responsables del régimen nacionalsocialista alemán, a través de los testimonios presentados en las sesiones se logró recabar mucha e importante información sobre el Holocausto, tras él llegaron otros dos importantes juicios: en 1961 se juzgó y condenó a muerte en Jerusalén a Adolf Eichmann, teniente coronel de las SS, detenido por los servicios secretos israelíes en Argentina; y en 1963, en Frankfurt, se llevó a cabo el juicio de Auschwitz, el primero protagonizado por los tribunales alemanes, donde se expuso como habían funcionado los campos de exterminio.

Posteriormente el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció algunos tribunales particulares para enjuiciar a los culpables de crímenes de guerra y contra la humanidad: el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1993), el Tribunal Penal Internacional para Rwanda (1994).

Hasta que, en 1998, impulsado también por la ONU, se firmó el Tratado de Roma que constituía la Corte Penal Internacional permanente para juzgar los delitos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Estableciendo que estos crímenes están formados por distintos tipos de actos inhumanos graves que suponen «la comisión como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil —multiplicidad de víctimas— y con conocimiento de dicho ataque»⁷. España firmó el Estatuto de Roma en julio de 1998 y lo ratificó en 2000.

Posteriormente, se siguieron creando otros tribunales ad hoc como el Tribunal Especial para Sierra Leona (2000) y las Salas especiales en los Tribunales de Camboya (2006).

Desde los años 80 del siglo XX, aproximadamente, se producen un número importante de procesos de transición y caídas de distintos regímenes dictatoriales, desde Chile (1978), Argentina (1986), Uruguay (1989), El Salvador (1992) a Polonia, Checoslovaquia o Hungría, etc., tras la caída del muro, o el fin del apartheid en Sudáfrica, que dan lugar a una diversidad de procesos, que nutren de experiencia y contextos la doctrina de derechos humanos en tiempos de transición.

Todo ello ha contribuido a un amplio desarrollo normativo que ha protegido los derechos de las víctimas de crímenes atroces tanto en el Derecho Internacional humanitario, como en el derecho penal internacional, con el objetivo de combatir la impunidad de las violaciones a los derechos humanos (Saffon, 2011).

El principal resultado, que queremos resaltar de todo ello, es que fundamentalmente se concluye que hay que salvaguardar, por encima de todo, los derechos de las víctimas a la justicia en su triple acepción de derecho a la verdad y a la memoria, el derecho al castigo de los responsables de los abusos y el derecho a la reparación de los damnificados.

La otra gran lección de los procesos de transición es que cuando se mantiene la impunidad, «entendida como la falta de justicia», las víctimas son abocadas al olvido, las sociedades en su conjunto no afrontan con conocimiento de causa su pasado y arrastrarán importantes obstáculos para restablecer una democracia real (Benavides, 2011). La reconciliación sin justicia puede ser una fórmula vacía. Las experiencias de las comisiones de la verdad abundan en esa dirección, la importancia del rescate de la verdad, de que la sociedad se vea reflejada en el espejo, conozca lo ocurrido en el pasado y afronte el futuro.

⁷ También en el citado Anexo de la CEAQUA.

La condena del régimen franquista

Como señalábamos anteriormente, en 1946 la Asamblea General de la ONU condenó en su resolución 39(I) el régimen de Franco «por ser un régimen de carácter fascista, establecido en gran parte gracias a la ayuda recibida de la Alemania nazi de Hitler y de la Italia fascista de Mussolini».

Las críticas al régimen franquista y a la actitud de los gobiernos actuales en España respecto al franquismo y a sus víctimas han vuelto a Naciones Unidas por el impacto que las acciones y denuncias del movimiento memorialista están teniendo, así como, por las repercusiones del intento de enjuiciamiento realizado por Garzón y de la causa abierta en Argentina. Estas son algunas de esas recomendaciones y críticas:

En febrero de 2012, la Oficina de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos al referirse a uno de los procesos abiertos por Garzón para investigar más de 114.000 casos de desapariciones forzadas presuntamente ocurridas durante la guerra civil española y el franquismo afirmó que «España está obligada ante las leyes internacionales a investigar las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado, incluidos los cometidos durante el régimen de Francisco Franco». Indicando además que España debería revocar la Ley de Amnistía de 1977, que no es conforme a las leyes internacionales de derechos humanos⁸.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU publicó un Informe en 2014, elaborado con los datos recogidos durante una visita al Estado español en septiembre de 2013. El Informe sostiene la necesidad de crear una «entidad estatal con pleno apoyo institucional, particularmente dotada de suficientes recursos humanos, técnicos y financieros, encargada de todas las cuestiones relativas a las desapariciones forzadas», recomienda acelerar las exhumaciones, que estas las realice la propia administración, que acudan los jueces a las fosas cuando se encuentren restos y que se realicen investigaciones de oficio⁹.

Estas recomendaciones siguen cayendo en saco roto para la Administración de Justicia en nuestro país, como ha puesto de manifiesto recientemente un Juzgado de Paterna quien, el día 1 de junio del año en curso decidió judicializar la exhumación de los cuerpos que se encontraran en la fosa 113 del cementerio de esa localidad y hacerse cargo de la identificación de los restos, y pocos días después decidió archivar la causa con el argumento de que los restos llevaban más de 20 años en esa fosa. Los hechos habían prescrito según la jueza responsable de esa decisión. No tuvo en cuenta las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la ONU, tampoco que los cuerpos encontrados en esa fosa, una de las decenas de fosas que pueblan el cementerio de Paterna, epicentro del enterramiento de los fusilados en Valencia por las tropas franquistas¹⁰, sean víctimas precisamente de crí-

8 En el siguiente enlace del sitio web de Naciones Unidas puede consultarse esta declaración: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=22683#.WUTVKcZLcdU> (consultada por última vez el 14 de junio de 2017)

9 La noticia de la publicación de este informe puede consultarse en esta página web de la CEAQUA: <http://www.lacomunapresxs-delfranquismo.org/2014/07/30/informe-del-grupo-de-trabajo-de-la-onu-sobre-las-desapariciones-forzadas-o-involuntarias/>. Y desde este enlace se puede acceder al documento completo: <http://www.lacomunapresxs-delfranquismo.org/wp-content/uploads/2014/07/Informe-del-Grupo-de-Trabajo-de-Desapariciones-Forzadas-ONU.doc> (consultados por última vez 14 de junio de 2017).

10 En el cementerio de Paterna, según ha documentado el historiador Vicent Gabarda, se sepultaron la mayoría de víctimas las ejecuciones sumarias dictadas por los tribunales militares de la ciudad de Valencia, desde el final de la guerra hasta casi finalizada la

Memoria histórica y democrática

menes de lesa humanidad, que no prescriben ni pueden ser amnistiados, como establece la justicia universal.

Ese mismo año 2014, el relator especial de Naciones Unidas Pablo de Greiff insistía, en que España debía juzgar los crímenes franquistas y dejar sin efecto la Ley de Amnistía que «está cumpliendo funciones de una ley de punto final en tanto que se utiliza para archivar los casos que llegan ante los jueces»¹¹.

En marzo de 2015, en un comunicado conjunto, cuatro expertos de la ONU, contestando a la negativa española a extraditar a los 19 acusados por la jueza argentina, decían: «El Estado español está obligado a extraditar a los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, mientras no se tomen medidas que garanticen el acceso a la justicia y la verdad de las víctimas ante las instancias legales españolas». “En particular, el Estado español no puede escudarse en los principios de prescripción y extinción de la responsabilidad penal para no extraditar, o juzgar, a los responsables de violaciones graves de los derechos humanos». «La tortura, las ejecuciones sumarias y la desaparición forzada pueden constituir crímenes de lesa humanidad». El Derecho Internacional es muy enfático, señalaron los expertos de la ONU «los crímenes de lesa humanidad y los delitos de tortura son imprescriptibles, es decir, que no ‘vence’ la obligación del Estado de investigar y sancionar a los responsables»¹².

En buena medida, esta visibilización y reconocimiento internacional de las víctimas del franquismo, su homologación con otras víctimas y crímenes, con otras situaciones de genocidio, viene de la mano de la internacionalización de la lucha contra la impunidad que representa la Querella Argentina y las querellas presentadas por Amnistía Internacional en México, en 2016 y 2017, por casos de desapariciones y niños robados.

El deber de la memoria, los derechos de las víctimas y la impunidad franquista

La cultura de los Derechos Humanos está impregnando muchos de los aspectos del quehacer político y de las exigencias sociales, también al movimiento memorialista y a la sociedad civil que quiere avanzar en este terreno y afrontar el pasado y las deudas pendientes desde esa perspectiva.

Diversos factores han contribuido a ello, entre los factores endógenos del propio “asociacionismo de la memoria” destacamos la desaparición física de la generación más golpeada por la represión masiva post conflicto bélico, la incorporación al trabajo por la memoria de los descendientes de las víctimas, las nietas y nietos, y el creciente protagonismo en el movimiento memorialista de represaliados provenientes de las luchas antifranquistas de los años 60 y 70. Todo ello junto, como hemos visto, a las experiencias internacionales en las que la Justicia Universal ha estado presente y reforzado los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, ha contribuido a amortiguar la losa de miedo que tanto ayudó a

década de los años cincuenta, se cifran en más de 2.200.

11 Junquera, N. El relator de la ONU insiste: España debe juzgar los crímenes del franquismo. El País. Recuperado de: http://politica.elpais.com/politica/2014/02/03/actualidad/1391443224_877477.html. Enlace al informe completo: <http://www.ceaqua.org/wp-content/uploads/2014/07/Informe-del-Grupo-de-Trabajo-de-Desapariciones-Forzadas-ONU.doc> (consultado por última vez 12 de junio de 2017).

12 Se puede consultar el comunicado de los expertos de la ONU en esta dirección web <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=31997#.WUTSYcZLcdU> (consultado por última vez 12 de junio de 2017).

Memoria histórica y democrática

sustentar el silencio durante todos estos años, a ampliar las perspectivas, a no aceptar las renunciaciones, ni los pactos interesados.

En el movimiento memorialista la «cultura de los derechos humanos» ha ido aumentando, algunos investigadores, como recoge Ariel Jerez, sitúan su surgimiento con las exhumaciones realizadas en el Bierzo¹³ en el año 2000, éstas incorporaron a unos nuevos protagonistas: la generación de nietos y nietas de las víctimas de la guerra civil, que se había socializado en un país democrático, que desconocía su pasado reciente, en la que algunos descubren abruptamente la existencia de más de 114.000 desaparecidos, de «un mapa ignorado» de fosas comunes, de una resistencia en su propio país al franquismo que había costado enormes sacrificios a decenas de miles de personas, obligadas al exilio, reprimidas, torturadas, privadas de libertad por pensar de manera diferente, expedientadas, despedidas, incluso algunas asesinadas durante la dictadura.

Se va abriendo paso un movimiento memorialista que incorpora en su razón de ser la recuperación de las víctimas, desde sus cuerpos hasta sus causas, desde sus nombres hasta sus rostros, que busca a los desaparecidos, que cuestiona la memoria oficial y el pasado de silencio.

Un pasado traumático, sobre el que las urgencias de la transición y el interés en mantener el «olvido impuesto», llevaron a los responsables políticos de entonces a pasar con extremada rapidez, sin mirar hacia atrás, olvidando a las víctimas, olvidando sus derechos y mostrando, a las nuevas generaciones y a los que no querían ver y oír otra cosa que los discursos oficiales, un país irreal, sin pasado. Un silencio que protegía a los victimarios, borraba responsabilidades y amparaba la impunidad.

Desde aquellas exhumaciones del Bierzo han «llovido» muchas más (antes hemos hecho referencia a las que se están llevando a cabo en el cementerio de Paterna y en Guadalajara), en la sociedad civil se han abierto paso las memorias ignoradas, los testimonios de los vencidos, una notable cantidad de investigaciones académicas, una producción cultural importante, mientras se cuarteaba la memoria oficial franquista, que en buena medida sigue siendo la memoria que prevalece, la que se opone a que se investigue, la que no quiere judicializar las exhumaciones, la que devuelve las solicitudes de auxilio judicial de la jueza argentina Servini, la que utiliza la Ley de Amnistía como armadura, como ley de punto final aún hoy vigente.

En el proceso abierto por la Querrela Argentina se ha puesto de manifiesto la presencia de nuevos agentes en el movimiento memorialista, activistas que provienen de la lucha antifranquista de los años 60 y 70, ellos mismos represaliados y que asumen en primera persona la denuncia de los crímenes franquistas, vinculada a su propia experiencia, detenciones, despidos, exilio forzoso, torturas, cárcel, multas, juicios, etc., ocurridos en las últimas décadas de la dictadura¹⁴. Muchas y muchos de ellos se consideran más resistentes que víctimas. Están poniendo el acento en la reivindicación de justicia que parecía relegada dado el paso del tiempo y las trabas desarrolladas para su ejercicio.

13 Jerez, A. (2013) Memorias, identidades y culturas políticas. El movimiento de Memoria y los Derechos Humanos desde la investigación participativa.

14 En este sentido aporta un interesante análisis Marina Montoto (2017). Las víctimas del franquismo en “La Querrela Argentina”: luchas por el reconocimiento y nuevas desigualdades”.

Memoria histórica y democrática

Los colectivos que apoyan esta línea de actuación están también impulsando, junto a corporaciones municipales de algunas ciudades, la presentación de querellas en sus respectivos juzgados por personas de sus municipios represaliadas por el franquismo, como ha sucedido ya en Vitoria, Pamplona, Barcelona, en otras ciudades están en preparación. Han promovido la creación de una red de Ciudades por la Justicia y la Memoria, en su primer manifiesto municipalista argumentan que dar este paso en defensa de sus vecinos represaliados, «constituye una exigencia humana de Verdad, Justicia y Reparación, reclamada durante mucho tiempo por la ciudadanía a la que nos debemos»¹⁵.

Observamos que las experiencias de la justicia en tiempos de transición y la extensión de la cultura de los derechos humanos están propiciando que en el movimiento memorialista vaya cuajando y tomando relevancia la necesidad de seguir trabajando contra la impunidad franquista.

Algunas de las personas represaliadas en las últimas décadas de la dictadura han iniciado, durante el mes de junio de 2017, la presentación de querellas en los juzgados territoriales del estado español denunciando la represión sufrida. Es el caso de las «víctimas de Billy el niño», el ex policía Antonio González Pacheco también imputado por la jueza Servini, hasta el momento protegido por la Audiencia Nacional, denunciado por torturas en la Querrela Argentina y ahora ante los juzgados madrileños. Sus denunciantes son conscientes del reto planteado.

En el congreso «Las otras protagonistas de la Transición» realizado en febrero de 2017, miembros del colectivo La Comuna formado por presos y presas antifranquistas, escribían: «dar testimonio directo de la represión durante el tardofranquismo, resulta particularmente conflictivo porque denunciar los crímenes de ese periodo implica también denunciar a sus verdugos, muchos de ellos vivos y algunos ocupando relevantes puestos en las instituciones o los consejos de administración de las grandes empresas»¹⁶.

La interpelación al pasado que hoy realizan desde esas denuncias, desde las exigencias de justicia, tiene una proyección de futuro, «la regeneración democrática sobre la base de un modelo socioeconómico que persiga la reducción de las desigualdades y la defensa de las mayorías, requiere necesariamente sacudirnos la pesada herencia del franquismo».

La denuncia de la impunidad franquista no surge de la obsesión por el pasado, sino de las carencias del presente. Quienes detentaron el poder durante la dictadura no han tenido ningún juicio público, quienes torturaron y asesinaron no han sido repudiados ni señalados, quienes amasaron fortunas al amparo de la dictadura utilizando sus jefaturas y prebendas, no han tenido que rendir cuentas, ni mucho menos devolver lo apropiado indebidamente. La impunidad tiene sus reflejos en el presente.

La verdad, la justicia y la reparación que queremos, en realidad constituyen el sustrato sobre el que asentar una convivencia basada en el respeto a los derechos de las personas.

15 El manifiesto fue suscrito por los Ayuntamientos de Barcelona, Cádiz, Zaragoza, A Coruña, Pamplona, Vitoria, Rivas Vacía Madrid, posteriormente se han sumado a dicha red los ayuntamientos de Madrid y de Valencia, este último aprobó esta inclusión en el pleno de marzo de 2017. En este enlace puede leerse el texto completo: https://www.scribd.com/document/329120692/Manifiesto-municipalista-por-la-Verdad-la-Justicia-y-la-Reparacion#from_embed (consultado por última vez el 12 de junio de 2017).

16 Suarez-Carreño, L., Blanco Chivite, M., Galante, Ch., La herencia de la transición: un sistema lastrado por el franquismo. <https://congresotransicion2017.files.wordpress.com/2017/02/mesa-7-la-lucha-contra-la-impunidad-hoy.pdf> (consultado por última vez el 12 de junio de 2017).

Bibliografía

- BENAVIDES F., *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates, experiencias*, Barcelona, Institut Català Internacional per la pau, 2011. Recuperado de: http://icip.gencat.cat/web/.content/continguts/publicacions/documents_i_informes/arxiu/info2011_03.pdf.
- CERVERA, A., *Yo no voy a olvidar porque otros quieran*, Valencia, Editorial Montesinos, 2017.
- ESPINOSA, F., *Lucha de historias lucha de memorias. España 2002-2015*, Sevilla, Aconcagua libros, 2015.
- FERRANDIZ, F., "Autopsia social de un subterráneo". *Isegoria. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm., 45, págs. 525-544, 2011.
- GATTI, G., "Lo nuestro, como en Argentina. Humanitarian reason and the Latin Americanization of victimhood in Spain", *Journal of Latin American Cultural Studies*, núm. 25(1), 2016.
- GONZÁLEZ CALLEJA, E., "El deber de memoria y la justicia transicional en perspectiva histórica", en VV.AA., *Políticas de memoria. Qué, cómo y para qué recordar* (pp. 32-65), Vitoria, Fundación Fernando Buesa e Instituto Valentín de Foronda, 2014.
- JEREZ, A., "Memorias, identidades y culturas políticas. El movimiento de Memoria y los Derechos Humanos desde la investigación participativa". *Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, núm. 16 (3), 133-147, 2013.
- MESSUTI, A., "La querella argentina: la aplicación del principio de justicia universal al caso de las desapariciones forzadas" en *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Madrid, editado por Escudero T. y Pérez C. Trotta, 2013.
- MONTOTO UGARTE, M., "Las víctimas del franquismo en "La Querella Argentina": luchas por el reconocimiento y nuevas desigualdades". *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2017/1, papel 164, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), UPV/EHU Press, 2017. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.1387/pceic.16919>.
- Naciones Unidas, "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos": informe del Secretario General (3 de agosto de 2004). Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>.
- SAFFON, M. P., "Enfrentando los horrores del pasado. Estudios conceptuales y comparados sobre justicia transicional", en *Minow, Crocker y Mani, Justicia Transicional*. Bogotá, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, 2011.
- SUAREZ-CARREÑO, L., BLANCO CHIVITE, M., GALANTE, Ch., "La herencia de la transición: un sistema lastrado por el franquismo. La transición, tal como la vivimos", comunicación en el Congreso Las otras protagonistas de la transición, izquierda radical y movilizaciones sociales, Madrid, UCM, 24-25 de febrero de 2017. Recuperado de: <https://congresotransicion2017.files.wordpress.com/2017/02/mesa-7-la-lucha-contra-la-impunidad-hoy.pdf>.

LA IMPUNIDAD DE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO ¹

M.ª Isabel Peris Muiños ²

RESUMEN: En España, el modelo de impunidad se remonta a la transición política de la dictadura a la democracia sin justicia transicional. La Ley 52/2007, de la memoria histórica, no asumió los principios del derecho internacional. El Tribunal Supremo, cuando procesó al juez Garzón, acusado de prevaricación por la denuncia de los crímenes del franquismo, emitió unos razonamientos jurídicos y políticos con los que se pretende justificar la imposibilidad de perseguir en España los crímenes del franquismo amparándose en la Ley de amnistía y en la prescriptibilidad, sin reconocer su condición de crímenes de lesa humanidad a pesar de las recomendaciones y amonestaciones de la ONU. Las víctimas, familiares y asociaciones recurrirán a la justicia argentina.

PALABRAS CLAVE: impunidad, crimen, franquismo, víctimas, querrela

ABSTRACT: In Spain impunity's model dates back to political transition from dictatorship to democracy without transitional justice. High Court, when the process against the judge Garzon accused of prevarication due to the report on francoism crimes, expressed legal and political reasons in order to try to justify the impossibility of pursuing in Spain francoism's crimes thanks to Amnesty's law and prescriptionability without recognising its condition of crimes against humanity despite UN's recommendations and admonitions. Victims, relatives and associations are going to turn to Argentinian law.

KEYWORDS: Impunity, crime, francoism, victims, complaint.

SUMARIO: 1.Introducción.- 2.El origen del modelo de impunidad en el Estado español.- 3.Desarrollo y consolidación de la impunidad.- 3.1.La ley de la memoria histórica.- 3.2.Las víctimas.- 3.3.El auto del juez Baltasar Garzón.- 4.Crímenes de lesa humanidad.- 5.Las amonestaciones de la ONU al Gobierno español.- 6.Las apelaciones a la justicia argentina. La Querrela argentina.- 7.Consideraciones sobre las políticas de memoria.- 8.Conclusiones.- 9.Bibliografía.

1. Introducción

La lucha contra la impunidad surgió en los años setenta cuando organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos humanos, juristas y oposición democrática se movilizaron a favor de la amnistía de los presos políticos en América Latina, en países como Brasil, Uruguay, Paraguay... La amnistía como símbolo de la unión movilizó amplios sectores de opinión y facilitó su unificación. En los años ochenta, esta amnistía parecerá como una rendija para la impunidad con la proliferación de leyes de autoamnistía autoproclamadas por los dictadores militares en declive y preocupados por organizar un sistema de impunidad. Estas desviaciones

1 Original del artículo en valenciano

2 M.ª Isabel Peris Muiños es miembro del Grup per la Investigació de la Memòria Històrica de Castelló.

Memoria histórica y democrática

provocaron fuertes reacciones y reforzaron la capacidad de autoorganización, como el caso emblemático de las Madres de Plaza de Mayo.

Al final de la guerra fría y con la caída del Muro en Europa, la cuestión de la impunidad fue centro de debate y hubo una toma de conciencia por parte de la comunidad internacional de la relevancia de luchar contra la impunidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos³ consideró, mediante una nueva jurisprudencia, que la amnistía otorgada a los autores de violaciones graves de los derechos humanos era incompatible con el derecho de toda persona a ser reconocida equitativamente por un tribunal imparcial e independiente. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de junio del 1993 reforzó toda esta evolución en el documento final titulado Declaración y Programa de Acción de Viena.

En España, los movimientos de memoria histórica surgirán en el contexto europeo de los movimientos en defensa de los derechos humanos. Estarán determinados por razones humanitarias, históricas y psicosociales y nacerán por una confluencia política, cultural, historiográfica y humana. Reivindicarán a las instituciones el reconocimiento y la reparación moral jurídica y económica de todas las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura franquista.

2. El origen del modelo de impunidad en el Estado español

El origen del modelo de impunidad del Estado español se remonta a la transición política de la dictadura franquista a la democracia. No hubo una justicia de transición y se obviaron los delitos cometidos durante la dictadura. Desde los poderes políticos de aquellos momentos se actuó con un silencio institucional. Los líderes políticos transmitieron a la opinión pública una reconciliación que conllevaba un olvido del pasado, a la vez que fueron permisivos con la presencia de argumentos legitimadores de orden fascista, como no cuestionar la suprema autoridad del Estado, los poderes económico, financiero, militar y el religioso, es decir, los poderes fácticos que eran los apoyos del régimen franquista; en consecuencia, se admitió una conexión entre la legalidad franquista y la legalidad democrática. De esta manera, el olvido era fundamental para el orden político. El relato para el público era de una equidistancia entre los vencedores y los vencidos. Todas las leyes⁴ que se promulgaron fueron como apoyo a este propósito. La Ley de reforma política, las elecciones generales del 15 de junio de 1977, la Ley de amnistía y la Constitución de 1978. Por otra parte, la dictadura se transmitió como un espacio dictatorial pero de orden que después había permitido la democracia, al mismo tiempo que se silenciaba la brutalidad de la represión del franquismo. No se consideró como prioridad los derechos de los represaliados por el franquismo ni una reconstrucción rigurosa de los acontecimientos históricos, lo que supuso una grave limitación democrática. La transición, en su planteamiento político, obvió el esclarecimiento de los crímenes del franquismo y la depuración de responsabilidades políticas y penales. No hubo, en un principio, una revisión historiográfica legítima y necesaria.

3 Institución judicial autónoma con sede en Costa Rica. Su objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Tiene dos funciones, jurisdiccional y consultiva. Se compone de siete jueces de los estados miembros de la OEA.

4 Ley 1/1977, de 1 de enero; Ley 46/1977, de 15 de octubre, o Ley de amnistía.

La normalización de la historiografía de la Guerra Civil española y el franquismo permitió que salieran a la luz hechos y datos nuevos y contundentes sobre víctimas de la Guerra Civil y la violencia franquista que mostraban la magnitud de la represión. Ante esto se producirá el fenómeno llamado revisionismo histórico; un revisionismo no académico con un uso político de la historia. Consiste en una falsificación de hechos y una reconstrucción histórica no muy documentada con la pretensión de una continuidad del adoctrinamiento de la dictadura y el mantenimiento de un imaginario de identidad colectiva de la historiografía franquista y, además, la creación de nuevos adeptos en las nuevas generaciones. Esta historiografía franquista ha sido recuperada por periodistas, escritores e historiadores que intentan reescribir la historia, con una manipulación desde posiciones ideológicas que pretenden justificar la política de represión de la dictadura de Franco.

3. Desarrollo y consolidación de la impunidad

3.1. La ley de la memoria histórica

Si analizamos la trayectoria durante más de cuarenta años de democracia, se pueden señalar algunos hitos relevantes en el desarrollo y consolidación del proceso de impunidad en el Estado español. Una de las más importantes fue la gestación, aplicación y desarrollo de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y se amplían derechos y se establecen medidas a favor de quien sufrió persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, conocida como Ley de memoria histórica.

El origen de esta ley nos lleva a la primera reunión de la comisión creada para las víctimas del franquismo⁵ en 2004, presidida por la vicepresidenta del Gobierno, María Teresa Fernández de la Vega. Se pretendía finalizar la tarea de la Comisión en el año 2005. En sus inicios, esta comisión interministerial elaboró un informe con un anteproyecto de ley ambicioso que recogía la rehabilitación moral y jurídica de las víctimas de la represión franquista. Entonces significaba un paso importante para romper la impunidad del franquismo y emprender la normalización de la memoria histórica democrática.

Pero el proceso se alargó mucho más de lo previsto y fue objeto de recortes importantes; así, en septiembre de 2005, Fernández de la Vega frenó el proyecto de ley, hablaba de dos bandos y no de gobierno legítimo y sublevados. Después, en julio de 2006, el Gobierno renunció a anular los consejos de guerra sumarísimos. En este mismo mes anunció que no se permitiría la publicación de los nombres de los verdugos. Fue un proceso largo y con las críticas feroces de la derecha, por un lado, y las reivindicaciones de la izquierda y asociaciones de víctimas, por otro. El anteproyecto se fue recortando hasta llegar a una ley que no respondió a las expectativas de las víctimas tras los casi setenta años desde la Guerra Civil y treinta de democracia.

La ley promulgada a finales del año 2007 después de numerosos recortes no asume directamente la impugnación de la violación de los derechos humanos. Prescinde, en términos absolutos, de principios como el derecho de la víctima de dirigirse contra el autor de la violación, de las reformas de las instituciones estatales y la depuración de responsabilidades. Por lo tanto son unas medidas insuficientes para los derechos de las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura en el ámbito de la reparación, tal y como se entiende en el derecho internacio-

5 BOE de 20 de septiembre de 2004.

Memoria histórica y democrática

nal y de acuerdo con el cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por España. Resultan insuficientes las previsiones y las disposiciones que afectan a las víctimas de desapariciones forzadas, porque en caso de muerte la justicia tiene que investigar los crímenes, juzgar sus responsabilidades y señalar las reparaciones, exactamente como se hace con las víctimas del terrorismo y sus descendientes.

Por otra parte, la ley es indeterminada en cuanto a sus efectos en la revisión judicial de las condenas del franquismo. La declaración de ilegitimidad⁶ de los juicios sumarísimos no tiene efectos jurídicos; esto significa que fueron inmorales y que no se ajustan a derecho. En cambio, la anulación radical de pleno derecho cambia por completo porque supone que no ha habido caso, ni proceso, ni cargos y, por consiguiente, hay que reponer a las víctimas a la situación anterior, lo que supone una verdadera reparación. El derecho español ha dado de este modo una cobertura de legalidad a hechos que son internacionalmente ilícitos; la revisión judicial de las condenas del franquismo no los ha expulsado del orden jurídico, aunque el poder legislativo del Estado sí que tiene competencia para ordenar a los jueces y anular las condenas franquistas.

Además, encontramos en los diferentes capítulos de la ley políticas de memoria que no cumplen los principios de verdad, justicia y reparación. Estos principios implican el derecho a conocer el destino de los familiares desaparecidos o el derecho de las víctimas a saber, el acceso a las fuentes documentales, las políticas de gestión monumental y de la simbología pública, la política de localización y exhumación de fosas comunes, la inhumación de los restos mortales de las víctimas con los protocolos de actuación científica y los mapas de las administraciones territoriales. En cuanto a las fosas comunes, solo algunas autonomías han tomado iniciativas durante estos años cuando es el Estado quien tendría que actuar de oficio para indagar, investigar, localizar y no transferir sus obligaciones a otras administraciones. En consecuencia, el Estado se desentendió de las diligencias y los procedimientos judiciales para la investigación y esclarecimiento de los hechos y responsabilidades pertinentes por los crímenes del franquismo, imprescriptibles según el derecho internacional.

3.2. Las víctimas

El concepto de víctima tiene una construcción social reciente con un espacio importante en el discurso público como una nueva categoría social; el estatuto de víctimas⁷ permite hacer

6 Según el artículo 3 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la cual se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quien sufrió persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura.

7 El precedente primero del Estatuto de la Víctima lo constituye la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en este ámbito. Este primer proyecto, que pretendía conseguir un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea, no fue desarrollado por los países de la Unión, si bien algunos publicaron la normativa específica, que no respondía del todo en este espíritu uniformador de la Decisión. En España se publicaron normas de ámbito y de alcance diferentes, que atendían —según la demanda de cada situación— a colectivos de víctimas diferentes sin dar una respuesta conjunta a la situación de la víctima, en general, y ante el proceso penal en particular. Así nació la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real decreto 738/1997, de 23 de mayo); la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo. En 2012 se aprobó la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la cual se establecían normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (sustituía la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo). En esta directiva se marcaba como fecha tope para la transposición al derecho interno de cada uno de los estados el 16 de

Memoria histórica y democrática

justicia y equiparar a las personas humanas. Hay a menudo una politización del concepto, pero la víctima es independiente de los vaivenes políticos y las vías legales. Ninguna víctima del franquismo ha sido indemnizada por las violaciones de los derechos humanos que sufrió. Cuando hablamos de víctimas de la represión franquista hacemos referencia a todas aquellas personas que sufrieron la represión de una forma u otra durante el franquismo, sin menoscabo de otras víctimas. La verdad ante la represión de Franco es la posibilidad de reconstruir el pasado porque su presencia se encuentra presente, por haber sido silenciada y porque la preservación de la memoria colectiva hace que esté presente. En el País Valenciano, según el estudio de Vicent Gabarda, hubo 4.714 fusilados. Según las últimas investigaciones, estarían alrededor de los 4.750. Pero también hubo otras víctimas, como las que murieron en los hospitales, los centros de detención, las ejecuciones extrajudiciales, todas ellas también víctimas de la represión.⁸

Además, todas las familias que sufrieron las consecuencias de aquella represión encarnizada contra sus familiares: madres, padres, hermanos/as, hijos/as, todas ellas fueron víctimas también. La dureza de las condiciones de vida impuestas a una parte del pueblo español sumió a los vencidos, a sus familias —muchas de ellas con un familiar asesinado por el gobierno de Franco— en el silencio, ante el miedo y la encarnizada represión de la dictadura. Este miedo y sus huellas marcó a toda aquella generación. Tras muchos años, estas personas empezaron a hablar y a veces todavía con miedo. Este temor, que todavía a veces está presente, sigue porque les aplastaron el alma, les robaron la dignidad, les encarcelaron los sueños y no ha habido justicia ni reparación.

La política del olvido en la transformación democrática ha supuesto una ruptura cultural en la configuración de las identidades políticas y la reconstrucción de los recuerdos en tres generaciones. Hay que añadir también las consecuencias psicológicas de la guerra y la posguerra en las generaciones siguientes; cómo y de qué modo se han transmitido los recuerdos negados y el trauma, la muerte y el sufrimiento; cómo ha afectado el silencio a las generaciones siguientes y qué les ha transmitido este silencio. El conflicto manifiesto y la contradicción entre el deseo de olvidar y el de atestiguar. Las dificultades para el duelo, la desconfianza y la incapacidad para compartir. La atmósfera opresiva de aquella vida cotidiana. Todo ello nos explica que han sido necesarias tres generaciones para romper el silencio.

En el mes de julio del 2006, los represaliados del franquismo animaban al papa a pedir perdón a las víctimas de la represión franquista por la actuación de la Iglesia en la Guerra Civil. La visita del papa Benedicto XVI, la primera visita a España —de las tres que hizo— los días 8 y 9 de julio de 2006 con motivo del Encuentro Mundial de las Familias, sacó al escenario la polémica porque el 18 de julio de aquel año se cumplían 70 años del inicio de la sublevación militar encabezada por Franco con el apoyo de la jerarquía católica. La Asociación para la

noviembre de 2015. El 28 de abril (BOE 101/2015) se publicó la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, norma que posteriormente fue desarrollada por el Real decreto 11/09/2015, de 11 de diciembre, por el cual se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y se regulan las oficinas de asistencia a las víctimas del delito.

8 En cuanto a las víctimas de represión extrajudicial, muertos en prisión, hospitales y centros de detención, aunque hay una lista en la obra de Gabarda, no están contabilizadas, quizás entre 1.000 o 1.100. En este caso, sí que puede haber una variación significativa, puesto que sólo en la provincia de Castellón nos encontramos con doscientos casos nuevos según las investigaciones de Juan Luis Porcar. En Alicante también hay una variación, según las investigaciones de Miguel Ors.

Memoria histórica y democrática

Recuperación de la Memoria Histórica (ARMH)⁹ mandó una carta a todos los obispos para retirar todas las placas falangistas de los caídos por Dios y por España que todavía permanecen en centenares de iglesias y pedir perdón por su papel en la Guerra Civil. La Conferencia Episcopal se negó porque más de 7.000 religiosos fueron asesinados durante la Guerra Civil. La ARMH pedía al papa en su visita un gesto simbólico, que pidiera perdón por la colaboración que tuvo la Iglesia con la dictadura de Franco. Mientras la Iglesia puede dar reconocimiento a sus miembros perseguidos, al mismo tiempo tenía que tener la dignidad de pedir perdón a millares de familias a las que a menudo los propios curas negaban incluso la posibilidad de enterrarlos en el cementerio. Además, muchos de los represaliados y sus familias eran católicos.¹⁰

Mientras todos estos acontecimientos iban sucediéndose, los familiares y las asociaciones de víctimas del franquismo —ante miles de personas asesinadas y sus cuerpos desaparecidos sin poder investigar nunca estos crímenes, a pesar de la violación de los derechos humanos—, dada la situación de indefensión jurídica, presentaron una denuncia en 2006 en el Juzgado Central número 5 de la Audiencia Nacional. En la denuncia las víctimas pedían la instrucción de medidas, diligencias y procedimientos judiciales para la investigación y esclarecimiento de los hechos denunciados, incluidas las responsabilidades pertinentes; el reconocimiento oficial de la responsabilidad del Estado por comisión de crímenes imprescriptibles; la averiguación y comprobación del lugar de los desaparecidos; el auxilio, ayuda de las autoridades del Estado para localizar, exhumar, identificar, recuperar; la protección de la dignidad personal; el derecho a la memoria. Se trataba de una petición de auxilio a la justicia española basada en el derecho a elevar un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada como corresponde a las víctimas de las desapariciones forzadas. Unas víctimas de violaciones, de libertades y derechos fundamentales que ya eran enunciados en la Constitución de 1931 y amparados por normas internacionales entonces vigentes.¹¹

La dictadura, en cambio, sí que llevó adelante una causa general implacable, sin embargo, para estas víctimas de la represión franquista el reconocimiento tendrá que llegar mediante un concierto crítico de conciencias. Los jueces españoles nunca han hecho nada por las víctimas muertas o vivas que reclaman los restos mortales de sus familiares. Los jueces internacionales, tampoco. Después de tres generaciones al fin se rompe el silencio. Son los nietos los que se preguntan qué pasó.

Todas las demandas de las víctimas hacían referencia a derechos ya recogidos en la Constitución española del 9 de diciembre de 1931.¹² En el Código Penal se prevén contenidos referidos a la reparación plena adecuada al derecho: la reparación del derecho español con la responsabilidad individual y responsabilidad del Estado con la obligación de reparar,¹³ las

9 ARMH es una asociación de memoria histórica constituida en 2000 en la localidad de Priaranza del Bierzo, en León, y su objetivo principal es la localización de víctimas de la represión del franquismo.

10 «Las víctimas del franquismo piden al Papa que quite las placas falangistas de las iglesias», *El País*, 7 de julio de 2006.

11 La costumbre internacional anterior tiene en principio el mismo valor jurídico que el tratado internacional, es una fuente de derecho para imponer en los estados obligaciones jurídicas puesto que es un principio general del derecho internacional la primacía de las obligaciones internacionales ante el derecho interno.

12 Constitución española, 1931. Capítulo I, «Garantías individuales y políticas», del título III, «Derechos y deberes de los españoles»: artículos 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 38, 39, 40 y 41; capítulo II, «Familia, economía y cultura»: artículo 43, derechos del niño.

13 Código Penal, artículos 109 y 110.

Memoria histórica y democrática

formas de responsabilidad civil: restitución, reparación, indemnización.¹⁴ El artículo 607 bis del Código Penal, referido a condenados por delito de lesa humanidad.¹⁵ La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en sus funcionarios públicos. También se encuentran referencias en la Ley de enjuiciamiento criminal.¹⁶ Del Código Civil, la responsabilidad extracontractual: quien por acción u omisión causa daño a otro está obligado a reparar y no sólo por los actos propios, sino también por los de aquellas personas de quienes se debe responder.¹⁷ La Ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común, indemnización de la Administración pública.¹⁸

Por otro lado, todo hecho internacionalmente ilícito de un estado genera responsabilidad internacional, y los crímenes y hechos ilícitos internacionalmente no prescriben. La Ley 46/1977, conocida como Ley de amnistía, no se tenía que aprovechar para eximir de responsabilidad al Estado ante los crímenes cometidos durante la Guerra Civil y la dictadura.

Las asociaciones de víctimas del franquismo que presentaron las denuncias ante la Audiencia Nacional harán un comunicado al que se adhirieron varios colectivos de memoria. En este comunicado manifestaban que el Estado español, a pesar de la Recomendación número 1736 recibida de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 17 de marzo del 2006,¹⁹ no ha cumplido sus obligaciones. La Ley de memoria histórica no ha adoptado ninguna medida de las instadas, de las reivindicaciones de las víctimas. La ley ha relegado la acción reparadora al ámbito estrictamente administrativo de forma descoordinada y arbitraria a pesar de los casos de desapariciones forzadas, ante la no nulidad de los juicios sumarísimos y ante la investigación del secuestro de niños y la retirada de símbolos fascistas. En España el proceso político para la democracia no se ha aplicado de manera satisfactoria para las víctimas del franquismo y la dictadura. Existe, más allá de los debates y de las visiones pretendidamente equidistantes sobre los hechos de la sublevación militar, una contrastable desproporción entre la reparación que la dictadura aplicó a los que consideró su bando y la evidente ausencia de verdad y reparación para las víctimas de los que defendieron el régimen legal de la II República.

3.3. *El auto del juez Baltasar Garzón*

El auto del juez Garzón aceptó la competencia para la tramitación de esta causa de las denuncias de las víctimas en el Juzgado número 5 de la Audiencia Nacional y empezó estableciendo los trámites para las diligencias previas por los delitos permanentes de detención ilegal sin razón de su destino, en el contexto de crímenes contra la humanidad. En fecha 15 de diciembre, el magistrado juez procedió a las diligencias previas del procedimiento abreviado núm. 399/2006, en virtud de las diferentes denuncias presentadas por las asociaciones de

14 Código Penal, artículos 112 y 113.

15 Código Penal, artículos 607 y bis.

16 Ley de enjuiciamiento criminal, artículo 100: restitución, reparación, indemnización.

17 Código Civil, artículos 1902 y 1903.

18 Ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común, artículo 139.

19 El 17 de marzo, en París, el Comité de la Asamblea Parlamentaria de Europa aprueba un texto de condena internacional de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en España por el régimen franquista entre 1939 y 1975 y defiende la proclamación del 18 de julio del 2006 como día oficial de la condena de la dictadura franquista. El proyecto de recomendación presentado por el ponente maltés Leo Brincat ya estaba aprobado por unanimidad en la Comisión de Asuntos Políticos de la Asamblea.

Memoria histórica y democrática

recuperación de memoria histórica²⁰ y varios particulares en relación con las víctimas de los crímenes del franquismo. En el auto sobre los crímenes del franquismo hay una insistencia en el hecho de que el objeto de la investigación es la existencia de un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos mediante las múltiples muertes, las torturas, el exilio y desapariciones forzadas y detenciones ilegales de personas desde 1936 durante los años de la Guerra Civil y los siguientes de la posguerra en diferentes puntos geográficos del territorio español. Por el auto del 16 de octubre del 2008, el mencionado Juzgado Central de Instrucción número 5 resolvió asumir la competencia para el conocimiento e investigación de los hechos denunciados que pudieran ser constitutivos de crímenes de lesa humanidad. Y por el auto del 17 de octubre del 2008, dada la gravedad de los hechos objeto de la investigación, se transformó las referidas diligencias previas de procedimiento abreviado en sumario procedimiento ordinario, al que se asignó el número 53/2008.

La investigación comprendía también la desaparición con sustracción legal de los niños robados durante este periodo, la desaparición de los hijos/as de presos/as entre 1937 y 1950 desarrollada con la apariencia de una supuesta legalidad. Se modificó su filiación al margen de los procedimientos previstos para la adopción de menores y mediante la alteración del Registro Civil para permitir así su incorporación a familias adictas al régimen dictatorial. Por parte del juez, en el auto se habían remitido a los juzgados pertinentes los datos relativos a los niños/as robados durante la Guerra Civil y los primeros años del franquismo para ver su destino. Ricard Viñas, el 6 de noviembre de 2009, aportó una documentación sobre identidades de los niños/as desaparecidos que avalaban la necesidad de una investigación exhaustiva.

En el auto, el juez recordaba que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su declaración de condena de la dictadura franquista de fecha 17 de noviembre del 2006, señaló que los niños/as perdidos del franquismo eran también parte de las víctimas y se trataba de hijos/as de presos, cuyos apellidos fueron modificados para permitir la adopción por

20 Relación de denunciantes:

14 de diciembre de 2006, denuncia presentada por Marcial Muñoz Sánchez, en nombre propio y de la asociación Nuestra Memoria, Sierra de Gredos y Toledo.

14 de diciembre de 2006, denuncia de la Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Catalunya.

14 de diciembre de 2006, denuncia de la Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica en Aragón.

14 de diciembre de 2006, denuncia de la Comisión pola Memoria Histórica do 36 en Pontearreas.

14 de diciembre de 2006, denuncia de la Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica de Arucas.

15 de diciembre de 2006, denuncia de la Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca.

15 de diciembre de 2006, denuncia de Carmen Dorado Ortiz.

4 de junio de 2007, denuncia de Teófilo Goldaracena Rodríguez.

18 de julio de 2007, denuncia de la Asociación Andaluza Memoria Histórica y Justicia.

14 de septiembre de 2007, denuncia de Politeia, Asociación para la Defensa y Progreso de los Intereses Ciudadanos.

24 de diciembre de 2007, denuncia de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Valladolid.

19 de mayo de 2008, denuncia de Francisco Javier Jiménez Corcho. Denuncia de Juan Pérez Silva y de Francisca Maqueda Fernández.

28 de julio de 2008, denuncia de la asociación Foro por la Memoria del País Valenciano.

31 de julio de 2008, denuncia de la Confederación General del Trabajo. 12 de septiembre de 2008, denuncia de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Granada y de Nieves García Catalán.

12 de septiembre de 2008, denuncia de José Luis Cerdeira Villegas.

12 de septiembre de 2008, denuncia de Crispulo Nieto Cicuéndez.

22 de septiembre de 2008, denuncia de la Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra, Asociación de Héroes de la República y la Libertad, Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica en El Bierzo, León, Burgos y Zamora, Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Soria.

26 de septiembre, denuncia de la asociación Todos los Nombres de Asturias.

3 de octubre, denuncia de María Nieves Galindo Arroyo.

6 de octubre, denuncia del Grup per la Investigació de la Memòria Històrica de Castelló, de Izquierda Republicana de Castilla y León, de Julia Maroto Velasco y de Julián de la Morena López.

Memoria histórica y democrática

parte de familias de afectos al régimen. Miles de niños/as fueron enviados a instituciones del Estado porque el régimen consideraba a su familia republicana como inadecuada para su formación. También dice la resolución que los niños/as refugiados fueron secuestrados en Francia por el servicio exterior de repatriación del régimen y situados con posterioridad en instituciones franquistas. El régimen invocaba la protección de menores, pero la idea de esta protección no se distinguía de un régimen punitivo; los niños/as tenían que expiar los pecados de los padres. Según la memoria del Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced para la Redención de Penas²¹ de niños y niñas tutelados por el Estado, el número de hijos de presas era de 12.042 en 1944, y la mayor parte estaban en centros religiosos; de 1944 a 1954 pasaron a ser 30.960. El ingreso en los centros fue patrocinado por el Patronato de San Pablo, dependiente del Ministerio de Justicia, la mayoría huérfanos de guerra con los padres muertos, encarcelados, exiliados clandestinos o desaparecidos. En las listas oficiales señalaban el padre como fusilado o desaparecido.

El juez Garzón intentó poner en marcha este proceso a finales de 2008 recogiendo las denuncias de las víctimas y mediante el establecimiento de un censo fiable de los asesinados podía traer la determinación de responsabilidades retrospectivas por el único camino que bordea la prescripción, que es la figura del genocidio. Estas diligencias supondrán cursar de oficio a los registros civiles para que aporten certificados de defunción, reclamar al Ministerio del Interior los datos de identificación de los máximos dirigentes de Falange Española del 17 de julio de 1936 al 31 de diciembre de 1951 y declarar imputación o extinción por muerte. También formar un grupo de expertos y un grupo de policía judicial y un censo de fusilados, desaparecidos enterrados en fosas comunes. El Grup per la Investigació de la Memòria Històrica de Castelló se adhirió a la denuncia y colaboró aportando el censo de víctimas de Castellón y comarcas; considerábamos la situación como una medida preliminar y un primer paso para la constitución de una comisión de la verdad estatal para estudiar el asunto seriamente y así conocer y dignificar a muchísimas personas que defendieron los principios de libertad y democracia de la II República. Con nuestra trayectoria de trabajo nos encontrábamos en disposición de colaborar con la justicia y las administraciones en la realización de catálogos de fosas y restos humanos de las víctimas de la represión del franquismo.

El auto se convirtió en un segundo auto de inhibición del juez, puesto que se declaró agotada la responsabilidad penal por la muerte de los encausados respecto de los delitos contra los altos organismos de la nación y la forma de gobierno, así como respecto del delito de detención ilegal con desaparición forzada en el contexto de crímenes contra la humanidad. La Fiscalía General del Estado —en relación a los procedimientos de investigación incoados en el Estado español por estos hechos y en referencia a los presuntos máximos responsables de la concepción y elaboración y ejecución del plan de exterminio, como Franco y 44 personas más que participaron en el golpe de estado del 17-18 de julio del 1936, así como en gobiernos sucesivos o en la organización de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS—, mediante los correspondientes certificados e investigaciones por mandamiento judicial, expone que ha sido constatada la defunción de todas estas personas a quienes se imputaba la autoría intelectual y material del referido plan sistemático. Entonces, la competencia del

21 La obra de la redención de penas, la doctrina, la práctica, la legislación, 1 de enero de 1944, año V. Memoria que eleva al Caudillo de España y a su Gobierno el Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced para la redención de las penas por el trabajo.

Memoria histórica y democrática

Juzgado y de la Sala de lo Penal de la Audiencia desaparece, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21, 23, 65 y 88 de la Ley orgánica del poder judicial, por no estar entre estos artículos el delito de detención ilegal sin razón de su destino en el contexto de crímenes contra la humanidad. Así, a pesar de la gravedad de los hechos, no existe posibilidad de aplicar normas de competencia a favor de la Audiencia Nacional y se establece que las denuncias se trasladen a los juzgados territoriales.

El Gobierno tampoco apoyará a estas denuncias en los juzgados territoriales, como demostrará la beligerancia del sistema fiscal. El fiscal general del Estado Conde-Pumpido ordenó a los fiscales de los juzgados territoriales que se abstuvieran de impulsar las denuncias presentadas con relación a los republicanos desaparecidos y los restos humanos en las fosas comunes. El informe pericial hecho por los peritos designados para el censo de víctimas señaló un balance provisional de entre 136.062 y 152.237 víctimas. Las asociaciones de la memoria contabilizan 143.353, pero los peritos estiman que la cantidad puede ser superior en casi diez mil personas más. El informe definitivo fue remitido a los juzgados correspondientes con una copia digitalizada de todas las actuaciones realizadas en la Audiencia Nacional. Desde ese momento el caso pasará a los juzgados para que tomen decisión sobre las exhumaciones solicitadas por las asociaciones y se pronuncien sobre la continuación de la causa. Los informes sobre las denuncias llegarán a los juzgados territoriales de todo el Estado y se decretará la extinción de responsabilidad penal por la defunción de los presuntos responsables, y en otros casos al haberse producido la prescripción por el transcurso de los plazos legales establecidos por la persecución de delitos de detención ilegal, homicidio y asesinato por los que fueron incoados. De esta manera, se archivan sucesivamente las denuncias alegando prescripción, y las derivan a la Ley de memoria, al apartado sobre la declaración de reparación y reconocimiento personal.

Después, el juez Baltasar Garzón será encausado acusado de prevaricación por abrir la causa de los crímenes del franquismo. El 10 de mayo del 2010 España llama la atención del mundo cuando el juez es suspendido por el Tribunal Supremo de sus funciones. El proceso al juez en el Tribunal Supremo se mantendrá al margen del escrutinio internacional, puesto que se denegará la declaración de testigos expertos en derecho internacional durante el juicio. El Tribunal no reconoce el rol del juez a la hora de tomar medidas para corregir en el derecho interno aquello que contradice los principios y normas del derecho internacional y le acusa de prevaricación. Al juez lo juzgan por la presunta vulneración de la Ley de amnistía de 1977 y de la Ley de memoria de 2007. Paradójicamente, la Ley de memoria se convertirá en un obstáculo para juzgar los crímenes del franquismo. En opinión de la Federación de Foros por la Memoria, en las dos leyes se sustenta el modelo de impunidad.

Esto supondrá la indefensión de las víctimas y la vigencia del sistema español de impunidad. El que en principio tenía que ser el camino para la justicia y la reparación, se convierte en la consolidación de la impunidad del franquismo. Ante estos hechos, se produjeron movilizaciones por todo el Estado en veinte ciudades, con una serie de actos contra la impunidad, en los que destacaron Madrid y Barcelona y concentraciones en las embajadas de México, Buenos Aires, París y Londres. Era el resultado del proceso iniciado con la denuncia de víctimas y familiares, una vez perdida la esperanza ante las trabas y conflictos para la elaboración del proyecto de ley sobre la memoria histórica. Finalmente, el juez es absuelto, pero el máximo tribunal del poder judicial, además de resolver la causa del proceso sobre la prevaricación o

Memoria histórica y democrática

no del juez Baltasar Garzón, emitió unos razonamientos jurídicos y también políticos con los que se pretendía justificar la imposibilidad de la persecución en España de las violaciones de los derechos humanos y delitos cometidos por la dictadura. Fue una cuestión delicada: los magistrados dictaban unas sentencias atendiendo a valoraciones políticas.

El auto de Garzón supuso en su momento un punto de inflexión y una aceleración del proceso de la denuncia de las víctimas y familiares en la Audiencia Nacional. A partir del auto, no debemos subestimar los procesos sociales derivados, claves para el proceso de identificación y relación con el resto del mundo. Se ha dado una nueva visibilidad a los asesinados por Franco y su régimen, mediante un recorrido simbólico y legal y un carácter internacional. La declaración de las víctimas del franquismo en el proceso como testigos supuso un hecho insólito, puesto que por primera vez pudieron declarar ante un tribunal del Estado español. Unos relatos del horror, como el de María Martín, a la que mataron a su madre y decía a los 81 años si había que esperar 75 años más; Olga Alcega, nieta de fusilado por la guardia civil, declaraba a los periodistas que todo el mundo mira hacia otro lado, o Antonio Solsona, que declaró la detención y fusilamiento de su padre a manos de la guardia civil.

Pero desde el marco legal los razonamientos jurídicos en aquellos momentos ratificaron el modelo de impunidad, por cuanto que la sentencia considera los crímenes del franquismo como unos hechos no susceptibles de aplicación de la tipificación penal de crímenes contra la humanidad. Los defensores de los jefes nazis en los procesos de Núremberg también apelaron a un razonamiento parecido cuando decían que los hechos por los que los juzgaban no eran delito en el momento en el que se cometieron.

4. Crímenes de lesa humanidad

El concepto o denominación de crímenes de lesa humanidad resulta inseparable del delito de genocidio. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional²² y la Carta de París de 9 de agosto del 1955, que estableció el Estatuto del Tribunal de Núremberg, definen como crímenes contra la humanidad el asesinato, el encarcelamiento, la tortura, la persecución de un grupo por motivos políticos y la desaparición forzada de personas que se causan intencionadamente. Las violaciones de los derechos humanos y la vulneración de las libertades democráticas de la dictadura franquista responden al concepto de crímenes contra la humanidad. La Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad del 26 de noviembre del 1968 considera necesario y oportuno afirmar en derecho internacional el principio de imprescriptibilidad y, así, en su artículo 1 especifica cuales son los crímenes imprescriptibles al margen de la fecha en que se hayan cometido.

El Gobierno del Estado español defiende que esta normativa no es aplicable a los crímenes del franquismo y apunta obstáculos jurídicos insalvables como la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, anterior a la Constitución española y promulgada cuando el Estado español ya había suscrito, ratificado y publicado el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, un convenio internacional que convirtió en obligatorios los derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 15.2. Argumentar que la Ley de amnistía

²² Es un tribunal de justicia internacional permanente con la misión de juzgar el genocidio, la agresión, los crímenes de guerra y de lesa humanidad. En julio del año 1998, como resultado de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, se suscribe en el acta de la reunión el establecimiento del Tribunal Penal Internacional. Tiene la sede actual en La Haya.

impide juzgar los delitos de la dictadura supone la transgresión del derecho internacional y la vulneración de los pactos internacionales de obligado cumplimiento. El relator especial de la ONU, Pablo de Greiff, señalaba que la amnistía determinaría, en todo caso, la extinción de la responsabilidad criminal de las penas pero no el juicio de los hechos sin permitir que se determine responsabilidad alguna.

5. Las amonestaciones de la ONU al Gobierno español

La violación de los derechos humanos no es un tema exclusivamente interno y la Comisión del Consejo de Europa está emplazada para opinar. En abril de 2010, un artículo del periodista Pere Rusiñol en el diario Público hacía referencia a los tres informes de la ONU donde se amonestaba a España por acogerse a la Ley de amnistía y evitar investigar los crímenes del franquismo. La Asamblea pedía al consejo de ministros del Estado español una declaración oficial para condenar al régimen franquista y declarar el día 18 de julio como el día oficial de la condena de Franco. Por su parte, el Parlamento Europeo, en la sesión del 5 de julio del 2006, había condenado masivamente el golpe militar del Estado franquista. La justicia, representada también por los tratados internacionales ratificados por España, según el derecho internacional, obliga al Estado español a reparar a las víctimas de la violación de derechos humanos cometidos por sus autoridades.

A finales de 2008 se había negado la competencia a Garzón y después, en 2010, el Tribunal Supremo le juzgó por prevaricación, y esto puso por primera vez la Ley de amnistía en el punto de mira de la ONU y de las organizaciones de derechos humanos más prestigiosas. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas —que vela por el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— fue el primero que amonestó a España en términos muy duros en 2009. El documento publicado el 5 de enero recordaba que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y las amnistías relativas a violaciones graves de derechos humanos son incompatibles con el pacto. El Comité sugirió que los tribunales nacionales tomaran las medidas legislativas necesarias para garantizar esta imprescriptibilidad y que se creara una comisión de expertos independientes.

En noviembre y diciembre del 2009 se hacen las otras dos amonestaciones, tres en total, mientras que en el Tribunal Supremo el magistrado Luciano Varela saca adelante la querrela contra el juez Baltasar Garzón. Ni el Comité de Derechos Humanos ni la ONU tienen carácter vinculante pero son moralmente determinantes y, por otro lado, España continuaba ignorando varios convenios firmados que sí que le obligan a investigar.²³

23 Convención de Ginebra de 1864; convenciones de La Haya de 1899, con la cláusula Martens, y de 1907; Comisión Multinacional de Responsabilidades en París de 1919. Aprobación de la Carta de Naciones Unidas de 1945, Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg a partir del acuerdo firmado por los aliados en Londres el 8 de agosto de 1945, la Comisión Internacional dio forma jurídica y el nombre de crímenes contra la humanidad a las violaciones de las leyes y usos de la guerra. Son considerados como crímenes imprescriptibles más allá de la fecha, sea en tiempo de paz o de guerra. El artículo 6 de este estatuto menciona los crímenes de lesa humanidad considerados como actos inhumanos contra la población civil, incluso los producidos antes de la guerra de 1936-1939. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España en 1977. La Constitución de 1978, en su artículo 96, hace referencia a los tratados internacionales y a las normas generales del derecho internacional. En 1979, España firma el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y después ratifica el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional en 1998. Por otro lado, en la tesis doctoral de Margalida Capellà (2002, UIB), sobre la tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad, se considera que el estado de guerra en España se prolonga hasta el 5 de marzo de 1948; por lo tanto, son aplicables las leyes y usos de guerra tal como fueron interpretados por el Tribunal de Núremberg, es decir, crímenes de lesa humanidad.

Memoria histórica y democrática

Amnistía Internacional, ya en el 2006 consideraba inaceptable la Ley de amnistía como una ley de punto final. El Gobierno español se situaba en el último lugar en la defensa de los derechos humanos y Amnistía pedía una fiscalía especial y no esconder el nombre de los responsables de los crímenes.

En el año 2013, la ONU insta de nuevo a jueces y Gobierno español a cumplir su obligación de investigación de los desaparecidos. Por primera vez España se somete al examen del Comité de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas. La embajadora permanente española de Naciones Unidas, los días 5 y 6 de noviembre, presenta un informe al Comité de la ONU contra las desapariciones forzadas para la evaluación de la situación y el dictamen correspondiente. El Comité expresa la preocupación por el desamparo de las víctimas del franquismo y continúa instando al Gobierno español a cumplir la obligación de investigación de los desaparecidos durante la Guerra Civil y la dictadura. Pide al Gobierno español que asigne los recursos financieros y el personal técnico necesarios, en un momento en el que el Gobierno ha reducido a cero las partidas para la apertura de fosas. En el informe del Comité de Naciones Unidas también se pide a España que intensifique los esfuerzos para buscar a los niños/as robados y procurar que las muestras genéticas de todos los casos denunciados se integren en un banco de ADN nacional. Y pide que, no más allá del 15 de noviembre de 2014, España informe al Comité de las medidas adoptadas para atender las a recomendaciones más urgentes.

Los abogados del Estado argumentan la imposibilidad de investigar estas desapariciones por razón de la muerte de los responsables, de la prescripción del delito y de la Ley de amnistía. Ante estos argumentos, el Comité insiste porque los plazos de prescripción cuentan desde el momento en el que acaba la desaparición forzada, bien porque la persona aparece con vida o porque se encuentran sus restos o se restituye su identidad. Exhorta para que todas las desapariciones forzadas sean investigadas exhaustivamente e imparcialmente independientemente de cuando se hayan iniciado y para que se tomen las medidas necesarias de carácter legislativo o judicial para superar los obstáculos jurídicos de orden interno y particularmente la interpretación hecha de la Ley de amnistía.

En el año 2014, el relator especial de la ONU visita España para determinar la situación de las víctimas del franquismo. En las conclusiones de la visita expresa que el Estado español tiene que dejar sin efecto la Ley de amnistía, puesto que en España cumple las funciones de una ley de punto final porque se ha utilizado para archivar prácticamente la totalidad de los casos que han llegado a los jueces. De Greiff ha recordado que a los países donde no se han derogado las leyes de amnistía los tribunales han encontrado interpretaciones de estas normas para no impedir el procesamiento de los presuntos responsables, mientras que en España se recurre a ésta constantemente para impedir el acceso de las víctimas a la justicia. El relator ha confesado también una preocupación por la posición de la Fiscalía de la Audiencia Nacional para denegar la solicitud de extradición a Argentina de los dos presuntos torturadores franquistas José Antonio González Pacheco, Billy el Niño, y Jesús Muñecas Águila.²⁴

Cabe destacar todas estas actuaciones de la ONU en relación con los crímenes del franquismo y su extenso informe con las recomendaciones sucesivas durante estos últimos años desde el

24 *El País*, 3 de febrero de 2014.

Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción de la verdad, la justicia y reparación. En sus conclusiones y recomendaciones, entre otras, pide también asegurar la colaboración de la justicia española con los procedimientos judiciales en el exterior, colaborar con los países que están investigando y han solicitado extradiciones por acusaciones, como es el caso de Argentina, y tomar medidas contra el debilitamiento de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles. Por otro lado, la ONU insiste que más pronto o más tarde España tendrá que afrontar el problema.

6. Las apelaciones a la justicia argentina. La Querrela argentina

En el año 2010, las víctimas del franquismo apelaban a la justicia argentina, puesto que la Constitución argentina reconoce los principios de justicia universal. Una demanda planteó dos casos de asesinato durante la Guerra Civil. La demanda, que se presentó el 14 de abril de 2010, estaba firmada por dos descendientes de españoles que nunca abandonaron la idea de encontrar los restos de sus familiares y de traer ante la justicia a los responsables de los asesinatos. La jueza argentina María Servini de Cubria será quien abrirá el proceso de investigación de los crímenes del franquismo. Hace casi medio siglo que esta jueza argentina trabaja en el Palacio de Tribunales de Buenos Aires sobre los represores procesados desde que detuvo al almirante Massera. El 31 de marzo de 2011 Argentina remite al reino de España un exhorto para la investigación de los crímenes del franquismo y el Gobierno español, para que no avanzara la causa abierta, envió un documento de respuesta en el que notificaba que en España había numerosos procedimientos judiciales abiertos por los crímenes del franquismo cuando lo que se había hecho y todavía se continuaba haciendo era archivar todas las denuncias sucesivamente. Posteriormente se vetaron las declaraciones de las víctimas por videoconferencia.

Del 20 al 22 de abril de 2012 tiene lugar el I Congreso de Víctimas del Franquismo en Rivas-Vaciamadrid, organizado por la Federación Estatal de Foros por la Memoria. Es el primer congreso sobre esta temática y supone un nuevo impulso de vitalidad en el camino de la lucha por la verdad, la justicia y la reparación. Desde la Cátedra de Memoria Histórica del Siglo XX de la Universidad Complutense de Madrid, el codirector del Congreso, Julio Aróstegui, enfatizó que las reivindicaciones de las víctimas del franquismo no pertenecen al pasado. En este sentido, Estrella de Carlotto, presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo y referente mundial en la lucha contra la impunidad, destacó que lo que pasó hace cuarenta años, si no se resolvió, continúa presente. Fue un espacio de debate y reflexión sobre la situación de las víctimas desde diferentes ópticas. Se abordaron diversas reivindicaciones que el sistema político no ha atendido. El comité científico estuvo compuesto por historiadores, ensayistas, profesores, catedráticos, doctores en historia, destacados juristas y magistrados, con la colaboración de testimonios de represaliados políticos fusilados, luchadores por la democracia e hijos/as de las víctimas. El Congreso contó con la participación de numerosas asociaciones y foros por la memoria. Entre los participantes destacaron también Carlota Leret, hija de Virgilio Leret,²⁵ que posiblemente fue el primer fusilado en la Guerra Civil, y Nicolás Sánchez-Albornoz, en la su doble vertiente de víctima e historiador. También intervinieron Esteban Beltrán, director de

25 Virgilio Leret Ruiz fue un militar, aviador, ingeniero e inventor español que se mantuvo leal al Gobierno de la República durante la sublevación militar y fue posiblemente el primer oficial ejecutado por los sublevados.

Memoria histórica y democrática

Amnistía Internacional en España; el juez de la Audiencia Nacional Ramón Sáez; el diputado de Esquerra Republicana de Catalunya Joan Tardà, e historiadores relevantes, como Ángel Viñas y Francisco Espinosa.

El proceso a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura del general Franco en España se dirigirá también al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En España, las providencias, recursos, recusaciones y querellas se sucederán desde 2008 hasta 2009, 2010, 2011 y 2012, dirigidos a los tribunales, al Supremo y al Constitucional —dentro del ámbito estatal—, a los juzgados federales de Argentina y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En abril de 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechaza la primera demanda por las desapariciones y fosas del franquismo por considerarla fuera de plazo.

Durante el año 2012 también se abre otro frente judicial por los crímenes de la Guerra Civil española. Se admite un recurso presentado por la Asociación Altra Italia, que cuenta con acusaciones particulares a pilotos de la Aviazione Italiana, que bombardeó Barcelona entre 1937 y 1939, con una estimación de cinco mil muertos civiles. La Audiencia Provincial de Barcelona obliga a investigar los bombardeos.

En 2013, la justicia argentina reclamará a los cuatro expolicías reconocidos torturadores de los calabozos franquistas Antonio González Pacheco, conocido como Billy el Niño, Jesús Muñoz Aguilar, Celso Galván, escolta de Franco y del rey, y el excomisario José Ignacio Giralte González —en el caso de estos dos últimos encausados, ya habían fallecido—. La Fiscalía no considerará necesario detenerlos porque los amparaba la Ley de amnistía. Las 204 páginas redactadas por la jueza para pedir la detención de estos torturadores españoles acusados de crímenes contra la humanidad sitúan a España en el mismo lugar que Garzón puso a Chile en 1996.

En 2014 la jueza argentina dictará también una orden de detención con finalidad de extradición a Buenos Aires contra los exministros José Utrera Molina y Rodolfo Martín Villa y veinte cargos franquistas más. El Gobierno español maniobrará para eludir las órdenes de detención, avanzará argumentos para ignorar la petición de la Interpol para la extradición a Argentina. El ejecutivo central ya había promovido una reforma legal para la supresión del principio de justicia universal en la legislación española para restringir la persecución de delitos de lesa humanidad cometidos en otros lugares. Interpol España alegará ante la Secretaría General una resolución de este organismo en 2010, que afecta la cooperación sobre solicitudes relacionadas con los delitos de genocidio y crímenes de guerra. Se trata de la AG-2010-RES-10, según informa Europa Press. El acuerdo sobre la cooperación con las solicitudes presentadas por otros países miembros refiere que, una vez que la Secretaría General informa de la solicitud al país en cuestión, éste dispone de diez días para protestar contra esta solicitud. El ministro de Justicia, Rafael Catalá, ya se apresuró a vaticinar que la Audiencia Nacional denegaría la extradición a Argentina de la veintena de los cargos franquistas. Entonces, la policía española tampoco detendrá a estos cargos del franquismo reclamados por la justicia argentina. Cuando la ONU pedirá al Estado español la colaboración con la justicia argentina, el Tribunal Supremo y el Parlamento se opondrán.

Cuando el caso de Pinochet, Chile también tomó medidas para impedirlo y se pusieron obstáculos para la colaboración con la justicia española. Chile acabó finalmente derogando las leyes de amnistía. Cuando España pidió la extradición por delitos cometidos en función del

Memoria histórica y democrática

principio de justicia universal, los jueces se encontraron con la disyuntiva que los juzgara una jurisdicción extranjera o juzgarlos en su país. Se decantaron por la segunda opción y derogaron las leyes. Ahora, la fiscalía de Argentina considera que en nuestro país la Ley de amnistía ampara a los torturadores españoles que reclama.

Algunos juristas consideran que la Ley de amnistía no afecta a los crímenes de lesa humanidad sino a los de intencionalidad política. El Tribunal Supremo interpreta que esta ley está vigente y no considera a los crímenes de lesa humanidad como imprescriptibles. El Parlamento se pronuncia y dice que la Ley de amnistía no se toca. LA ONU insiste en la obligación que tiene el Estado español de investigar.

Finalmente, nos encontramos que después de toda esta trayectoria una jueza de Soria abrió una causa durante el año 2015 por diez fusilamientos en la localidad de Bárcenas en agosto de 1936, por aquellas fechas 550 personas más fueron ejecutadas en aquellos lugares en un contexto similar. Esta es la primera causa abierta en España después de la suspensión del juez Garzón y la sentencia que estableció jurisprudencia cerrando la vía judicial.

7. Consideraciones sobre las políticas de memoria

El recorrido histórico desde la promulgación de la Ley de memoria nos muestra qué han sido las políticas de memoria desarrolladas a lo largo de los años. La ley a penas se ha desarrollado y durante los gobiernos del Partido Popular se incumplirá de manera flagrante. Han sido los movimientos de memoria histórica los grandes impulsores de las políticas de memoria. Sin estos habrían sido difíciles, más bien impensables, las acciones de los gobiernos. Algunos de estos han trabajado como equipos multidisciplinares con la práctica de un voluntarismo social mediante la actuación interprofesional de sus miembros. Son ellos los que más allá de sus investigaciones académicas han contactado directamente con la sociedad, han informado, concienciado y ayudado a las víctimas y las han apoyado, asesoramiento histórico, jurídico, económico y psicológico. El camino para la normalización de la memoria histórica democrática ha nacido de abajo hacia arriba puesto que ha sido un sector de la ciudadanía representante de las personas que perdieron la vida y sufrieron la represión el que ha comenzado esta tarea de recuperación y de reparación al llegar un momento histórico después de casi setenta años de la Guerra Civil. Cabe mencionar el apoyo puntual o la iniciativa de algún partido político o instituciones, entre las que, en el País Valenciano, hay que destacar la creación en 2007 de la Comisión de la Verdad, integrada por diversas entidades y personas relevantes, con dos ejes de trabajo: la investigación histórica y un foro jurídico. Un proyecto de estudio sobre la represión del franquismo, la legislación represiva, la vida penitenciaria y las fosas comunes, y que ha desarrollado encuentros de investigadores y publicaciones de estudiosos sobre los temas.

Las comisiones de la verdad tienen un antecedente en la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, un organismo oficial creado por el gobierno de Sudáfrica durante los años noventa cuando, finalizado el régimen del apartheid, se quería una justicia de restauración.

La situación dominante —desde el año 2007, cuando se promulgó la Ley de memoria histórica— ha sido de escasez de políticas de memoria, cuando no de ausencia. Se han ido presentado denuncias referidas al enaltecimiento y conservación de la simbología fascista y algunas, no todas, han prosperado sin que la ley se haya cumplido siempre, sino obviada en muchas

Memoria histórica y democrática

ocasiones. En cuanto a las subvenciones estatales, fueron recortadas. En 2008, Mariano Rajoy avanzaba en una entrevista que eliminaría todos los artículos de la Ley de memoria histórica que hablan de dinero público para recuperar el pasado «y no daría ni un euro público para recuperar el pasado», una promesa que después cumplió dejándola sin fondos económicos, en una situación, de facto, de derogación. En los presupuestos de 2012 redujo la aportación económica en un sesenta por ciento exclusivamente para la apertura de fosas, y en 2013 y 2014 la aportación se redujo a cero. Sin embargo, se han llevado a cabo especialmente durante los últimos años proyectos y trabajos de exhumación impulsados por los grupos de memoria histórica, familiares y particulares con diversas fuentes de financiación.

Las iniciativas autonómicas han sido las respuestas institucionales más destacadas conseguidas mediante la acción social mencionada de los movimientos de memoria histórica y el apoyo de algunos grupos políticos. El País Valenciano cuenta con la creación de la Dirección General de Reformas Democráticas, el anteproyecto de ley de la memoria histórica, todo ello para llevar a cabo las políticas de memoria histórica democrática en nuestro país. Sin embargo, es necesario que el Estado central asuma una acción democrática actuando de oficio tanto en el tema de las fosas comunes y la expulsión de los consejos sumarísimos de guerra del ordenamiento jurídico, como en la creación de una comisión de la verdad con la participación de los poderes estatales, legislativo, judicial y ejecutivo para cumplir los principios de verdad, justicia y reparación de la memoria histórica. Esta comisión tendría que disponer de un organismo facultado para el contacto con las víctimas y, además, de inmersión social. El ámbito de competencias sería la retirada de los símbolos franquistas, la recuperación de las fuentes documentales y el acceso a todos los archivos históricos, la atención a las personas represaliadas durante la Guerra Civil y el franquismo, las ayudas económicas a los presos políticos, el asesoramiento histórico y jurídico, la investigación de datos de los desaparecidos, la señalización y excavación de las fosas comunes, la recuperación e identificación de restos humanos de las personas desaparecidas en aquellos tiempos históricos.

Los últimos cambios políticos en los gobiernos autonómicos han abierto las posibilidades en el desarrollo de las políticas de memoria. Este hecho ha permitido desarrollar en el ámbito autonómico —a pesar de las políticas del Gobierno central— un despliegue de actuaciones en los diversos ámbitos de la memoria histórica, si bien aún el camino es largo y muchas de estas políticas dependen del Gobierno central. Las áreas más impulsadas por los gobiernos autonómicos han sido la catalogación de los vestigios franquistas, los proyectos de exhumaciones, la investigación histórica y las publicaciones sobre la represión del franquismo.

8. Conclusiones

El análisis de la situación nos pone de manifiesto cual es la situación de la recuperación de la memoria histórica en el Estado español. Una política de trabas cuando no de hechos consumados. Dado que el Estado contraviene el derecho internacional con un derecho interno adaptado a valoraciones políticas, la independencia del poder judicial parece hipotecada y, además, se contravienen pactos firmados de carácter internacional. Un estado de derecho tendría que mantener la independencia de los tres poderes que lo constituyen: legislativo, judicial y ejecutivo.

Memoria histórica y democrática

Se intenta con un fuerte empuje consolidar la impunidad de los crímenes del franquismo y la justicia está bloqueada ante unas posturas políticas reticentes. Hay unos intereses manifiestamente negativos por una normalización democrática en este ámbito cuando, además, España es un país lleno de fosas. La llamada memoria histórica es un tema, en primer lugar, de justicia, como hace patente el organismo de la Dirección General de Reformas Democráticas de la Generalitat Valenciana, dependiente de la Conselleria de Justicia. La acción de la justicia parte de la verdad y conduce a la reparación.

Por otro lado, ante esta impunidad hay una lucha fuerte y constante por parte de las víctimas, familiares y asociaciones de memoria que hace años que han iniciado un recorrido por la defensa de los derechos humanos y la restitución de la dignidad de miles de personas que perdieron la vida y después les aplastaron su memoria. Esta lucha nos lleva a conseguir la toma de conciencia de las instituciones democráticas representantes nuestros. Si se ha tenido que recurrir a la justicia argentina —como Chile en su momento recurrió a la española con el caso de Pinochet— ha sido consecuencia del agotamiento de vías dentro del Estado español, tal y como se ha expuesto. El apoyo a esta querrela argentina desde las instituciones democráticas es capital para que finalmente sea la justicia española la que normalice la situación y actúe en consecuencia. Por este motivo, desde los ayuntamientos y parlamentos autonómicos se pide el apoyo a la querrela de las víctimas. Con este propósito, por el momento más de cien ayuntamientos se han adherido a esta querrela, así como varios parlamentos autonómicos, como el caso de Asturias, Cataluña, Andalucía y el País Vasco. Igualmente, organizaciones sindicales y asociaciones de memoria histórica se han personado como nuevos querellantes.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Grup per la Investigació de la Memòria Històrica de Castelló ha instado a la corporación municipal del Ayuntamiento de Castellón a presentar y aprobar una proposición de adhesión a la querrela argentina del Juzgado Nacional Criminal y Correccional Federal número 1 de Buenos Aires 4591/2010, para la investigación de los crímenes y de las torturas del franquismo cometidos durante todo el periodo de la dictadura. Se adjunta a la proposición una relación nominal de víctimas con la fecha y el tipo de delito que sufrieron. Además, se pide también información y apoyo a las personas que quieran presentar denuncias particulares, y plantea la viabilidad de denuncias de los crímenes cuando haya vía jurídica.

Cabe recordar que la Fiscalía General del Estado español, en septiembre de 2016, cursó una instrucción a los fiscales para conseguir que los juzgados españoles paralicen cualquier requerimiento de la jueza argentina María Servini. El verano pasado llegaron al Ministerio de Justicia los exhortos para tomar declaración en los juzgados españoles a los cargos franquistas y policías torturadores, a los que la justicia española denegó la extradición. Al mismo tiempo, la jueza solicitó que se tomara declaración a los imputados y a las diferentes víctimas denunciadas para que ampliaran los testimonios. Este proceso permitiría avanzar en la investigación, pero la Fiscalía General del Estado lo está paralizando mediante la instrucción, decisión que cierra el paso para que las solicitudes de la justicia argentina sean atendidas por la justicia española.

Estas actuaciones evidencian la necesidad de un poder judicial independiente del poder político del Gobierno, como corresponde en un estado de derecho. La iniciativa de los gobiernos municipales ha abierto una vía en defensa de la salud democrática, tal y como se abordó en la reunión celebrada el 26 de octubre por los gobiernos municipales de Pamplona, Vitoria,

Memoria histórica y democrática

Zaragoza, Barcelona, La Coruña, Cádiz y Rivas, los cuales son líderes en la presentación de querellas a los juzgados de las respectivas ciudades en el largo camino contra la impunidad del franquismo. La sociedad civil e instituciones trabajan y se constituyen plataformas. La Coordinadora Estatal de Apoyo a la Querella Argentina contra los crímenes del franquismo (CEAQUA) canaliza las movilizaciones desde el año 2012. Tiene el apoyo del País Vasco, Cataluña, Andalucía y la Cámara de diputados de Argentina. Des de entonces, miles de personas se han adherido a la querella y se han interpuesto centenares de denuncias que se han incorporado a la investigación. Así, a pesar del boicot activo de la judicatura española y la negativa a facilitar declaraciones o extradiciones a los torturadores reclamados por la justicia argentina, el apoyo social e institucional vive un momento de crecimiento exponencial.²⁶ Miles de personas particulares, instituciones, sindicatos y asociaciones se han adherido a la querella 4591/2010. Hay una red de ciudades por la memoria.

En octubre del 2015 se creó Plataforma Valenciana de Adhesión a la Querella Argentina con el objetivo de visibilizar los crímenes del franquismo y de coordinar el apoyo y las adhesiones, así como movilizar a la sociedad. La Plataforma recoge diferentes movimientos de memoria histórica y colectivos, ONG, sindicatos y partidos políticos —Amnistía Internacional, Compromís, Podemos, Esquerra Unida, Comisiones Obreras y PSPV— y diferentes personas a título individual. La Plataforma Valenciana informa que llegó a los tribunales un exhorto en el mes de septiembre para tomar declaración al policía franquista Benjamín Solsona, denunciado por diferentes víctimas torturadas en las dependencias policiales durante los años setenta en Valencia. Este exhorto se ha paralizado, porque se ha devuelto por el Juzgado número 10 de Valencia al Ministerio de Justicia de Buenos Aires.

Durante el presente año 2017 se ha constituido en España la Plataforma Comisión de la Verdad como una iniciativa y participación de personas y asociaciones relevantes de los diversos ámbitos del mundo de la cultura. Si bien es importante la significación de estos movimientos por el carácter simbólico que tiene, hace falta una acción que hasta ahora han realizado los movimientos de memoria histórica. La democracia no puede estar hipotecada por la dictadura, por unos principios y unos valores de orden franquista que pasaron a ser valores presuntamente democráticos. Desgraciadamente, esta ausencia de justicia de transición tiene consecuencias manifiestas y ha marcado una importante falta en el desarrollo democrático y la capacidad actual de gestión política del Estado.

26 Diario *La Veu*, 17 de abril de 2017.

9. Bibliografía

- Amnistía Internacional. «La ley sobre víctimas de la guerra civil y el franquismo no salda la deuda pendiente», <<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/la-ley-sobre-victimas-de-la-guerra-civil-y-el-franquismo-aunque-mejora-no-salda-la-deuda-pendiente/>>, 2007.
- Baquero, J. M. «Equipo Nizkor: la ley de amnistía fue «una traición a las víctimas del franquismo», <http://www.eldiario.es/andalucia/equipo-nizkor-ley-memoria-franquista_0_301320366.html>, eldiario.es, 2014.
- Barcala, D. «Las víctimas del franquismo acudirán el próximo miércoles a los juzgados federales de Argentina a presentar una querrela por el genocidio que el general Franco cometió en España entre 1936 y 1977», <<http://polemistas.foroactivo.com/t13p125-franco-franquismo-guerra-civil-dictadura-y-represion-memoria-historica>>, 2010.
- Baylos, A. «Movilizaciones contra la impunidad del franquismo», <<http://www.nuevatribuna.es/opinion/antonio-baylos/movilizaciones-contra-la-impunidad-del-franquismo/20101028133018040701.html>>, 2010.
- Caballero, I. «Los jueces presionados por el Tribunal Supremo archivan las denuncias...», <<https://lamemoriaviva.wordpress.com/2010/04/26/los-jueces-presionados-por-el-tribunal-supremo-archivan-las-denuncias/>>, 2010.
- Coordinadora Estatal de Apoyo a la Querrela Argentina (CEAQUA). «Comunicado de Ceaqua ante la tramitación de los exhortos indagatorios», <<http://www.ceaqua.org/comunicado-de-ceaqua-ante-la-tramitacion-de-los-exhortos-indagatorios/>>, 2016.
- Chinchón, J. El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el derecho internacional, Bilbao, Universidad de Deusto, 2012.
- Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, Viena, 1993.
- «Documentación prensa Baltasar Garzón investigación crímenes del franquismo», <<http://baltasargarzon.org/wp-content/uploads/2014/06/Documentaci%C3%B3n-prensa-del-Accte-2008.pdf>>, 2014.
- Digón, R. «Les polítiques públiques de memòria en els debats del Parlament de Catalunya (1980-2015)», *Activitat Parlamentària*, nº. 29, 2016.
- Elorza, A. «Justicia ciega», *El País*, 30 de mayo de 2009.
- Gabarda, V. *Els afusellaments al País Valencià (1938-1956)*, València, Universitat de València, 2011.
- Galiana, V. «La querrela argentina contra la impunitat franquista rep el suport de les institucions», *Diari La Veu*, 17 de abril de 2017.
- «Informe sobre la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 27 de febrero de 2012, por la que se absuelve a Baltasar Garzón por la investigación de los crímenes del franquismo», <<https://es.scribd.com/document/92139683/Informe-Sentencia-27-Febrero-2012>>, Federación Estatal de Foros por la Memoria, 2012.

Memoria histórica y democrática

- «La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas», Informe del Equipo Nizkor, <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/impu>>, 14 de abril de 2004.
- Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la cual se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes sufrieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, BOE 310, de 27 de diciembre de 2007.
- López, P. *Crímenes del franquismo y justicia transicional*, Universidad Complutense, Madrid, 2014.
- López, S. «Conde-Pumpido ha ordenado a los fiscales de los juzgados territoriales que eviten las denuncias relativas a los republicanos desaparecidos y sus fosas comunes», entrevista a Floren Dimas, <<http://www.memoriayrepunoblica.org/?p=2529>>, 2011.
- Memoria de la obra de la redención de penas 1944*, Patronato Central Nuestra Señora de la Merced.
- Miñarro, A., y Morandi, T. *Trauma i transmissió*, Barcelona, Xoroi Edicions, 2012.
- Peris M. I. *Històries de vida al Castelló de la guerra i la postguerra*, Castellón, Universitat Jaume I, 2012.
- Porcar, J. L. *Un país en gris i negre*, Castelló, Universitat Jaume I, 2013.
- Regàs, R. «El olvido es un insulto a la dignidad colectiva», acto de solidaridad con Baltasar Garzón, paraninfo de la Universitat de Barcelona, <<http://www.sinpermiso.info/textos/el-olvido-es-un-insulto-a-la-dignidad-colectiva>>, 2010.
- Rusiñol, P. «La ONU amonestó tres veces a España por la Ley de Amnistía», <<http://www.publico.es/actualidad/onu-amonesto-tres-veces-espana.html>>, Público, 19 de abril de 2010.
- «Sobre el juicio contra el juez Baltasar Garzón: la aplicación del derecho internacional a los crímenes de la Guerra Civil española y el Franquismo no constituye prevaricación», Rights International Spain, 19 de enero de 2012.
- Sumario Procedimiento Ordinario 53/ 2008 E, Juzgado Central de Instrucción número 5, Audiencia Nacional, Madrid.
- «Verdad, justicia y reparación para las víctimas del franquismo», I Congreso de Víctimas del Franquismo, Rivas-Vaciamadrid, 2012.
- Villan, C., y Faleh, C. «Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº. 16, 2008.
- Viñas, Á. «El miedo al conocimiento histórico», *El País*, 5 de septiembre de 2008.

LA CAUSA GENERAL Y LAS VÍCTIMAS: LOS PROBLEMAS DE UNA FUENTE IMPRESCINDIBLE¹

José Miguel Santacreu Soler²

RESUMEN: El artículo presenta a los investigadores los documentos de la Causa General iniciada por el gobierno de Franco contra los españoles republicanos. El propósito de este artículo es hacer posible el uso crítico de los documentos y evitar su maniqueísmo característico. Además, el artículo orienta al investigador para que no se pierda en las confusas y complicadas instrucciones que se encuentran en el sitio web PARES.

PALABRAS CLAVE: Causa General, víctimas del franquismo, franquismo, víctimas Guerra civil, documentos de la represión franquista, PARES.

ABSTRACT: This article shows to investigators the documents of the Causa General started by Franco's government against the Spanish republicans. The purpose of this article is to make possible the critical use of the documents and avoid its characteristic manicheism. What is more, this article guides the investigators in order to not get lost in the confusing and complicated instructions found in the website PARES.

KEYWORDS: Causa General, francoism victims, francoism, civil war victims, francoist repression documents – PARES

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Los orígenes de la Causa General.- 3. El acceso a los papeles de la Causa General.- 4. Las características de los papeles de la Causa General.- 5. Los problemas relativos al acceso para consultar los documentos de la Causa General y las soluciones posibles.- 6. La necesidad de trabajar críticamente los papeles de la Causa General para superar el maniqueísmo.- 7. Conclusión.- 8. Selección de bibliografía sobre la Causa General.- 9. Webgrafía.

1. Introducción

La finalidad del artículo es presentar los papeles de la Causa General a los investigadores para estudiar las víctimas de la guerra civil y del franquismo, explicar su utilidad, hacer unas reflexiones y describir los problemas que tuve la primera vez que la consulté en la década de 1980 y los problemas actuales que he tenido y que tendrán los que la consulten en el siglo XXI, tanto para el acceso a la documentación como para el uso de la información y para evitar el maniqueísmo que la caracteriza.

1 Original del artículo en valenciano

2 José Miguel Santacreu Soler es catedrático de Historia Contemporánea en la Universidad de Alicante, Premio de las Cortes Valencianas a la Investigación Parlamentaria (2004), Premio a la Excelencia Docente en la Universidad de Alicante (2015), director del grupo de búsqueda España Contemporánea y director de la Cátedra Interuniversitaria de Memoria Democrática de la Comunidad Valenciana en 2017.

Con las líneas siguientes quiero ayudar a los investigadores o, al menos, darles unas orientaciones personales sobre como yo he intentado superar los problemas y qué habría que hacer para que desaparezcan definitivamente. Lo primero, antes de entrar en materia, será presentar la fuente, explicar como y por qué nació, cuál era su finalidad. En segundo lugar, veremos cuando la tuviéramos al alcance los historiadores profesionales y como se accede actualmente a los papeles de la Causa General. Acto seguido, hablaremos de las características de los papeles de la Causa General. Finalmente, nos ocuparemos de los problemas y de las posibles soluciones. Por un lado, los problemas relativos al acceso para consultar los documentos de la Causa General, y por otro, la necesidad de trabajarlos críticamente para superar la finalidad con la que se creó la Causa General y hacer justicia a las víctimas, librar la fuente del maniqueísmo.

2. Los orígenes de la Causa General

La Causa General fue instruida a partir del decreto del Ministerio de Justicia del 26 de abril de 1940 (*Boletín Oficial del Estado* del 4 de mayo de 1940). El decreto le dio poderes al fiscal del Tribunal Supremo para instruir la «Causa General informativa de los hechos delictivos y otros aspectos de la vida en zona roja desde el 18 de julio de 1936 hasta la liberación», según las palabras textuales del decreto.

En 1943, el Gobierno creó el cargo de fiscal jefe de la Causa General vigente hasta 1958, en que la Causa General volvió a manos de los poderes del fiscal del Tribunal Supremo. Hay papeles incorporados a las piezas de la Causa General de las provincias valencianas hasta el 31 de diciembre de 1976.

En teoría, la instrucción de los informes empezó a partir de mayo de 1940; pero el artículo 4 del decreto del 26 de abril de 1940, regula que debía ser entregada al fiscal del Tribunal Supremo toda la documentación de las actuaciones de la Causa General Militar, iniciada por la orden de 26 de septiembre de 1936, la cual dispuso que las autoridades militares instruyeran en las plazas ocupadas información sobre cada jefe u oficial fusilado por los «marxistas» con la finalidad de averiguar la actuación de cada uno en relación con el “Movimiento Nacional”, decía textualmente la orden para referirse a la rebelión militar de julio de 1936. Se incorporarán tanto las concluidas como las que estaban en tramitación. Por tanto, esta documentación anterior a mayo de 1940 también forma parte de los papeles de la Causa General de la provincia correspondiente ocupada por los franquistas antes de acabada la guerra, porque los fiscales instructores la solicitaron en la Auditoría de Guerra del ejército de ocupación correspondiente.

En el caso de Castellón, el procedimiento de la Causa General Militar fue publicado por el juez instructor el 20 de septiembre de 1938 en el periódico Mediterráneo, es decir, fue instruida a partir de septiembre de 1938, después de la ocupación militar de la mayoría de los pueblos de la provincia de Castellón entre abril y julio de 1938.

La Causa General no hubiese sido posible sin la Guerra Civil ni la victoria armada de los militares sublevados contra la Segunda República Española. La guerra empezó el verano de 1936 con una frontera imprecisa y cambiante. En la zona no controlada por los rebeldes, la violencia política y la represión se produjo como consecuencia de la revuelta militar, para combatirla,

Memoria histórica y democrática

y también con una motivación revolucionaria social. En la zona que controlaban los militares rebeldes, la violencia y la represión fue consustancial contra los defensores del Frente Popular y contra cualquiera que se opusiese a la rebelión militar y a la ideología dominante. Las tres provincias del País Valenciano quedaron en la zona republicana en un primer momento, hasta que las tropas rebeldes llegaron a Vinaròs en abril de 1938 y ocuparon casi toda la provincia de Castellón durante la primavera y el verano del mismo 1938.

3. El acceso a los papeles de la Causa General

Los historiadores tuvimos a nuestro alcance los papeles de la Causa General como documentación de tipo histórico a partir del 31 de julio de 1980, cuando Javier Tusell, director general del Patrimonio Artístico, Archivos y Museos, y Juan Manuel Fanjul, fiscal general del Estado, firmaron el acta de entrega para depositarlos en el Archivo Histórico Nacional. Según el diario *El País* del 25 de septiembre de 1980, el traslado se hizo el mismo mes de septiembre y los historiadores tuvimos la posibilidad de acceder, previa autorización por escrito del fiscal general del Estado. Yo la obtuve el año 1985. La documentación me resultó de utilidad para mi tesis doctoral sobre la economía de la Guerra Civil en la provincia de Alicante, a causa de la riqueza en declaraciones, informes y documentos de época incorporados a las piezas 8 y 9 de los informes provinciales.³

Hoy, los documentos han estado sometidos a los procesos técnicos necesarios para su inclusión —las fichas descriptivas y las imágenes digitalizadas— en el programa el Portal de Archivos Españoles (PARES), iniciados en 2008 y el Centro Documental de la Memoria Histórica de Salamanca custodia los originales, después de haberse trasladado provenientes del Archivo Histórico Nacional, en cumplimiento de la ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes sufrieron persecución o violencia durante la Guerra civil y la dictadura.

El 11 de abril de 2011 la web del Ministerio⁴ informó a todos los investigadores y ciudadanos en general que la documentación del Archivo Histórico Nacional (Madrid) perteneciente a la denominada «Causa General», incluida dentro del Fondo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, había sido trasladada y depositada para su preservación y difusión en el Centro Documental de la Memoria Histórica (Salamanca). Desde entonces, los interesados en realizar una consulta de los documentos originales o a obtener copias certificadas de los mismos deben dirigirse al Centro Documental de la Memoria Histórica.

Las fichas descriptivas y las imágenes digitalizadas se pueden consultar en PARES: <http://se/mcu.es>. La consulta de la documentación de las provincias de Alicante, Castellón y Valencia

3 El profesor a la Universidad de Alicante Glicerio Sánchez Recio, cuando yo era becario del Ministerio (FPI), me propuso hacer un artículo conjuntamente con la finalidad de dar a conocer la riqueza y las posibilidades de la información contenida en las piezas de la Causa General. Este fue el origen del artículo titulado “La Causa General, fuente para el estudio de la rebelión y de la guerra civil” publicado en la revista del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CESIC) *Arbor* número 491-492 de noviembre-diciembre de 1986, el cual fue un trabajo pionero para dar a conocer la fuente a los historiadores. Desde el punto de vista jurídico, la Causa General ya había sido publicitada con libros como el de Domingo Manfredi (1959) o Remedios Muñoz (1967) y por el libro maniqueístico de Daniel Farfolas (1978), pero para los historiadores la fuente era muy nueva, porque no habíamos podido acceder hasta la década de 1980.

4 “Traslado de la Causa General al Centro Documental de la Memoria Histórica” 5 de abril de 2011, en <<http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/archivos/novedades/traslado-del-fondo-documental-de-la-causa-general.html>> [consulta 02/11/2016]

Memoria histórica y democrática

será imprescindible por lo que respecta a los objetivos de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas establecidos en la “I Jornada de memoria histórica y democrática en la Comunidad Valenciana: Situación de las fuentes documentales y censos de víctimas», organizadas a través de la Dirección General de Reformas Democráticas, es decir, conocer el estado actual de las distintas fuentes documentales de la memoria histórica y democrática valenciana, concretar la problemática detectada para la elaboración de los distintos censos de víctimas previstos en el anteproyecto de Ley de Memoria Democrática y para la Convivencia de la Comunidad Valenciana de 2016.

4. Las características de los papeles de la Causa General

La finalidad de la Causa General fue informativa. Generó informes y memorias, declaraciones y testigos, narraciones de los hechos y listas de nombres. La parte más voluminosa que informa sobre la represión de la población civil es la de los informes de las provincias. El Tribunal Supremo tramitó órdenes a todos los fiscales provinciales para que se rellenaran los cuestionarios recibidos y se hicieran los interrogatorios. Los interrogatorios, a menudo, sirvieron para conocer hechos que no se pedían en los cuestionarios enviados por el fiscal del Tribunal Supremo o para conocer mejor lo que sí que pedían. Los informes de las provincias del País Valenciano ocupaban 42 cajas en 1986 cuando hice mi primer registro como refleja el cuadro 1, con 3 cajas de los informes provinciales de Alicante, 10 de Castellón y 29 de Valencia.

Valle de Arán	
Gerona	
Lérida	1
Barcelona	12
Tarragona	32
Castellón	176
Valencia	15
Alicante	10
Islas Baleares	29
-----	3
TOTAL DE LOS PAÍSES CATALANES:	2

TOTAL DE CAJAS DEL RESTO DE ESPAÑA:	280
	252

Fuente: Elaboración propia en 1986.

La información provincial de la Causa General se estructuró en 11 piezas / capítulos:

La pieza primera era la principal y es la más útil para la elaboración de los distintos censos de víctimas previstos en la Ley de Memoria Democrática y para la Convivencia de la Comunidad Valenciana. Hay una relación de los hechos contra la vida, la seguridad y la libertad de las personas durante la guerra pueblo a pueblo, con el nombre de los autores o sospechosos y la situación en que se encontraban los sospechosos en el momento de los informes y los

Memoria histórica y democrática

interrogatorios; también consta el nombre de los muertos y de quienes habían sufrido los hechos. En las investigaciones para elaborar esta pieza participaron los gobernadores civiles, los alcaldes de los pueblos, los familiares de los desaparecidos o muertos durante la guerra, los perjudicados por los delitos contra las personas, las propiedades o delitos de cualquier clase, y todos los que tenían cualquier noticia de lo que había pasado. Incluso, se exhumaron los cadáveres y se aportaron fotografías de los muertos. Se puede decir que nadie se libró de participar en esta pieza, tanto si era inculpado, víctima, informante, testigo o familiar de la víctima.

La pieza segunda estaba dedicada al llamado textualmente “Alzamiento Nacional”, es decir, a la rebelión militar. En esta pieza hay informes sobre la trama de la rebelión y de los protagonistas, así como de la represión que sufrieron y una narración de las actividades de los republicanos en contra del Alzamiento Nacional. Hay, incluso, informes de las personas republicanas más destacadas de la provincia y de los pueblos donde hubo cualquier movimiento. Los informes de esta pieza los confeccionó el Servicio Histórico Militar, la policía, la Falange y los Ayuntamientos principalmente. También es útil para la elaboración de los censos de víctimas previstos en el anteproyecto de Ley de Memoria Democrática y para la convivencia de la Comunidad Valenciana.

Las tres piezas siguientes se ocupaban de informar sobre la violencia política y la represión, motivo por el que también son muy útiles.

La pieza tercera estaba dedicada a las prisiones y las sacas. Consiste en unas relaciones de los detenidos y de los muertos en cumplimiento de sentencias de tribunales revolucionarios o los asesinatos por actuaciones de los revolucionarios. La información estuvo proporcionada por los directores de las prisiones y se incluía el nombre y una descripción del personal de la prisión de entonces, así como una narración de lo que hicieron.

La pieza cuarta se ocupaba de las checas. Hay informes elaborados por la Guardia Civil sobre los hechos ocurridos en las prisiones de los partidos políticos y de las organizaciones revolucionarias. Los informes prestan mucha atención a las personas más destacadas de los partidos del Frente Popular y a los componentes de los grupos de ejecución.

La pieza quinta era la de la justicia republicana. Se ocupa de la constitución y actuación de los Tribunales Populares Especiales de la Rebelión, de Guardia y de Urgencia, y de la depuración y de la represión de los funcionarios de justicia durante la guerra en la zona republicana. La pieza se basa en la documentación judicial procedente de los Tribunales Populares y, juntamente a las causas judiciales, sentencia y ejecución de las penas impuestas, se ocupa de los funcionarios que formaron los tribunales y trabajaron en los casos.

La pieza sexta estaba dedicada a la prensa. Informa sobre los periódicos que había en cada provincia durante la guerra y sobre los consejos de redacción. En muchos casos son crónicas de la prensa provincial que ofrecen información sobre los antecedentes, la evolución de la prensa, de las personas implicadas, de las empresas y de los daños sufridos. También hay declaraciones de trabajadores de los periódicos y, incluso, información sobre los artículos, las caricaturas y los dibujos publicados en la prensa que incitaban a la destrucción del orden.

La pieza séptima era la de la actuación de las autoridades gubernativas republicanas. Hay información sobre las autoridades que había en los municipios y en las provincias y sobre

Memoria histórica y democrática

todo el personal que el autor de la pieza consideraba conveniente. Se describen los hechos ocurridos bajo el gobierno de cada una de las autoridades y se ampliaba la información tanto como era preciso. La pieza presta una atención muy especial a los gobernadores civiles y a su actuación en los primeros meses de la guerra.

La pieza octava se ocupaba de los delitos contra la propiedad y **la novena**, de la banca. La primera la hicieron las Comisiones Administradoras de las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria. Informa sobre las expropiaciones, las socializaciones y las colectivizaciones de empresas, las organizaciones y los responsables de las orientaciones revolucionarias, y los daños producidos. La segunda fue responsabilidad de los mismos bancos y se ocupa del bloqueo y de las retenciones de dinero en las cuentas bancarias, la violación de las cajas fuertes y la emisión de dinero por orden de autoridades republicanas o por la actuación de las organizaciones revolucionarias.

La pieza decima se encargaba de la persecución religiosa. Incluye una relación de las personas asesinadas a causa de su fe católica. Hay listas y fotografías de sacerdotes, religiosos y laicos, de Acción Católica o de otras organizaciones, asesinados. Incluye indagaciones y declaraciones sobre los asesinos y los responsables. También aporta información sobre las violaciones, los robos y destrucciones de las propiedades de la Iglesia y sobre los responsables de los hechos.

La pieza undécima estaba dedicada a la Cultura, la Educación y el Patrimonio Artístico. Hay información sobre el funcionamiento de las instituciones culturales, de las escuelas, de los funcionarios que trabajaban en ellas, de las actividades de los alumnos, etc. También recoge los informes de la Comisaría del Servicio de Defensa del Patrimonio Artístico Nacional sobre robos o destrucción de objetos de arte, bibliotecas, archivos, etc.

En el caso de Castellón hay una **pieza adicional** correspondiente al procedimiento de la Causa General Militar instruida a partir de septiembre de 1938, después de la ocupación militar de la mayoría de los pueblos de la provincia.

5. Los problemas relativos al acceso para consultar los documentos de la Causa General y las soluciones posibles

El primer problema que superé para consultar los papeles de la Causa General en 1985 fue la necesidad de la autorización por escrito del fiscal general del Estado. Hoy ya no es necesaria, afortunadamente, porque la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes sufrieran persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, regula su acceso libre. Se trata de un problema ya inexistente; pero que en el pasado sufrimos los becarios que empezábamos nuestras investigaciones sobre la guerra y la posguerra poco después de la muerte de Franco y de la desaparición de su régimen totalitario.

El segundo problema **eran los gastos para vivir en Madrid si querías consultarla. En 1985 era** necesario desplazarse a Madrid para consultarla con muchas restricciones, una vez conseguida la autorización. Hoy ya no hace falta desplazarse ni alquilar habitaciones de hotel. Se puede consultar desde casa. Desde 2008 se puede acceder a las fichas descriptivas y a las imágenes tomadas de forma abierta y progresiva en el Portal de Archivos Españoles (PARES). No hace

Memoria histórica y democrática

falta ir a Salamanca, donde el Centro Documental de la Memoria Histórica de Salamanca custodia los originales, después del traslado iniciado en abril de 2011.

No obstante, si quieres consultar los originales en papel directamente, como hacíamos antes, debes viajar a Salamanca y vivir allí unos días; pero si los papeles que necesitas están digitalizados, no hace falta viajar, porque los puedes consultar en línea desde tu ordenador personal. Por tanto, los gastos ya no suponen un problema, como era antes.

El tercer problema, estrictamente actual, es la dificultad que presenta la consulta de las fichas descriptivas y de las imágenes digitalizadas en el portal PARES: <http://pares.mcu.es/>, porque la búsqueda es complicada y confusa.

Tampoco puedes saber si están digitalizados todos los papeles que hay en la pieza correspondiente que quieres consultar.

El problema es responsabilidad de los poderes públicos, los cuales deberían revisar el acceso a estos recursos. Habría que mejorarlo y diseñar un tipo de búsqueda más sencillo para los usuarios que el actual. A continuación explicaré los tipos de búsqueda y como superar los obstáculos.

Las dos posibilidades más habituales de consulta son por municipios o por personas. Por municipios es más sencillo que por personas, porque en el segundo caso es necesario conocer previamente el nombre y los apellidos de la persona objeto de la búsqueda y puede no estar incorporada a los buscadores a pesar de figurar en los documentos, motivo por el cual no la encontrarás. Mencionaré un ejemplo muy aclaratorio:

Primero haremos la consulta de un municipio que, como la jornada es en Castellón, será Castellón de la Plana:

1. Entramos en el portal <http://pares.mcu.es/>.
2. Ponemos el cursor en búsqueda sencilla y hacemos clic.
3. La web nos pide que escribamos un término que buscar: Escribimos Castellón de la Plana en Buscar y desde 1936 hasta 1969 en el apartado de fechas de búsqueda; marcamos registros digitalizados a continuación y hacemos clic con el cursor en Buscar.
4. Nos sale un listado del Archivo Histórico Nacional con diversas referencias. Ninguna de ellas dice Causa General. Estamos aún navegando a ciegas. Ponemos el cursor sobre la referencia con el nombre Fiscalía del Tribunal Supremo y entramos haciendo clic.
5. Nos sale un listado con pueblos de la provincia de Castellón por partidos judiciales y la referencia Causa General. Para la ciudad de Castellón de la Plana vemos dos expedientes. Ponemos el cursor sobre el primero y entramos con un clic.
6. Nos sale la ficha descriptiva sobre los contenidos de los documentos y las imágenes digitalizadas que podemos ver yendo con el cursor sobre Ver imágenes, donde hacemos clic.
7. Ya estamos, después de hacer una búsqueda costosa. Hay 942 imágenes digitales para trabajar. Ponemos, por ejemplo, el cursor en la imagen número 7. En el papel hay varios nombres de víctimas. Anotamos uno, el de Julio Adell Abad de 38 años muerto en el Grau el 29 de agosto de 1936, por ejemplo.

Memoria histórica y democrática

Acto seguido utilizaremos su nombre para una consulta por personas en el mismo buscador. Ahora haremos la consulta por personas, utilizaremos el nombre de Julio Adell Abad porque sabemos que está en la documentación:

1. Entramos en el portal <http://pares.mcu.es/>.
2. Ponemos el cursor en búsqueda sencilla y hacemos clic.
3. La web nos pide que escribamos un término que buscar: escribimos Julio Adell Abad, es el ejemplo que usaremos al buscar, y desde 1936 hasta 1969 en los espacios destinados a las fechas; marcamos registros digitalizados y ponemos el cursor en Buscar para hacer clic.
4. Nos sale el siguiente mensaje: «NO SE HAN ENCONTRADO RESULTADOS», porque en el buscador no están escritos todos los nombres que figuran en los documentos de la Causa General. Tenemos un problema si queremos encontrar información sobre esta persona sin consultar los papeles directamente.

No obstante, pese a los problemas del motor de búsqueda, la consulta de la documentación de la Causa General por municipios ha sido básica para desarrollar el proyecto «La memoria recuperada» de la Universidad de Alicante, que ha dado como resultado un portal⁵ con la finalidad de ser un espacio de difusión y de acceso a la información sobre las personas que sufrieran persecución o violencia por razones políticas, ideológicas o religiosas durante la Guerra Civil y el franquismo en la provincia de Alicante. Es una plataforma semejante a la de otras plataformas como el portal andaluz «Todos los nombres»,⁶ el catalán «Tots els noms» del Penedès⁷ o el gallego «Nomes e Voces»⁸.

El portal «La memoria recuperada» de la Universidad de Alicante no está completo y ahora nos encontramos en una fase crítica, porque los redactores se han plegado al vocabulario utilizado en la Causa General. Esto es un problema grave muy frecuente entre todos los investigadores que trabajan con los documentos de la Causa General que hay que afrontar.

6. La necesidad de trabajar críticamente los papeles de la Causa General para superar el maniqueísmo

La fuente, la Causa General, es en sí misma un problema, porque los papeles generados y su uso han conseguido y prolongado el objetivo memorialístico perseguido por los creadores, el cual explicaré a continuación.

Los militares sublevados implantaron un estado de guerra en el territorio que controlaban desde el 28 de julio de 1936, con un bando dictado en nombre de la Junta de Defensa Nacional creada el 24 de julio de 1936 en Burgos (Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional del día 29 de julio de 1936). Con el decreto, todos los delitos civiles y militares quedan bajo jurisdicción militar. Las leyes que regularon la continuidad de la represión después de la ocu-

5 “La memoria recuperada: represaliados del franquismo en la provincia de Alicante” en línea <<http://memoriarecuperada.ua.es/>> [consulta 5/09/2015].

6 “Todos los nombres” en línea <<http://www.todoslosnombres.org/content/objetivos>> [consulta 5/09/2015].

7 “Tots els noms” del Penedès en línea <<http://www.totselsnoms.org/continguts/projecte>> [consulta 5/09/2015].

8 “Nomes e Voces” en línea <<http://www.nomesevoces.net/>> [consulta 5/09/2015].

Memoria histórica y democrática

pación definitiva del País Valenciano el primero de abril de 1939, fueron la Ley de Responsabilidades Políticas del 9 de febrero de 1939, la del 9 de enero de 1940 sobre detenciones y excarcelaciones, la Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo del 1 de marzo de 1940, la Ley de Seguridad del Estado del 29 de marzo de 1941, la Ley del 2 de marzo de 1943, que equipara el delito de rebelión militar con un conjunto de actividades como la de participar en reuniones para conspirar, difundir rumores, cortar las vías de comunicación, etc., la Ley contra el bandidaje y el terrorismo del 18 de abril de 1947 y la Ley de 21 de septiembre de 1960, que agrupó las dos anteriores. La Ley de Responsabilidades Políticas estuvo vigente hasta el 10 de noviembre de 1966.

Las leyes de 1940 vinieron a ampliar la responsabilidad penal contra los que habían militado en partidos políticos comunistas o habían sido miembros de sociedades masónicas en cualquier momento de su vida, y contra cualquier persona que fuera denunciada. El Gobierno no reconoció hasta 1969 la prescripción de las responsabilidades penales de los hechos anteriores al 1 de abril de 1939. Cuando el Gobierno franquista reconoció con el decreto-ley correspondiente de 31 de marzo de 1969 la prescripción de las responsabilidades penales, la documentación de la Causa General dejó de tener utilidad para las causas judiciales; pero su función de documento maniqueístico para la Historia continuó y adquirió su plena función en 1980, cuando se integró en los archivos públicos de la documentación histórica contemporánea.

Seguramente, esta circunstancia explica que la mayoría de las monografías sobre la represión escritas por los historiadores en las décadas de 1980 y 1990 se han ocupado más de la represión republicana de la guerra que de la franquista de posguerra. Este hecho, sin embargo, ya ha cambiado como demostró la publicación de algunos trabajos en el dossier «La represión bajo el franquismo», publicado en 2001 en *Ayer* nº 43 por la Asociación de Historia Contemporánea y coordinado por la profesora Conxita Mir.

Llegados a este punto, quiero llamar la atención sobre el hecho de que el texto del decreto del 26 de abril de 1940, que facultó al fiscal del Tribunal Supremo para que instruyese la Causa General, fijó que, cuando el fiscal del Tribunal Supremo acabara el trabajo encomendado por el Ministerio de Justicia, debía entregar una memoria-resumen al Gobierno del general Franco. El primer uso de la información fue un libro publicado a finales de 1943: *Causa General. La dominación roja en España. Avance de la información instruida por el Ministerio Público*. Fue reeditado en 1946 por Ediciones Españolas en Buenos Aires con la misma finalidad propagandística que la primera edición española de 1943; sin embargo, ahora, de cara al exterior del país. Las ediciones y reediciones de los resúmenes de la Causa General continuaron durante las décadas siguientes. En la Biblioteca Nacional de Madrid consulté ejemplares hechos y editados por el Ministerio de Justicia en inglés, francés y castellano. Hay una edición en inglés de 1946 titulada *The Red Domination in Spain: The General Cause* y otra de 1953 titulada *Notes for Spanish History 1936-1939: The Red Domination in Spain / The General Cause*. La versión en francés editada en 1953 se titulaba *Témoignages complémentaires pour l'histoire de l'Espagne: La guerre civile 1936-1939 [Causa General]*. En 1961, el Ministerio de Justicia publicó la cuarta edición de las obras anteriores en francés e inglés. La cuarta edición de la versión española de 1961 se tituló *La dominación roja en España: Causa general instruida por el Ministerio Fiscal*.

La Causa General también sirvió de base para los martirologios de las diócesis eclesiásticas.

Memoria histórica y democrática

Uno de los más emblemáticos en la Archidiócesis de Valencia fue el libro de José Zahonero titulado *Sacerdotes Mártires (Archidiócesis Valencina, 1936-1939)* de la editorial Marfil de Alcoi (1951). Se trataba de demostrar que la guerra había sido una cruzada contra el poder de las tinieblas. «La Cruzada más cruzada de la historia», decía el autor del prólogo.

Las publicaciones anteriores demuestran que la Causa General fue utilizada como un instrumento de propaganda para justificar la guerra y la violencia política y la represión judicial acometida por el régimen franquista contra los vencidos con la implantación de un vocabulario específico, el cual criminaliza a los vencidos y ha sido asumido en numerosas publicaciones, no solamente en las del régimen. La mayoría de los historiadores que han estudiado la violencia política y la represión judicial de la zona republicana durante la guerra han utilizado la documentación de la Causa General y su vocabulario.

La riqueza de la información sobre la zona republicana y la actuación de los Tribunales Populares durante la guerra de la que informa la documentación de la Causa General, a menudo, hace que los historiadores nos olvidemos de la función verdadera de la Causa General: la represión de los republicanos durante la posguerra y documentar para la historia unos hechos criminalizados retroactivamente por el franquismo con la finalidad de justificar el alzamiento militar y la continuidad del régimen.

La Causa General criminaliza todas las opiniones personales y colectivas contrarias al régimen y las partidarias de la libertad religiosa, cultural, política, etc. Más aún, utiliza un discurso y un lenguaje que instrumenta ideológicamente a la población y que debieron asumir los participantes en las declaraciones y en los interrogatorios. Hicieron de uso común expresiones como rojo para cualquier partido político republicano o de izquierda y para las personas que militaban o simpatizaban con ellos; dominación roja para referirse a la República como régimen impuesto y no deseado. Se criminalizó el color rojo con la expresión “terror rojo”. Se opusieron las palabras orden, Patria y jerarquía con palabras como anarquía, violación y muerte para contrastar la benignidad del régimen franquista con la maldad del republicano. En una palabra, la Causa General contribuyó a construir una visión positiva del régimen franquista y negativa del republicano. Toda persona partidaria de la II República era un criminal y la dominación roja de la zona republicana durante la guerra fue una época de criminales y de imperio de la delincuencia. Evidentemente, estas no son las únicas palabras ni las únicas dicotomías que empleó el régimen; pero sí las más significativas de las versiones propagandísticas y propio de un maniqueísmo que identifica a los vencidos con el mal y a los ganadores con el bien; que convierte los vencidos en delincuentes y los ganadores en honrados; los vencidos en antipatriotas y los ganadores en patriotas...

7. Conclusión

No hay dudas que la consulta de la documentación de la Causa General correspondiente a las provincias de Alicante, Castellón y Valencia es imprescindible y de gran utilidad por lo que respecta a los objetivos de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas establecidos en la «I Jornada de memoria histórica y democrática en la Comunidad Valenciana: Situación de las fuentes documentales y censos de víctimas» organizadas a través de la Dirección General de Reformas Democráticas y celebrada en Castellón el 4 de noviembre de 2016. Se trata de conocer el estado actual de las

Memoria histórica y democrática

distintas fuentes documentales de la memoria histórica y democrática valenciana, concretar la problemática detectada para la elaboración de los distintos censos de víctimas previstos en la Ley de Memoria Democrática y para la convivencia de la Comunidad Valenciana de 2017. No obstante, para poder utilizar la documentación de la Causa General de forma óptima y superar los problemas descritos más arriba habrá que, tanto por lo que respecta al uso crítico de la información como para la consulta, trabajarla críticamente con la finalidad de superar el maniqueísmo de la fuente y crear una nueva base de datos con todas las imágenes digitalizadas correspondientes a las provincias de Alicante, Castellón y Valencia con unas fichas descriptivas más completas que las existentes y unos criterios de búsqueda más operativos que los del Portal de Archivos Españoles (PARES).

8. Selección de bibliografía sobre la Causa General

- Farfola, D., *Síntesis de la «Causa general» para desmemoriados*, Madrid, Editorial Vassallo de Mumbert, 1978
- Gaite, J., Rodríguez Magallanes, E., «Fondos documentales para el estudio de la guerra civil española conservados en el Archivo Histórico Nacional de Madrid», en *Justicia en Guerra. Jornadas sobre la administración de justicia durante la Guerra Civil Española: instituciones y fuentes documentales*, Madrid, 1990.
- Gavarda, V., *Els afusellaments al País Valencià (1938-1956)*, València, Editorial Universitat de València Servei de Publicacions, 1993.
- Manfredi, D., *La causa general*, Editorial Publicaciones Españolas, Madrid, 1959.
- Ministerio de Justicia, *Causa General. La dominación roja en España. Avance de la información instruida por el Ministerio Público*. (Pròleg Eduardo Aunós), Madrid, 1943.
- Ministerio de Justicia, *Causa General. La dominación roja en España. Avance de la información instruida por el Ministerio Público*, Buenos Aires, 1943.
- Ministerio de Justicia, *The Red Domination in Spain: The General Cause*, Madrid, 1946.
- Ministerio de Justicia, *Notes for de Spanis History 1936-1939: The Red Domination in Spain / The General Cause*, Madrid, (1953 i 1961 4ª ed.).
- Ministerio de Justicia, *Témoignages complémentaires pour l'histoire de l'Espagne: La guerre civile 1936-1939 [Causa General]*, Madrid, (1953 i 1961 4ª ed.).
- Ministerio de Justicia, *La dominación roja en España. Causa general instruida por el Ministerio Público*, Madrid, (1961 4ª ed.).
- Mir, C., «La represión bajo el franquismo», dossier en *Ayer* núm. 43, Madrid, (coord. 2001).
- Muñoz Álvarez, R., *Ayer y hoy de los Archivos del Tribunal Supremo, Audiencia Territorial de Madrid y Causa General*, Madrid, 1967.
- Sánchez, I., Ortiz, M., Ruiz, D., *España franquista. Causa General y actitudes sociales ante la Dictadura*, Editorial Universidad de Castilla la Mancha, Villarrobledo, 1993.
- Sánchez Recio, G., Santacreu, J.M., «La Causa General: fuente para el estudio y la rebelión de la guerra civil», en *Arbor* núm 491-492, Madrid, 1986.

Memoria histórica y democrática

Santacreu, J.M., «La repressió judicial: la Causa General», en *Franquisme i repressió. La repressió franquista als Països Catalans (1939-1975)*, Publicacions de la Universitat de València, pp. 59-74, Valencia, 2004.

Santacreu, J.M., «La Causa General: Fuente para el estudio de la represión franquista sobre IR», en *La represión franquista en Levante. Represión sobre Izquierda Republicana*, Editorial Eneida, pp. 61-90, Madrid, 2012.

Santacreu, J.M., «La Causa General», en *La repressió franquista a Xàtiva 1936-1976*, Editorial Eneida, pp. 25-54, Madrid, 2012.

9. Webgrafia

Portal de Archivos Españoles (PARES): <http://pares.mcu.es/>

Portal del Centro Documental de la Memoria Histórica: <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/archivos/mc/archivos/cdmh/portada.html>

Portal “La memoria recuperada: represaliados del franquismo en la provincia de Alicante”:
<http://memoriarecuperada.ua.es/>

Portal “Nomes e Voces”: <http://www.nomesevoces.net/>

Portal “Todos los nombres”: <http://www.todoslosnombres.org/content/objetivos>

Portal “Tots els noms” del Penedès: <http://www.totselsnoms.org/continguts/projecte>

ARCHIVOS Y POLÍTICAS DE MEMORIA ¹

Juan Luis Porcar Orihuela²

RESUMEN: La preservación y el acceso a los archivos son elementos básicos y necesarios para ejercer el derecho a la verdad, porque son testimonios de las violaciones de los derechos humanos, tal como destacan distintos organismos internacionales. Las políticas de memoria son necesarias en una sociedad que ha superado una guerra y violaciones de los derechos humanos en su pasado reciente. Por lo tanto, es importante conocer el estado actual de los archivos de la represión en nuestro Estado y formular proyectos para que el acceso a la información que contienen facilite el derecho de las víctimas a conocer la verdad y para avanzar mediante el análisis y la investigación histórica en la construcción de una memoria colectiva que sea compartida.

PALABRAS CLAVE: archivos, políticas de memoria, memoria histórica, represión franquista, derechos humanos

ABSTRACT: Preservation and access to archives are basic and necessary elements for exercising the right to the truth, because they are witnesses of human rights violations, as highlighted by different international organizations. Politics of memory are necessary in a society that has overcome war and human rights violations in its recent past. It is therefore important to know the current state of the archives of repression in Spain and to formulate projects so that access to the information they contain facilitates the victims' right to know the truth and to advance through analysis and research in the construction of a shared collective memory.

KEYWORDS: Archives, politics of memory, historical memory, Francoist repression, Human Rights

SUMARIO: 1.La memoria histórica en nuestro tiempo.- 2.Archivos y memoria. El derecho a la verdad.- 3.Los archivos de la represión en España.- 3.1.Problemática actual y recomendaciones sobre los archivos de la represión.- 3.2.Archivos y fondos documentales de la represión en el Estado español.- 4.Proyectos e iniciativas en el ámbito autonómico e internacional.- 4.1.Iniciativas autonómicas.- 4.2.Ámbito internacional.- 5.Políticas de memoria en el País Valenciano. Propuestas sobre archivos.- 5.1.Políticas de memoria en el País Valenciano.- 5.2.Propuestas para el País Valenciano sobre derecho a la verdad y archivos.- 6.Una experiencia desde el movimiento memorialístico: el centro de documentación de la memoria del GRMHC.- 7.Bibliografía.

1. La memoria histórica en nuestro tiempo

La memoria histórica se refiere a episodios del pasado que generalmente el sujeto no ha experimentado personalmente y que mantiene vivos mediante conmemoraciones, con las cuales se refuerzan los lazos de identidad de una comunidad. Esta construcción social del

1 Original del artículo en castellano

2 Juan Luis Porcar Orihuela es licenciado en Geografía e Historia por la Universitat de València. Es técnico documentalista de archivos de la Universitat Jaume I de Castellón.

Memoria histórica y democrática

recuerdo³ cultivada por los contemporáneos y sus descendentes se opondría —a pesar de que la complementaría— a la historia como saber científico y acumulativo de los hechos pasados.

La memoria colectiva es el recuerdo del grupo o grupos que comparten una identidad común de estos acontecimientos en función de nuestro contexto social; recordar desde el punto de vista, y se transmite aunque el individuo deje de existir; adquiere una dimensión social al establecer unos puntos de referencia para un marco colectivo. Es una forma de organizar una sociedad armada de unos referentes ideológicos para argumentar su presente, y se convierte en una enseñanza para el presente mediante la articulación de usos públicos.⁴

En la Transición, temas como el terrorismo, las tensiones sociales, el miedo a una posible intervención del ejército provocaron que gran parte de la sociedad valorara más la paz que otras metas, como la democracia, la libertad y la justicia; predominó una desconfianza ante el desorden y el miedo a la guerra que dio lugar a la naturaleza pactada de la transición española, que Josefina Cuesta califica como transición memoriosa y no amnésica, silenciosa en algunos campos, como el político o el de la justicia, pero alimentada por el recuerdo colectivo —social y político— de los traumas pasados, y por los recuerdos personales de un pasado reprimido, excluido, y por el de víctimas desaparecidas.⁵

En los años ochenta los historiadores empezaron a investigar sistemáticamente sobre la represión franquista, y en la segunda mitad de los noventa salieron a la luz hechos y datos nuevos y contundentes sobre las víctimas de la Guerra Civil y de la violencia franquista. La investigación histórica —gracias en gran medida al acceso por primera vez a archivos y fuentes históricas que hasta el momento estaban cerrados a los investigadores— mostraba la magnitud de la represión, y parte de ese conocimiento historiográfico ha dotado de base empírica a los movimientos que durante años han reivindicado el reconocimiento de las instituciones democráticas de las víctimas del franquismo.

En el debate actual sobre las políticas públicas que se podrían aplicar para la recuperación de la memoria histórica relacionada con la Guerra Civil y la represión franquista en España, extraña la ausencia casi total de referencias al derecho internacional contemporáneo y a la práctica y a los mecanismos internacionales y estatales aplicados en parecidas experiencias recientes y no tan recientes que permiten situar claramente este debate como una cuestión no solo histórica, sino de justicia y de derechos humanos.⁶ Desde la perspectiva de una sociedad democrática, no se entiende la situación anómala en la que todavía viven en España las víctimas y familiares de víctimas de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y de violaciones muy graves de derechos humanos perpetrados durante la guerra y la posterior represión contra el bando «republicano». La falta de una reparación efectiva a estas

3 Gaborit, Maurice. «Memoria histórica: revertir la historia desde las víctimas», *ECA, Estudios Centroamericanos*, núm. 693-694, 2006, pp. 663-684. Según Gaborit, la memoria histórica, entendida como memoria asociada a episodios traumáticos o de violencia sufridos por una comunidad, busca desde el dolor la reconstrucción del tejido social. Desde un sufrimiento injusto vivido colectivamente viene la construcción de un nuevo mundo, que va dando sentido a los proyectos de vida que tienen en ese momento.

4 Rodrigo, Javier. «Ecos de una guerra presente: 'memoria', 'olvido', 'recuperación' e instrumentación de la Guerra Civil Española», en M. Dolores de la Calle y M. Redero (coord.), *Guerra Civil: documentos y memoria*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006.

5 Cuesta Bustillo, Josefina. «Recuerdo, silencio y amnistía en la Transición y en la Democracia españolas (1975-2006)», *Studia Historica. Historia Contemporánea*, núm. 25, 2007, pp. 125-165.

6 Gálvez Biescas, S. «Memorias, historia, derechos humanos, políticas públicas: reflexiones en torno a la práctica historiográfica. Conclusiones», *Hispania Nueva*, núm. 8, 2008, pp. 1-16.

Memoria histórica y democrática

víctimas directas y la inexistencia de mecanismos administrativos y judiciales al alcance de los familiares que exigen conocer la verdad de su propio pasado —por las dificultades de acceso a los archivos y a los registros civiles o por el vacío legal en materia de localización y exhumación de fosas comunes, por ejemplo— se ha traducido en una sensación de injusticia y de vulneración de derechos fundamentales, semilla del movimiento para la recuperación de la memoria histórica en España, formado en gran parte por nietos de las víctimas de la represión franquista, que reivindican justicia, entendida no como venganza sino como el elemento necesario para poder hablar de reconciliación y de paz.

El derecho a la memoria se presenta como una obligación ética y política de la sociedad que comparte una tragedia colectiva con unas memorias y una historia que sufren un reconocimiento insuficiente.⁷ Garantizar los derechos de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos es un medio para construir la paz y consolidar la democracia en una sociedad que ha vivido una experiencia traumática como una guerra o una dictadura. En este marco, la justicia transicional tiene como objetivo la lucha contra la impunidad y promocionar la obligación de los Estados de proteger a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y preservar la disposición de los mecanismos necesarios para garantizar el derecho a un recurso efectivo ante la Administración de Justicia. El Estado tiene el deber de respetar y hacer respetar los derechos humanos según el derecho internacional adoptando las medidas oportunas y eficaces para luchar contra la impunidad, porque esta comporta la violación del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.⁸

2. Archivos y memoria. el derecho a la verdad

El derecho a la verdad se configura como un derecho individual, pero también como un derecho de cada pueblo a conocer la verdad sobre su pasado. En consecuencia, los Estados tienen la obligación de preservar archivos y pruebas que salven del olvido la memoria colectiva. El reconocimiento de este derecho tiene también como objetivo desvirtuar tesis revisionistas y negacionistas, asegurar el derecho de las víctimas y de sus familias a conocer las circunstancias en las que se cometieron las violaciones de derechos humanos de que fueron objeto y, así mismo, la obligación del Estado de hacer efectivo este derecho con procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial, como por ejemplo con el establecimiento de comisiones de la verdad. La verdad reconocida socialmente deriva en un reconocimiento de las víctimas. El derecho a la verdad comporta un deber de memoria por parte del Estado;⁹ supone la verificación de los hechos, su revelación pública, la disculpa, el reconocimiento y la celebración de homenajes y conmemoraciones, la decisión judicial del restablecimiento de la dignidad y reputación de las víctimas.

La preservación de los archivos es elemento básico y necesario para ejercer el derecho a la verdad, porque son testimonios de las violaciones de los derechos humanos. Este derecho a

7 *Ibid.*, p. 103.

8 Capellà, Margalida. «Aportacions de la justícia transicional a les polítiques públiques de memòria», *Jornada de Memòria Històrica*, Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007.

9 Gómez Isa, F. «El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos», en F. Gómez Isa (dir.), *El derecho a la memoria*, Bilbao, Alberdania - Departamento para los Derechos Humanos, el Empleo y la Inserción Social de la Diputación Foral de Gipuzkoa, 2006.

Memoria histórica y democrática

saber de las víctimas incluye el acceso a datos sensibles blindados hasta ahora por políticas de la desmemoria y que se realice la depuración de datos falsos y discriminatorios. Las víctimas tienen derecho a conocer la verdad, a que se haga justicia y a que se reparen los daños causados. El derecho a la verdad está directamente relacionado con el análisis y la investigación histórica, en los que se apoya el papel de los historiadores y que se convierten en elementos esenciales en un proceso de justicia transaccional y de reconciliación mediante una verdad reconocida oficial y públicamente, un paso previo del derecho a la reparación y la justicia. Es necesario que todos los archivos documentales estén preservados y que al mismo tiempo se facilite su consulta, tal como destacan diferentes resoluciones de organismos internacionales.¹⁰

Es fundamental el papel de los archivos para documentar y facilitar pruebas a las comisiones de la verdad. Estos organismos oficiales investigan la violación de los derechos humanos en un periodo histórico concreto, ayudan a esclarecer la veracidad de los hechos —la llamada justicia histórica—, promueven la responsabilidad de los autores de violaciones de derechos humanos, son una plataforma pública para que las víctimas puedan sentirse reparadas, protagonizan el debate público tan necesario sobre el pasado reciente, complementan la acción de la justicia y recomiendan reparaciones para las víctimas a la vez que reformas institucionales y legales necesarias. Las comisiones de la verdad producen, además, un efecto disuasorio de los hechos y permiten a las sociedades extraer lecciones válidas para la construcción del futuro, y son un referente histórico para la memoria colectiva en la que se inserta el sufrimiento y la reparación de las víctimas;¹¹ y pueden dar lugar a un castigo social que es eficiente y más efectivo.

La revelación pública de los hechos como deber de memoria que asume el Estado implica que este derecho a la información va más allá de su propio contenido y se convierte en instrumento imprescindible para el ejercicio de otros derechos. En el contexto de la memoria histórica, la información es necesaria para el ejercicio del derecho individual y colectivo a la verdad, para el derecho a la justicia y para el derecho a la reparación, tal como nos dice Pedro López López.¹² Por otra parte, el derecho a la información es un pilar básico de la democracia porque el Estado está obligado a dar publicidad a su actividad, la transparencia tiene que regir los procedimientos administrativos y las actuaciones del gobierno. En los informes Joinet y Orentlicher¹³ se resalta la importancia de preservar los archivos y otras pruebas de violaciones manifiestas de los derechos humanos, importancia que se ratifica en documentos posteriores. Varias resoluciones internacionales tratan sobre el derecho de las familias a conocer la suerte de sus miembros desaparecidos —y esto afecta a los miles de niños robados durante el franquismo, que técnicamente son desaparecidos—, así como el derecho de toda víctima¹⁴

10 Como se asume en el informe elaborado por la experta independiente Diana Orentlicher «Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad». Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, E/CN.4/2005/102/Add. 1, 8 de febrero de 2005.

11 Schabas, William A. «Comisiones de la Verdad y Memoria», en F. Gómez Isa (dir.), *El derecho a la memoria*, Bilbao, Alberdania - Departamento para los Derechos Humanos, el Empleo y la Inserción Social de la Diputación Foral de Gipuzkoa, 2006.

12 López López, Pedro. «Los archivos: garantes de derechos y de protección de la memoria histórica», en las jornadas «El papel de los archivos en la defensa de los derechos humanos y de la memoria histórica», Madrid, 2014.

13 ONU. Comisión de Derechos Humanos, documento E/CN.4/2006/91.

14 Los familiares también son víctimas, según la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Memoria histórica y democrática

a conocer la verdad sobre los hechos ocurridos, «incluida la identidad de los autores de los hechos que dieron lugar a tales violaciones». Respecto a este último tema, el argumento de la necesidad de preservar la privacidad en ciertos archivos y la invocación continua a la Ley de Protección de Datos va claramente en contra del derecho de las víctimas y los familiares a conocer la identidad de perpetradores de violaciones tan graves de derechos humanos. Esta dimensión democrática de los archivos referida a la vinculación que tiene con la memoria histórica y los derechos a la verdad, la justicia y la reparación es relativamente reciente.

Entre los principales obstáculos que encuentran los archivos en relación a la memoria histórica, destaca la destrucción intencionada de archivos de la dictadura —como pasó en España con los de Falange y el Movimiento Nacional— en los primeros años de la democracia, destrucción por la que hasta ahora nadie ha asumido ninguna responsabilidad; los documentos que no se desclasifican al ser considerados secretos oficiales por razones de seguridad nacional;¹⁵ la falsificación de datos, como en el caso de los certificados de defunción en la trama de tráfico y robo de miles de niños, y la discrecionalidad en el acceso a los documentos por parte de las personas que los custodian.¹⁶

Es importante destacar algunas de las conclusiones de las jornadas «El papel de los archivos en la defensa de los derechos humanos y de la memoria histórica», celebradas en 2014 en Madrid: considerar los archivos como la primera plataforma para el conocimiento de la verdad, la protección de los derechos de los ciudadanos, la garantía de la seguridad, la transparencia de las administraciones y la salvaguarda de la memoria individual y colectiva; la necesidad de dotarlos de recursos adecuados para que la Administración los gestione correctamente; la necesidad de los archiveros de marcos jurídicos claros, para ejercer su profesión con libertad, responsabilidad jurídica, transparencia e independencia; la reivindicación del papel forense de los archiveros como custodios de la fe pública;¹⁷ el derecho de libre acceso a la información de todos los ciudadanos, y principalmente de las víctimas y familiares de la represión ejercida durante la Guerra Civil y el franquismo por parte del Estado; la desclasificación inmediata de todos los documentos históricos del Estado español y el acceso a toda la información de los archivos que contengan documentación de autoridades, organismos, instituciones, funcionarios y agentes del orden público que ampararon, consintieron o cometieron delitos contra los derechos humanos durante la Guerra Civil y el franquismo;¹⁸ la derogación de la normativa firmada entre el Estado y el Vaticano, que impide el acceso a los archivos de la Iglesia con finalidades académicas y de memoria histórica; evitar las destrucciones incontroladas de documentos; el cumplimiento riguroso del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus organismos y su régimen de acceso.

15 Razones rechazadas hace poco por el historiador Ángel Viñas ante la negativa de desclasificación de documentos del Ministerio de Defensa y del Ministerio de Asuntos exteriores.

16 Espinosa Maestre, F. «Crímenes que no prescriben. España (1936-1953)», en R. Escudero Alday (ed.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 31-53. Tal como nos dice el historiador Francisco Espinosa, ocurría durante los años 80 y 90 con negativas amparadas por el poder y por leyes, como la del patrimonio documental de 1985, o alegatos referidos al derecho al honor y a la intimidad.

17 A fin de que en aquellos casos en los que determinada documentación no pueda ser consultada por los interesados al contener información de varias personas, el archivero pueda certificar sobre el contenido de la documentación que tiene a su cargo.

18 Para hacer posible el derecho de reparación y justicia, y el conocimiento completo de nuestro pasado.

3. Los archivos de la represión en España

3.1. Problemática actual y recomendaciones sobre los archivos de la represión

En nuestro Estado, durante mucho tiempo, los documentos producidos por instituciones públicas se han visto sometidos a un abandono que ha generado la dificultad e incluso la imposibilidad de consultarlos, derecho regulado en la legislación, y a veces se encuentran en depósitos que, por el desconocimiento de su ubicación, los convierte en inexistentes. Entonces son necesarios trabajos científicos de clasificación e identificación de fondos existentes generados por organismos franquistas, y de identificación y reconstrucción de fondos producidos por los gobiernos de la República.¹⁹

La Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo realizó un informe sobre los archivos y determinó que una sociedad democrática y con conciencia de su identidad cultural tiene la obligación de conservar estos fondos y organizarlos de forma que resulten realmente accesibles. Para determinar la extensión de los fondos documentales elaboró un informe, cuya conclusión más evidente es que en España se conserva una enorme cantidad de fondos relacionados con la Guerra Civil y el franquismo,²⁰ que en términos generales están localizados, pero queda todavía mucho por hacer en términos de catalogación y concentración, pues se encuentran dispersos, mal catalogados y, en general, no digitalizados. En conjunto, no puede decirse que esta documentación esté bien controlada; en muchos casos los documentos se encuentran sometidos a precarias condiciones de conservación. Las posibilidades reales de una investigación dependen, muchas veces, de factores como el desconocimiento de la existencia de los fondos, el embrionario estado de catalogación en que se encuentran, la ausencia de digitalización o, en ocasiones, las peculiaridades de los organismos públicos o entidades privadas que los custodian. Los investigadores o personas interesadas en consultar esta documentación se encuentran con frecuentes obstáculos derivados de la catalogación o del almacenamiento y de la escasez de personal y de la falta de unas normas de acceso homogéneas. Es necesario un plan general de actuación sobre los fondos relativos a la memoria de la Guerra Civil y del franquismo y que se inicien los trabajos para una necesaria ley de archivos y documentos. España es el único país de la Unión Europea que no dispone de una ley de archivos, un instrumento fundamental para un Estado democrático porque los archivos, como depositarios de la historia colectiva, garantizan la responsabilidad de las administraciones públicas y el ejercicio de los derechos ciudadanos y la armonización de los diferentes sistemas archivísticos españoles desde la perspectiva de la cooperación, así como la homogeneización de las normas de acceso por parte de los usuarios. No se ha garantizado todavía el derecho a la verdad.

Una de las prioridades de la Ley de Memoria Histórica es la recopilación y difusión de la información histórica y de los documentos relativos a la Guerra Civil, el exilio y la dictadura, de acuerdo con lo que disponen sus artículos 20 a 22. El acceso es libre y gratuito en los archivos y centros de documentación adscritos al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y en los archivos históricos provinciales de titularidad estatal aunque transferidos, en cuanto

19 Federación Estatal de Foros por la Memoria - DESPAGE, Guía para la búsqueda de desaparecidos y represaliados en la Guerra Civil y la posguerra, <http://www.foroporlamemoria.info/img_home/guia_de_búsqueda_ver_3.0.pdf>, 2007.

20 Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo, Informe sobre archivos, 2007.

Memoria histórica y democrática

a gestión, a las comunidades autónomas. En este contexto se crea el Centro Documental de la Memoria Histórica situado en Salamanca, que integra el Archivo General de la Guerra Civil y que pretende integrar todos los documentos referentes a la Guerra Civil y la represión política. Previamente, en 2006, se aprueba la restitución de documentos de la Generalitat de Cataluña depositados en el Archivo de la Guerra Civil de Salamanca.

Las jornadas que sobre archivos, memoria histórica y derechos humanos se celebraron en Madrid en 2014 analizaron de nuevo esta problemática, entre otras cuestiones, y extrajeron diferentes conclusiones coincidentes en relación con la necesidad de la recuperación, control, identificación y catalogación de los fondos archivísticos de la Guerra Civil y el franquismo con las publicadas en el Informe sobre Archivos elaborado en 2006. También estas jornadas pusieron en evidencia limitaciones de carácter jurídico, como por ejemplo el artículo 57.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español,²¹ según el cual los documentos que puedan afectar a la seguridad de las personas, su honor, la intimidad de su vida privada y familiar y la propia imagen solo podrán ser consultados públicamente con consentimiento expreso de los afectados o después del transcurso de 25 años desde su muerte, si su fecha es conocida, o de 50 a partir de la fecha de los documentos.²² Así, los investigadores o personas interesadas en consultar esta documentación se encuentran con frecuentes obstáculos, sea por problemas derivados de la catalogación o bien del almacenamiento y de la escasez de personal. Las posibilidades reales de una investigación dependen, muchas veces, de factores como el desconocimiento de la existencia de los fondos, el embrionario estado de catalogación en que se encuentran, la ausencia de digitalización o, en ocasiones, las peculiaridades de las culturas administrativas de los organismos públicos o entidades privadas que los custodian.

3.2. Archivos y fondos documentales de la represión en el Estado español

Entre los fondos archivísticos que conservan documentación relativa a la memoria histórica y la represión en nuestro Estado destacan los siguientes:

- El Centro de Documentación de la Memoria Histórica de Salamanca. Últimamente ha incorporado la Causa General —un proceso instructor dividido por provincias en el que, para obtener información de las “posibles víctimas”, se han vaciado todos los nombres y apellidos de los denunciados; documentación del Tribunal de Cuentas, la documentación de la Delegación Nacional de Servicios Documentales —confiscada a particulares y entidades del territorio republicano y seleccionada para su uso en las tareas represivas—; documentación del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo; documentación del Juzgado Especial de expedientes político-sociales de Correos y de la Federación Española de Deportados e Internados Políticos, además de otros importantes fondos públicos y privados documentales y fotográficos.²³

21 A pesar de que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reconoce en su artículo 35.h «el derecho de los ciudadanos al acceso a los registros y archivos de las administraciones públicas en los términos previstos en la Constitución y en esta u otras leyes», delega en su artículo 37 el acceso «a los fondos documentales existentes en los archivos históricos» a su regulación específica. Esta regulación específica se encuentra en la Ley 16/1985.

22 Con las limitaciones que establece la Ley Orgánica 15/1999, de 13 septiembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

23 <<http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/archivos/mc/archivos/cdmh/portada.html>>.

Memoria histórica y democrática

- Los fondos documentales que se conservan en los archivos dependientes del Ministerio del Interior —Archivo General, archivos policiales y penitenciarios— están siendo descritos desde que en 2004 empezaron los trabajos de la Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo, se avanza en la recuperación de documentos y han establecido normativas para la solicitud de documentación y consulta. Destaca la documentación de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, con expedientes de internos en los diversos tipos de prisiones, campos de concentración y centros de retención, actas y memorias de las prisiones y los libros de registro de altas y bajas de internos;²⁴ documentación de la Dirección General de la Policía, tanto de servicios centrales como periféricos, producida durante la Guerra Civil y el régimen franquista, con expedientes biográficos individuales según las diligencias policiales e informes de conducta político-social y responsabilidades políticas, abiertas a personas, y archivados alfabéticamente; documentación de la Dirección General de la Guardia Civil, que contiene la información sobre la represión de «maquis y resistentes», después considerados «bandoleros»; conserva, además, los expedientes personales de los integrantes del Cuerpo de Carabineros y los de los guardias civiles que sufrieron depuración, también los expedientes gubernativos y sancionadores, y los expedientes y ficheros de los servicios de información.
- Los procedimientos sumarísimos —consejos de guerra y otros— instruidos durante la Guerra Civil y la dictadura se conservan principalmente en los archivos judiciales militares. Se trata de una documentación afectada por un elevado grado de dispersión, que se encuentra repartida en 21 archivos e instalaciones diseminados por todo el territorio nacional. El Ministerio de Defensa ha realizado un esfuerzo para orientar al interesado en la localización de los procedimientos; asimismo, se han puesto en marcha en los últimos años varias iniciativas, algunas de las cuales ya se han iniciado y que se pretende potenciar a corto y medio plazo, para la catalogación informática y la digitalización de los fondos judiciales militares. Actualmente, en el Archivo General Histórico de Defensa de Madrid se depositan los consejos de guerra de las provincias de Alicante, Valencia y Castellón, del Tribunal Militar Territorial núm. 1 de Castilla-La Mancha, y procedimientos, resoluciones y actuaciones judiciales dictadas a raíz de la Guerra Civil.
- Entre los archivos dependientes del Cuartel General del Ejército de Tierra encontramos el Archivo General Militar de Ávila, que contiene la documentación administrativa generada por la desaparecida Subsecretaría del Ministerio del Ejército y por la Segunda Sección del Estado Mayor Central durante el periodo de tiempo comprendido entre los años 1939 y 1977, y hace referencia a las relaciones de entrega de prisioneros, los campos de concentración y los batallones de trabajadores. El Archivo General Militar de Guadalajara conserva la documentación de la «Comisión Central de Penas» del antiguo Ministerio del Ejército, que incluye los expedientes de revisión de penas impuestas a presos del bando republicano entre 1936 y 1945, los expedientes de penas de muerte conmutadas en el mismo periodo y los expedientes de la «Comisión Central de Penas, Prisiones Militares y Campos de Concentración».

24 La documentación producida por los centros penitenciarios tenía reflejo normalmente en los archivos de los servicios centrales de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Memoria histórica y democrática

- Los fondos documentales de la Administración de Justicia participan de una naturaleza jurídica diversa y peculiar, puesto que en el tiempo que duró la contienda las responsabilidades políticas en los dos bandos se exigieron por órganos de muy diferente tipología, lo que también caracterizó a muchos de los organismos a través de los cuales se llevó a cabo la represión política durante el franquismo. Hay lugares donde se conservan en el archivo histórico provincial correspondiente.
- El Archivo General de la Administración contiene fondos y series documentales destinados a la represión interna y el posterior control de los ciudadanos no afectos al franquismo, expedientes de depuración de funcionarios, expedientes de responsabilidades políticas, fondos fotográficos, expedientes e informes de los gobiernos civiles y fondos sobre exiliados como consecuencia de la guerra y el franquismo.
- El Registro Civil dispone de los libros de defunciones, que nos permiten conocer datos de personas víctimas de la guerra o de la represión. Hay que destacar que el acceso a las inscripciones del Registro está permitido a los particulares interesados en los términos regulados en la normativa.
- Los archivos de administraciones locales contienen en muchos casos listas específicas de las personas que, víctimas del enfrentamiento, murieron o fueron enterradas en la localidad durante el periodo de la Guerra Civil y la represión posterior, expedientes de “quintas”, libros municipales de nacimientos y defunciones, en los que puede constar que el causante muriera como víctima de la guerra o de la represión.
- El Archivo Histórico Nacional contiene, entre otros fondos interesantes, algunos fondos fotográficos con documentación referida a localidades del País Valenciano.
- Archivo de la Filmoteca Española, con reportajes cinematográficos sobre escenas de guerra en los dos frentes y los noticiarios (NO-DO) editados en España, los fondos de Memoria Viva - Asociación Cultural para el Estudio de la Deportación y el Exilio Español.
- También los organismos institucionales del régimen franquista —Organización Sindical, Movimiento, Sección Femenina y Auxilio Social— contienen fondos relevantes sobre posible vigilancia de ciudadanos españoles, en España y en el exilio.
- En los últimos años, una serie de medidas posteriores trabajan en la dirección de facilitar el acceso a archivos y fondos documentales y el derecho a la verdad de los ciudadanos, como por ejemplo la elaboración de bases de datos sobre víctimas del franquismo, de militares del Ejército de la República desaparecidos o deportados a campos de concentración nazis, a partir de la documentación contenida en diferentes archivos estatales; también se ha publicado recientemente normativa que facilita al investigador el acceso a documentación judicial hasta hace poco de difícil consulta, como es el caso de los libros de defunción de los registros civiles.²⁵

25 Real Decreto e Instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de Registros Civiles y del Notariado.

4. Proyectos e iniciativas en los ámbitos autonómico e internacional

4.1. Iniciativas autonómicas

Algunas comunidades autónomas han desarrollado durante los últimos años políticas más o menos activas relacionadas con la memoria histórica, incluso creando organismos o departamentos a tal efecto; generalmente han sido las no gobernadas por el Partido Popular. Se han desarrollado políticas de memoria que han tenido relación con las medidas reparatorias respecto a las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo, y actividades de difusión mediante jornadas, homenajes, conferencias, investigaciones y proyectos relacionados con aquella etapa histórica, entre los que se encuentran algunos referidos a la documentación y a los archivos.

En Aragón se lleva a cabo una importante tarea de recuperación y catalogación de documentación referida a la época de estudio, y se elabora una base de datos sobre la documentación aragonesa del Centro Documental de la Memoria Histórica en Salamanca.

El 4 de noviembre de 2014, el Gobierno vasco —que hasta aquel momento había enmarcado las políticas de memoria en las de ámbito nacional, puesto que las consideraban un asunto de Estado— presentó el Programa de Memoria Histórica, basado en los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.²⁶ Un convenio de colaboración pone en marcha un proyecto de investigación de carácter histórico sobre la represión que ejerció el régimen franquista en el País Vasco; en esta línea, desde el año 2003, el Gobierno vasco trabaja en un plan de investigación sobre las personas fusiladas y desaparecidas durante la Guerra Civil (1936-1939).

En Galicia, durante la legislatura del gobierno formado por el PSG-BNG se promovieron diferentes iniciativas de memoria histórica desde la Consejería de Cultura y Deporte. La más importante fue el proyecto *Nomes e Voces*, un programa interdisciplinario e interuniversitario para investigar la represión franquista durante la Guerra Civil y la dictadura, dirigido por especialistas del ámbito universitario y de la investigación histórica, que ha permitido descubrir centenares de nombres de víctimas del franquismo mediante el acceso y la investigación en los archivos y fondos documentales.

Andalucía es la comunidad autónoma que más lejos ha llegado en cuestión de políticas de memoria, no solo fijándose en medidas de reparación, sino también con una ambiciosa ley que afecta a temas de justicia y derecho a la verdad por parte de las víctimas. La Junta de Andalucía crea la Dirección General de Memoria Democrática, que plantea la dignificación, reparación y rehabilitación de las víctimas que sufrieron represión durante estos periodos, y el Instituto de la Memoria Democrática de Andalucía, que impulsará las medidas necesarias para la preservación y el acceso a la documentación que contienen los archivos judiciales, policiales y militares.

En Navarra destaca una iniciativa de investigación e identificación de represaliados. Nombres de miles de personas que sufrieron las distintas facetas de la represión franquista en Navarra entre 1936 y 1975, que pueden consultarse en esta base de datos, confeccionada a partir de investigaciones ya publicadas, del vaciado sistemático de los archivos históricos disponibles

²⁶ Definidos por el derecho internacional de los derechos humanos y, en concreto, por la Resolución 60/147, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de diciembre de 2005: "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones".

Memoria histórica y democrática

y de la recogida de testimonios orales. El proyecto está desarrollado por un equipo de investigación de la Universidad Pública de Navarra.²⁷

En relación con el ámbito archivístico y documental en Cataluña, se crea un fondo informativo integrado por un servicio documental, un portal informático, una base de datos y un banco de datos fotográficos. Con este objeto, el Archivo Nacional de Cataluña firmó en 2014 un convenio de colaboración con el Memorial Democràtic para desarrollar tareas de recuperación, descripción y difusión de los fondos documentales relativos a la Guerra Civil, el exilio y la represión franquista.

4.2. *Ámbito internacional*

Las políticas de memoria, de justicia transicional, de archivos y recuperación de documentación desarrolladas en España pueden compararse con las de otros países que han vivido dictaduras, guerras o violaciones de derechos humanos —como Argentina, Uruguay, Chile, Perú y Colombia—, que han supuesto etapas traumáticas en cuanto a violaciones de derechos humanos. Podemos advertir que en Chile, Uruguay y Argentina, como es más reciente la experiencia traumática de la represión, la sociedad no ha dejado nunca de movilizarse contra la impunidad. Destacan los esfuerzos realizados, por ejemplo, en Uruguay y Argentina en cuanto a recuperación de documentación y creación de centros estatales para reunir toda la información sobre la represión. Argentina y Chile pusieron en funcionamiento comisiones de la verdad, un mecanismo que no se ha impulsado en España.

Debe destacarse la iniciativa llevada a cabo en 1995, cuando un grupo de archiveros de varios países dirigido por el archivero español Antonio González Quintana recibió el encargo de la Unesco de hacer un estudio sobre el tratamiento de los archivos de regímenes represivos.²⁸ Este estudio fue actualizado y publicado en 2008 con el título *Políticas archivísticas para la defensa de los derechos humanos*; es un referente y ofrece recomendaciones para las buenas prácticas en archivos que contienen información relevante para documentar violaciones masivas de derechos humanos. Así mismo, la organización Archiveros sin Fronteras ha llevado a cabo numerosos proyectos en este campo. Esta dimensión de los archivos ha propiciado un fructífero encuentro entre archiveros, juristas, historiadores, defensores de derechos humanos y movimientos memorialísticos, como la celebración los días 28, 29 y 30 de octubre de 2014 en Bogotá del Seminario Internacional Archivos para la Paz, organizado por el CNMH²⁹ y el Fondo de Justicia Transicional del PNUD, que ha recibido importantes aportaciones de países como Alemania, Sudáfrica, Guatemala, Brasil, Estados Unidos, El Salvador, Argentina, Chile y España. Se trataron temas como los usos sociales y pedagógicos de los archivos, el acceso a la información y a los archivos de derechos humanos y la importancia que tienen para consolidar procesos de paz y democracia. Se anunció la creación en Colombia de la Dirección de Archivos y Derechos Humanos, que trabaja en la formulación de la política nacional de archivos de

27 Desarrollando así el acuerdo parlamentario del 12 de febrero de 2009, para la creación de un fondo documental de la memoria histórica en Navarra.

28 Se realizó a través de un convenio entre la Unesco y el Consejo Internacional de Archivos.

29 Sus objetivos son reunir la documentación sobre las violaciones de los derechos humanos ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, así como los testimonios orales, escritos y de toda clase con el fin de integrar un archivo de derechos humanos y memoria histórica.

derechos humanos, memoria histórica y conflicto para garantizar el cuidado y preservación de los archivos de la memoria histórica del conflicto armado en el país.

5. Políticas de memoria en el País Valenciano. Propuestas sobre archivos

5.1. Políticas de memoria en el País Valenciano

En el País Valenciano, como también ocurre en la mayoría de las comunidades autónomas gobernadas durante mucho tiempo por el Partido Popular, han sido prácticamente nulas las políticas de memoria impulsadas, además de dificultar e incumplir la aplicación de la ley de la memoria de ámbito estatal.³⁰ Sí que se desarrollaron en su momento algunas disposiciones relativas a medidas de reparación para quien había estado en prisión durante el franquismo, de muy limitado alcance. La insensibilidad hacia las víctimas del franquismo de la derecha valenciana, representada mientras ha permanecido el Partido Popular en el poder, es una constante; se continúa sin reconocer cualquier relación de continuidad entre la República y la lucha antifranquista con la democracia actual, se impide la mayor parte de las veces desde los gobiernos municipales la retirada de simbología y nomenclatura franquistas de plazas y calles, y se borran las huellas de la memoria y de las víctimas, como en el intento de construcción de nichos en el cementerio de Valencia sobre fosas de víctimas de la Guerra Civil y del franquismo.³¹ Una institución de la Generalitat Valenciana, el Consell Valencià de Cultura, elaboró un informe en 2007 en el que se pedía recuperar el recuerdo de las personas que sufrieron la Guerra Civil y el régimen posterior; fue una mera declaración de intenciones que no se acompañó de ninguna medida o disposición concreta del Gobierno valenciano. Por el contrario, sí que han surgido en los últimos 15 años diversas asociaciones de memoria histórica en las tres provincias, que han desarrollado una importante tarea de sensibilización y de asesoramiento y asistencia a las víctimas de la represión franquista, además de actividades de investigación y difusión, como por ejemplo jornadas, congresos, conferencias y homenajes. Hay que destacar también la iniciativa que supuso en 2007 la creación de la Comissió de la Veritat del País Valencià; era un intento no gubernamental de crear una comisión de investigación de la represión franquista que contó con el apoyo de destacadas personalidades de la ciencia y la cultura del ámbito internacional, que ha dado importantes resultados en el campo científico y académico pero con una difusión muy limitada, puesto que se trata de una entidad no institucional.

A pesar de estas iniciativas y actividades desarrolladas en el ámbito de la memoria histórica desde entidades y grupos no institucionales, es evidente la falta total de una política de memoria en nuestro territorio. El campo de iniciativas y medidas que hay que tomar relativas a una política de memoria es muy amplio. En relación con su ámbito de aplicación, se podrían desarrollar e impulsar varios proyectos relativos a los archivos de la Guerra Civil y la represión, a iniciativas institucionales en el ámbito de la justicia y la investigación de personas desaparecidas, y en el de la reparación de las víctimas.

30 Más bien podríamos hablar de políticas de desmemoria, que tienen la clara intencionalidad de difuminar y hacer desaparecer todo lo que pudieran significar referentes culturales, históricos y lingüísticos como pueblo; es decir, un intento de manipulación sesgada e interesada de nuestro pasado.

31 Muñoz, Gustau. «La política de memòria al País Valencià: episodis contemporanis», *Idees. Revista de Temes Contemporanis*, núm. 28-29, 2006, pp. 28-29.

Memoria histórica y democrática

Tras las últimas elecciones autonómicas de 2015, el nuevo gobierno valenciano ha creado la Dirección General de Reformas Democráticas para impulsar medidas de recuperación de la memoria histórica en el marco de la normativa vigente sobre la materia. Sus primeras medidas hasta el momento han sido la remisión a ayuntamientos, diputaciones y asociaciones memorialísticas de una carta en la que solicita una lista de los vestigios relativos a la Guerra Civil y la dictadura que, dependientes de las administraciones públicas, todavía perviven en espacios públicos; la constitución de una comisión técnica de coordinación con este fin³² y la redacción de una ley de memoria democrática para «recuperar la memoria de los luchadores por la libertad en el País Valenciano», que incluye avances significativos en varios aspectos, como la condición de víctima y su reparación, la política de exhumación de fosas, los archivos de la represión y la simbología franquista, entre otras, respecto a la ley estatal de 2007. Actualmente, el proyecto de ley se encuentra en fase parlamentaria y se espera que se apruebe antes de que acabe el año 2017.³³ De todas maneras, se han publicado dos convocatorias de ayudas a proyectos de memoria histórica y democrática dirigidas a ayuntamientos, universidades y asociaciones memorialísticas y se han organizado diversos actos de homenaje y reparación a las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo, y conmemorativos de acontecimientos de la Segunda República.

5.2. Propuestas para el País Valenciano sobre derecho a la verdad y archivos

El Gobierno valenciano tiene que reconocer el derecho imprescriptible de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos a la verdad mediante iniciativas. Algunas, como la creación de un censo de víctimas y de una comisión de la verdad, entre otras, ya se encuentran recogidas en el Proyecto de Ley de Memoria Democrática y para la Convivencia de la Comunitat Valenciana, publicada en el DOGV el 17 de marzo de 2017. Entre las medidas y proyectos que se podrían desarrollar destacan los siguientes:

- La creación de un censo de víctimas de la Guerra Civil y del franquismo, de una comisión de investigación de los desaparecidos/as del franquismo y una base de datos genética para los desaparecidos/as del franquismo y víctimas de la Guerra Civil.
- El establecimiento de una comisión de la verdad del País Valenciano para los crímenes y violaciones de los derechos humanos del franquismo y el periodo posterior de impunidad. Las víctimas del franquismo, sus familiares y los investigadores deben tener el derecho de acceder a los archivos, así como el de preservarlos. En cuanto a medidas tendentes a hacer accesible y a preservar la información y la documentación histórica en lo referente al periodo de estudio, pueden impulsarse varios proyectos, como por ejemplo:
 - La creación del Centro Documental Memoria Histórica del País Valenciano, que desarrollará un plan de actuación sobre memoria oral con la recogida, catalogación y difusión de los testimonios orales; la creación de un fondo fotográfico de espacios y lugares de memoria y de personas y víctimas relativas a la Guerra Civil y la represión franquista y la elaboración

32 Mediante la Resolución de 26 de octubre de 2015, de la consellera de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas.

33 Ley de Memoria Democrática y para la Convivencia de la Comunitat Valenciana, DOGV de 17 de marzo de 2017.

Memoria histórica y democrática

de un plan de actuación sobre correspondencia privada. Se hará una mención más explícita del tema de género y de los niños para potenciar la investigación en este ámbito.

- La creación de una comisión para el estudio, digitalización y catalogación de todo el material en lo referente a la memoria de la Guerra Civil y el franquismo localizado en diferentes centros y archivos:
 - a) El Centro Documental de la Memoria Histórica de Salamanca (político-social, depuraciones de funcionarios, Tribunal de la Masonería y el Comunismo, Causa General, fichas personales de la Auditoría de Guerra y Ocupación, fondos fotográficos).
 - b) El Archivo General de la Administración de Alcalá de Henares.
 - c) El Archivo Militar de Guadalajara, en lo referente a campos de concentración y batallones de trabajadores, y el Archivo Militar de Ávila en cuanto a unidades militares.
 - d) El Archivo General Histórico de Defensa de Madrid, donde están los consejos de guerra de Valencia, Alicante y Castellón y los archivos o dependencias militares donde se encuentran los incoados a valencianos fuera de nuestro territorio.
 - e) El Archivo del Reino de Valencia —serie de magistratura de trabajo, sindicatos verticales, asociaciones de Valencia, fondos penitenciarios y una parte de los expedientes de responsabilidades políticas incoados en la provincia de Valencia—.
 - f) Los registros civiles y juzgados de paz —libros de defunción y juntas de libertad vigilada—.
 - g) Los archivos históricos provinciales —fondos del Gobierno Civil, de asociaciones y de los diferentes organismos de la Administración periférica en la provincia—, archivos municipales.
 - h) El Archivo de la Memoria de Acció Cultural del País Valencià en Elche.
 - i) Otros archivos, como los archivos de hospitales, archivos de las prisiones del País Valenciano —como el del centro penitenciario de Picassent, que reúne documentación de prisiones valencianas—, archivos judiciales como el territorial de Riba-roja, archivos de la Guardia Civil, archivos de colegios profesionales —médicos, arquitectos, abogados—, de enseñanzas medias, de empresas públicas y de escuelas superiores.

Los diferentes servicios de archivo cooperarán con la Comisión de la Verdad en la investigación de documentación e información sobre crímenes y violaciones de los derechos humanos del franquismo y el periodo posterior de impunidad. En todos estos proyectos, en su constitución, contenidos y funcionamiento, el Centro Documental de la Memoria Histórica del País Valenciano debería tener la participación de las asociaciones de víctimas del franquismo y sus familiares, de organizaciones de memoria histórica de lucha contra la impunidad y de defensa de los derechos humanos y de investigadores especializados.

6. Una experiencia desde el movimiento memorialístico. el centro de documentación de la memoria del GRMHC

Una de las principales tareas del Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló es y ha sido la realización de proyectos para la recuperación de la memoria histórica en las co-

Memoria histórica y democrática

marcas de Castellón, que ha ligado siempre sus actividades a la recuperación de la memoria histórica en el País Valenciano y en el Estado español; junto a la voluntad y práctica de la promoción de la convivencia democrática en nuestro territorio, así como el respeto de los derechos humanos, derechos y libertades fundamentales.

El GRMHC, a lo largo de cerca de quince años de trabajo, ha hecho una importante tarea de recuperación de testimonios orales, así como la compilación de materiales de archivos personales como por ejemplo cartas, escritos y fotografías, entre otros. Estos materiales — algunos originales dados por las familias y otros, copias— forman parte de los archivos del GRMHC. También se ha conseguido digitalizar y obtener copias de documentos y fotografías referentes en la recuperación de nuestra memoria histórica y necesarios para profundizar en trabajos de investigación, tanto de miembros del GRMHC como de investigadores locales. La donación de material, así como el aumento de consultas y de personas que quieren contar su experiencia y dar testimonio, ha aumentado considerablemente a lo largo de los últimos años gracias a la realización de actos, conferencias, participación en diferentes jornadas, muestras de nuestras exposiciones y presentación de publicaciones de memoria histórica de miembros del GRMHC en varias localidades de nuestras comarcas.

Los proyectos de memoria histórica que se convocaron en el ámbito estatal en 2007 y 2008, así como la convocatoria de ayudas a actividades de memoria histórica y democrática de 2016 en la Comunidad Valenciana, han posibilitado el desarrollo de un proyecto de Centro Documental de la Memoria Histórica de Castellón, con archivos histórico, de prensa, memoria oral y un banco de imágenes histórico de nuestro ámbito geográfico de trabajo e investigación.

Entre nuestros objetivos y las iniciativas que llevamos a cabo destacan las de recuperación de la memoria histórica mediante la recuperación, el tratamiento y la digitalización de los archivos; la difusión de esta documentación histórica y de estos archivos fotográficos y orales por medio de las actividades y redes del GRMHC, como publicaciones, exposiciones, puesta en línea de los archivos consultables, consulta de los archivos por investigadores externos al GRMHC, consulta por parte de las víctimas y familiares, etc. Esta recuperación documental nos ha permitido preservar el patrimonio de la memoria histórica para las generaciones actuales y futuras, poner en valor este archivo y patrimonio, dar a conocer este patrimonio entre la población del País Valenciano y público en general a través de las actividades del GRMHC, ayudar a los investigadores del GRMHC, así como otros investigadores, a poder desarrollar mejor su tarea, ayudar a los familiares, entidades y otros grupos de investigación o de recuperación de la memoria a poder acceder a la información de los archivos del GRMH de una manera más accesible.

7. Bibliografía

- Aguilar Fernández, Paloma. *Políticas de la memoria y memorias de la política*, Madrid, Alianza, 2008.
- Capellà, Margalida. «Aportacions de la justícia transicional a les polítiques públiques de memòria», Jornada de Memòria Històrica, Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007.
- Comisión Interministerial para el Estudio de la Situación de las Víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo, Informe sobre archivos, 2007.
- Chinchón Álvarez, Javier. «Justicia transicional: 'Memoria Histórica' y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española», *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 4, 2009, pp. 49-74.
- Cuesta Bustillo, Josefina. «Recuerdo, silencio y amnistía en la Transición y en la Democracia españolas (1975-2006)», *Studia Historica. Historia Contemporánea*, núm. 25, 2007, pp. 125-165.
- Espinosa Maestre, F. «Crímenes que no prescriben. España (1936-1953)», en R. Escudero Alday (ed.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Madrid, Trotta, 2013.
- Federación Estatal de Foros por la Memoria - DESPAGE, Guía para la búsqueda de desaparecidos y represaliados en la Guerra Civil y la posguerra, <http://www.foroporlamemoria.info/img_home/Guia_de_Busqueda_ver_3.0.pdf>, 2007.
- Gaborit, Maurice. «Memoria histórica: revertir la historia desde las víctimas», ECA, Estudios Centroamericanos, núm. 693-694, 2006, pp. 663-684.
- Gálvez Biescas, S. «Memorias, historia, derechos humanos, políticas públicas: reflexiones en torno a la práctica historiográfica. Conclusiones», *Hispania Nova*, núm. 8, 2008, pp. 1-16.
- Generalitat Valenciana. Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de la Generalitat, de Memoria Democrática y para la Convivencia de la Comunitat Valenciana, DOGV de 13 de noviembre de 2017.
- Gómez Isa, F. «El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos», en F. Gómez Isa (dir.), *El derecho a la memoria*, Bilbao, Alberdania - Departamento para los Derechos Humanos, el Empleo y la Inserción Social de la Diputación Foral de Gipuzkoa, 2006.
- López López, Pedro. «Los archivos: garantes de derechos y de protección de la memoria histórica», en las jornadas «El papel de los archivos en la defensa de los derechos humanos y de la memoria histórica», Madrid, 2014.
- Molinero Ruiz, Carme. «Represión franquista y políticas públicas de memoria», en Conference on Historical Memory: Policy and Practice, Catalan Observatory, London School of Economics and Political Science, 2007.

Memoria histórica y democrática

- Muñoz, Gustau. «La política de memòria al País Valencià: episodis contemporanis», *Idees. Revista de Temes Contemporanis*, núm. 28-29, 2006, pp. 28-29.
- ONU. Comisión de Derechos Humanos, documento E/CN.4/2006/91.
- Porcar Orihuela, Juan Luis. «Políticas de memoria en España», Barataria. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 20, 2015, pp. 61-77.
- Rodrigo, Javier. «Ecos de una guerra presente: ‘memoria’, ‘olvido’, ‘recuperación’ e instrumentación de la Guerra Civil Española», en M.ª Dolores de la Calle y M. Redero (coord.), *Guerra Civil: documentos y memoria*, Salamanca, Universitat de Salamanca, 2006.
- Schabas, William A. «Comisiones de la Verdad y Memoria», en F. Gómez Isa (dir.), *El derecho a la memoria*, Bilbao, Alberdania - Departamento para los Derechos Humanos, el Empleo y la Inserción Social de la Diputación Foral de Gipuzkoa, 2006.

INVESTIGAR LA REPRESIÓN FRANQUISTA DE POSGUERRA EN LA PROVINCIA DE VALENCIA: LAS FUENTES DOCUMENTALES ^{1, 2}

Melanie Ibáñez Domingo³ y Vicenta Verdugo Martí⁴

RESUMEN: el presente artículo es una adaptación de un informe del Aula de Historia y Memoria Democrática (Universidad de Valencia) sobre el estudio de la represión de posguerra en la provincia de Valencia. Su objetivo es realizar una aproximación general al estado de las investigaciones y de las fuentes documentales, centrándose especialmente en las modalidades judiciales del entramado represivo.

PALABRAS CLAVE: dictadura franquista, represión, posguerra, investigaciones, fuentes documentales, Valencia.

ABSTRACT: This paper is an adaptation of a report of the Aula de Historia y Memoria Democrática on the study of post-war repression in the province of Valencia. The objective is to offer a general approach to the state of investigations and documentary sources, with an intensive focus on the judicial forms of the repression.

KEYWORDS: Franco's dictatorship, repression, post-war period, researchs, documentary sources, Valencia.

SUMARIO: 1. El estudio de la represión franquista de posguerra en la provincia de Valencia: un recorrido general.- 2. El eterno problema de las fuentes.- 2.1. La justicia militar.- 2.2. Cárceles de posguerra.- 2.3. La Ley de Responsabilidades Políticas.- 2.4. Batallones de Trabajadores.- 2.5. Juntas de Libertad Vigilada.- 2.6. Depuraciones profesionales y laborales.- 3. Dos balances, un balance ambivalente.- 4. Bibliografía

1. El estudio de la represión franquista de posguerra en la provincia de Valencia: un recorrido general

Con el final de la Guerra Civil, la dictadura franquista se extendió a la totalidad del estado español y, con ella, la salvaje represión ya iniciada desde el mismo momento del golpe militar. La aplicación de la violencia sirvió para destruir las prácticas sociales y la pluralidad política republicana, para restaurar un orden político, económico, social, religioso y de género. De tal forma que, «el franquismo y quienes le apoyaban fueron los ejecutores de la democracia en España»⁵. De esta forma, desde abril de 1939, la violencia y la represión se desataron

1 Original del artículo en castellano

2 Este trabajo se enmarca en el Grupo de Excelencia GVPROMETE02016-108 GEHTID- Grup d'estudis històrics sobre les transicions i la democràcia. Financiado por la Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana. Y en el proyecto HAR 2014-57392 Transiciones, movimientos sociales y democracia en el siglo XX. España en perspectiva comparada. Financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y fondos FEDER.

3 Melanie Ibáñez Domingo es Técnica Superior de Apoyo a la Investigación, Universidad de Valencia. Departamento de Historia Moderna y Contemporánea de la Facultad de Geografía e Historia

4 Vicenta Verdugo Martí es Profesora Doctora Investigadora. Unidad de Educación de Florida Universitaria

5 SAZ, I., *Fascismo y franquismo*, València, PUV, 2004, p. 14.

Memoria histórica y democrática

intensamente sobre los últimos territorios ocupados por el ejército franquista, entre los que se encuentra la provincia de Valencia. En los bandos, automáticos tras la ocupación, se recordaba a la población la vigencia del estado de guerra y de los delitos de rebelión. Se someterían a la jurisdicción militar todos los delitos cometidos a partir del 18 de julio de 1936, su tramitación e instrucción sería por Procedimiento Sumarísimo de Urgencia y su fallo correspondería a los Consejos de Guerra Permanentes. En un contexto de intimidación, miedo, hambre y miseria, miles de personas fallecieron por causas directamente relacionadas con la represión, correspondiendo el mayor porcentaje a las ejecutadas como consecuencia de un procedimiento militar⁶.

Actualmente, frente a cualquier esfuerzo de síntesis, existe una amplia bibliografía y líneas de investigación abiertas sobre la represión en el ámbito local, provincial y autonómico. Estos estudios sobrepasan con mucho la amplitud de estas páginas y el profesor Ricard Camil Torres Fabra ha dado buena cuenta de ello en su obra recopilatoria que recoge hasta el año 2008⁷. Es por ello que únicamente realizaremos una evolución cronológica, resaltando actividades desde el ámbito académico que consideramos claves; o, asimismo, trataremos de recoger los resultados de las principales líneas de investigación que han ido desarrollándose.

La conmemoración en 1986 del cincuenta aniversario de la proclamación de Valencia como capital de la República conllevó la realización de un Congreso sobre la Guerra Civil y el franquismo, organizado por el Ayuntamiento de la ciudad; congreso que marcó un punto de inflexión en la investigación histórica sobre la II República, la Guerra Civil y la represión dictatorial. En él se abrían nuevas vías de investigación para el estudio de la represión como, por ejemplo, la dedicada a la depuración del profesorado universitario; o se analizaban nuevas metodologías y fuentes como los testimonios orales con la intervención del profesor Ronald Fraser⁸. Más de una década después, la celebración en Valencia en 1999 del IV Encuentro de Investigadores del franquismo: Tiempos de Silencio, en la que colaboraron la Universitat de València y la red Archivos Históricos de CCOO, entre ellos el Arxiu José Luís Borbolla de CCOO-PV, reunió a un nutrido grupo de historiadores e historiadoras con ponencias y comunicaciones que abordaban desde distintas temáticas y líneas de investigación la represión franquista de posguerra⁹.

En la misma línea, cabe señalar que en 2003 la revista *Afers* publicaba un monográfico coordinado por Carles Santacana con el título: *La repressió franquista*, en él se abordaba para el ámbito catalán el análisis de diversas temáticas y las características represivas del régimen franquista¹⁰. Por su parte, la conmemoración del setenta aniversario de la Guerra Civil en el año 2006 supuso la realización de una serie de jornadas y congresos. Citamos, entre ellas, las organizadas por el Departamento de Historia Contemporánea de la Universitat de València producto de las cuales fue la publicación de la obra *Fa setanta anys*, coordinada por los profesores Albert Girona y Javier Navarro. Publicación que recoge el estado de la cuestión y

6 A este respecto, véanse las cifras aportadas por Vicent Gabarda. GABARDA, V., *Els afusellaments al País Valencià (1938-1956)*. València, PUV, 2007.

7 TORRES, R. C., *La repressió franquista al País Valencià. Recull bibliogràfic*, València, Tres i Quatre, 2008.

8 VVAA, *La II República. Una esperança frustrada*. València, Edicions Alfons el Magnànim, 1987.

9 SIGALAT, M. J., GÓMEZ A., REIG, R., y SAZ, I. (Coords), *Tiempos de silencio*. Actas IV Encuentro de Investigadores del franquismo. València, FEIS, 1999.

10 SANTACANA, C., (Coord), *La repressió franquista*, *Afers*, nº 45, 2003.

Memoria histórica y democrática

la reflexión sobre las fuentes y documentación existente, así como las vías y nuevos ámbitos de investigación¹¹.

Un año después, en 2007, la conmemoración de Valencia como capital de la República aglutinó toda una serie de actos y exposiciones, entre ellos la celebración de un Congreso Internacional de Historia. Fruto de dicho congreso fue la publicación de la obra: *València, capital cultural de la República (1936-1937)*, editada por los profesores Manuel Aznar Soler; Josep L. Barona y Javier Navarro Navarro. Si bien entre las ponencias no se dedicó ninguna específica a la represión franquista, sí que hay que señalar que la conferencia inaugural impartida por Ronald Fraser, quien nuevamente ponía el acento en la historia y la memoria de la población vencida y en la importancia de la historia oral para el estudio de la Guerra Civil y la represión¹².

Precisamente, el año 2007 se aprobó la denominada Ley de la Memoria Histórica, habiendo eclosionado años atrás el denominado movimiento por la Recuperación de la Memoria Histórica. Ambos son una muestra de la necesidad de dar respuestas —también históricas— a las demandas de la sociedad civil por identificar a las víctimas anónimas de la Guerra Civil y la posguerra. Y con ello, la necesidad de la apertura de todos los archivos y el acceso a la investigación. Esta demanda social ha tenido su reflejo en el ámbito de la historiografía.

Fruto de este interés por conocer la represión franquista fue la exposición *Presas de Franco*, en la Nau de la Universitat de València en el año 2008. En ella colaboraron historiadoras e historiadores de toda España; entre ellos, las profesoras Ana Aguado y Vicenta Verdugo con la coordinación de uno de los ejes expositivos relativo a las cárceles femeninas valencianas. Esta fue una de las primeras veces que se abordaba de manera específica en Valencia y su provincia el universo penitenciario de las cárceles femeninas franquistas y con ello la recuperación de algunas de las biografías de las presas políticas de posguerra¹³. Finalmente, sin ánimo de extendernos, cabe destacar el impulso que supusieron las primeras dos Trobades d'investigadors de la Comissió de la Veritat, celebrados en los años 2008 y 2009¹⁴.

Como consecuencia de este interés creciente por parte de la historiografía, existe ya en la actualidad una amplia bibliografía en torno a la represión franquista de posguerra en la provincia de Valencia, destacando aquellas que son producto de tesis doctorales o estudios específicos. En primer lugar, se encuentran las investigaciones de carácter local y comarcal con nombres propios como Antonio Calzado y Ricard Camil Torres, sin olvidar otros como Joan Josep Adrià¹⁵. Por su parte, se han ido abordando modalidades represivas como la Ley

11 GIRONA A. y NAVARRO, J. (eds), *Fa setanta anys. La Guerra Civil al País Valencià (1936-1939)*, València, PUV, 2009.

12 AZNAR, M., BARONA, J. L., y NAVARRO, J., *València, capital cultural de la República (1936-1937)*. Congrès Internacional, València, SECC-PUV, 2008.

13 AGUADO, A., "Historia de una presa de Franco: Remedios Montero: Celia". En GÁLVEZ, S. y HERNÁNDEZ, F. (eds.), *Presas de Franco*, Málaga, FIM, 2007. En la misma obra: VERDUGO, V., "Presas políticas en Valencia". Previamente, el profesor Ricard Camil Torres en 2006 realizó una breve aproximación a los centros de reclusión valencianos del franquismo, entre los que se incluían los femeninos. TORRES, R. C., "El món de les presons al País Valencià". En: PAGÈS, P. (coord.), *Guerra, franquisme i transició*. València: Edicions del País Valencià, 2006.

14 PAGÈS, P. (ed.), *La repressió franquista al País Valencià. Primera trobada d'investigadors de la Comissió de la Veritat*, València, Tres i Quatre, 2009. TORRES, R. C. y NAVARRO, J. (eds.), *Temps de por al País Valencià (1938-1975)*. Estudis sobre la repressió franquista, Castellón de la Plana, UJI, 2012.

15 Entre otros, ADRIÀ, J.J., *La postguerra en un poble valencià, Llíria 1939-1953*, tesis doctoral, Universitat de València, 1990. CALZADO, A. y TORRES, R. C.: *Un silenci extens. El franquisme a la Ribera Baixa, 1939-1962*. València, Diputació de Valencia, 1995. CALZADO, A., *Entre la nit i el marasme: la Vall d'Albaida, 1939-1952*. Valencia, Germania, 2005. CALZADO, A., *La Vall digna. Un món en conflicte*

Memoria histórica y democrática

de Responsabilidades Políticas¹⁶, los Batallones de Trabajadores¹⁷, la Ley sobre represión de la Masonería y el Comunismo¹⁸, o las depuraciones laborales; sin olvidar los muertos por causas directamente relacionadas con la represión de posguerra¹⁹.

Respecto a las depuraciones laborales, a los trabajos locales y comarcales, se suman los estudios sobre la depuración del magisterio²⁰, del profesorado de la Universitat de València²¹ o de la Diputación Provincial²². Asimismo, relativo al ámbito laboral y represión del movimiento obrero en el primer franquismo y el sindicalismo vertical hay que citar los trabajos realizados por Ramir Reig y por J. Alberto Gómez Roda, director del Archivo Histórico «José Luís Borbolla CCOO-PV».²³

Para terminar, cabe también resaltar los trabajos sobre el exilio valenciano en la inmediata posguerra²⁴ o el trabajo realizado por la historiadora Fernanda Romeu Alfaro sobre la Agrupación Guerrillera de Levante, una investigación que fue pionera para el estudio de la Guerrilla en el País Valenciano pues su publicación se produjo en 1987, aunque ha tenido nuevas ediciones²⁵. Esta misma historiadora es autora de otra obra pionera, en este caso un estudio sobre la represión y resistencia femenina antifranquista²⁶. A este respecto, el estudio de la represión de posguerra en la provincia de Valencia desde una perspectiva de género ha sido una línea fecunda con los trabajos especialmente de Ana Aguado y Vicenta Verdugo²⁷.

(1931-1979), València, La Xara, 2015.

16 IBÁÑEZ, M., *Dictadura franquista y represión femenina: la aplicación de la Ley de Responsabilidades Políticas sobre las mujeres en Valencia (1939-c.1948)*, tesis doctoral, Universitat de València, 2017.

17 Tesis doctoral en curso de Josep Màrius Climent. Del mismo autor: CLIMENT, J.M., *El treball esclau durant el franquisme: la Vall d'Albaida (1938-1947)*, València, UV, 2016.

18 SAMPEDRO, V., "La repressió franquista de la maçoneria en el País Valencià: una aproximació al seus orígens" En TORRES, R.C y NAVARRO, J. (Ed.), *Temps de por al País Valencià (1938-1975)*, Castellón de la Plana, UJI, 2012.

19 GABARDA, V., *Els afusellaments al País Valencià (1938-1956)*. València, PUV, 2007.

20 Véase por ejemplo AGULLÓ, C. y FERNÁNDEZ, J. M., *Maestros valencianos bajo el franquismo: la depuración del magisterio, 1939-1944*, València: Alfons el Magnànim, 1999.

21 MANCEBO, M. F., "Consecuencias de la Guerra Civil en la Universidad valenciana: depuraciones y exilios", CIAN, nº 4, 2001. De la misma autora: "Depuración de profesores en la Universidad de Valencia", CUESTA, J. (coord.) *La depuración de funcionarios bajo la dictadura franquista (1939-1975)*, Madrid, Fundación Largo Caballero, 2009. BALDÓ, M.: "Represión franquista del profesorado universitario", CIAN, Vol. 14, nº 1, 2011. Del mismo autor: "Aterrados, desterrados y enterrados. La represión franquista del profesorado universitario", Saitabi, nº 59, 2009.

22 BALDÓ, M., "La Diputación en camisa azul (1939-1959)". En CHUST, M. (dir.), *Historia de la Diputación de Valencia*, València, Diputación de Valencia, 1995, pp. 359-402.

23 REIG, R., "Estratègies de supervivència i estratègies de millora. Els treballadors al País Valencià durant el franquisme (1939-1975)", *Afers*, vol. 10, nº 22, 1995. GÓMEZ, J. A.: *Comisiones Obreras y represión franquista. Valencia 1958-1972*, València, PUV, 2004.

24 Por ejemplo, MANCEBO, M. F., "La cultura del exilio" *Aula de Historia Social*, nº 13, 2004. ÍD., *La España de los exilios. Un mensaje para el siglo XXI*, València, PUV, 2008. CRUZ, J. I.: "Los colegios del exilio en México", *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, nº 61, 2006.

25 ROMEU, F., *Más allá de la utopía: Perfil histórico de la Agrupación Guerrillera de Levante*, València, IVEI, 1987.

26 ROMEU, F., *El silencio roto. Mujeres contra el franquismo*. Madrid/Oviedo: Gráficas Summa, 1994.

27 Véase por ejemplo AGUADO, A. y VERDUGO, V., "Las cárceles franquistas de mujeres en Valencia: castigar, purificar y reeducar", *Studia Historica*, nº 29, 2011. O VERDUGO, V., "Franquismo y represión penitenciaria femenina: las presas de Franco en Valencia", *Arenal*, Vol., 15, nº 1, 2008.

2. El eterno problema de las fuentes

Sin embargo, pese a la profusión de temas, la abundancia de publicaciones y las diferentes líneas de investigación abiertas, siguen existiendo importantes vacíos históricos en el estudio de la represión franquista en el ámbito de Valencia y su provincia. Estos vacíos están directamente relacionados con el estado de las fuentes documentales y el escaso o nulo interés del gobierno anterior por afrontar la situación y dar apoyo a las investigaciones en este ámbito. Existen actualmente toda una serie de problemas que resultan llamativos si tenemos en cuenta los años transcurridos desde el final de la dictadura. En líneas generales, debemos destacar las grandes y graves carencias de los fondos documentales de archivo sobre la represión franquista: desaparición, dispersión, mal estado de conservación, catalogación deficiente, desconocimiento sobre su paradero, etc.

El acceso a las mismas si bien legalmente está reconocido, en muchos de los casos resulta imposible y lleno de dificultades a modo de una carrera de obstáculos. No hay, o esta no se refleja, una unidad de criterio en cuanto a las medidas a adoptar sobre su preservación, catalogación y acceso público. La dejación por parte del anterior gobierno valenciano, unido a otros factores, han generado una situación caótica que de no afrontarse puede tener consecuencias irreversibles para el estudio del periodo, el consiguiente conocimiento histórico de la violencia desplegada por la dictadura franquista y, por ende, para la construcción y consolidación de una memoria democrática.

Ante esta circunstancia, desde el Aula de Historia y Memoria Democrática se elaboraron una serie de informes relativos a fondos documentales para el estudio de la represión de posguerra, así como propuestas de posibles actuaciones. Se prestó especial atención a aquellas problemáticas que pueden abordarse, o comenzar a abordarse, en un espacio medio de tiempo al tratarse de situaciones conocidas y más o menos bien detectadas. Asimismo, se emplearon criterios académicos: qué vacíos historiográficos existen total o parcialmente, o centrarse en las modalidades judiciales de la represión, por ejemplo. A continuación, se relacionan alguna de estas problemáticas tratando de seguir un esquema que recoja el estado actual de las investigaciones en cada punto y la situación de la documentación necesaria para su estudio.

2.1. La justicia militar

Ante los tribunales militares desfilaron tras el final de la Guerra Civil tanto militares como civiles que habían defendido la legalidad republicana o eran considerados partidarios de la misma. Sobre todos ellos se aplicó el Código de Justicia Militar con reformas que suprimieron por decreto las escasas garantías ya existentes²⁸.

Actualmente, no hay ningún trabajo monográfico que tenga como objeto de investigación los Consejos de Guerra en la provincia de Valencia. Las únicas aproximaciones que se han realizado a esta temática hasta el momento han tenido normalmente como base el análisis de los expedientes penitenciarios y de los expedientes de responsabilidades políticas en los que figuran copias de los testimonios de sentencia. De ahí la importancia de la conservación

28 Sobre la justicia militar puede verse: MARCO, J., «Debemos condenar y condenamos...» *Justicia militar y represión en España (1936-1948)*. En ARÓSTEGUI, J. (coord.), *Franco, la represión como sistema*, Barcelona, Flor del Viento, 2012. Y MORENO, F., «La represión en la posguerra». En JULIÁ S. (coord.), *Víctimas de la Guerra Civil*, Madrid, Temas de Hoy, 1999.

Memoria histórica y democrática

y consulta prioritaria de estos fondos que actualmente sí que se hallan radicados en Valencia. Gracias a ellos podemos aproximarnos a las tipologías delictivas atribuidas o a las condenas impuestas. No obstante, las sentencias no permiten adentrarnos en las dinámicas de las denuncias, testimonios, personas implicadas, etc.

La documentación resultante de la aplicación de la justicia militar en la inmediata posguerra son los Procedimientos Sumarísimos o Sumarísimos de Urgencia, que fueron fallados por Consejos de Guerra. Actualmente se hallan en Madrid en el Archivo General e Histórico de Defensa, donde fueron trasladados desde Valencia. Esta documentación ingresó en este Archivo a principios de 2009 en régimen de depósito después de varias décadas en las que sufrió catástrofes naturales y malas condiciones de conservación en instalaciones de diverso tipo. A ello se unieron traslados e incluso manipulaciones indebidas que contribuyeron a su actual estado y desorganización del fondo.

En el portal web del Archivo Histórico de Defensa se puede acceder a los «Procedimientos Judiciales incoados por la Justicia Militar a raíz de la Guerra Civil y durante la etapa franquista bajo responsabilidad del Tribunal Militar Territorial 1^º». Bajo la jurisdicción del Tribunal Militar Territorial Primero se engloban las actuales comunidades autónomas de Extremadura, Castilla-La Mancha, Madrid, Valencia y Murcia. Esta descripción es incompleta por cuanto se pueden encontrar Procedimientos Judiciales anteriores a la Guerra Civil. Consta de cuatro relaciones en formato informático PDF presentadas alfabéticamente, en la que se hace constar nombre, apellidos, año de apertura del PSU, número de Sumario, de Legajo o Caja, en sus respectivos fondos (en este caso, Valencia). No obstante, también existe una dilatada relación de PSU con entradas sin concretar (apodos, título del PSU, etc.). En algunos casos como la provincia de Castellón los PSU están digitalizados, circunstancia que no se ha producido para los de Valencia.

Un número indeterminado de PSU se encuentran grave o gravísimamente dañados por los efectos de la «riada» de 1957. Todavía se encuentran sin restaurar y en muchos casos debe admitirse que seguramente serán irreparables. Al estado de conservación se suman, entre otros, los desplazamientos necesarios —una investigación sobre estos fondos implica un traslado casi permanente a Madrid—, el horario de consulta —días laborables de 9 a 14 horas— y la escasez de personal imposibilitando o ralentizando extraordinariamente la consulta.

La titularidad de estos fondos documentales es del Ministerio de Defensa por lo que consideramos fundamental que desde los poderes públicos valencianos se establezcan los contactos necesarios para interesarse por el estado actual de esta documentación, incidir en la necesaria conservación enfocada a evitar un mayor deterioro y solicitar la catalogación sistemática de los fondos. Asimismo, debe apostarse por su digitalización como se ha hecho en otras provincias, fundamental para que no se pierdan todavía más y para facilitar mayor disponibilidad para su consulta.

2.2. Cárceles de posguerra

Las penas impuestas por los Consejos de Guerra son las más expeditivas del entramado judicial franquista, con condenas a prisión o a muerte²⁹. Las cárceles constituyen el eje, microcosmos

29 Sobre las ejecuciones véase el trabajo ya citado de Vicent Gabarda.

Memoria histórica y democrática

y paradigma de la represión de posguerra. El universo carcelario representa y proyecta las principales características de la represión, la violencia y el control social ejercido contra la población vencida. Desde el momento en que eran detenidos y se incoaba un Procedimiento Sumarísimo de Urgencia los encausados pasaban a prisión preventiva no pudiendo solicitarse la libertad provisional durante la instrucción de la causa. Si el fallo del Consejo de Guerra era condenatorio volvían a las cárceles a cumplir las largas penas impuestas. Si la causa se sobreescribía o recaía sentencia absolutoria quedaban todavía a disposición del Gobernador Civil hasta que éste aprobase su salida de la cárcel³⁰.

Las principales cárceles de posguerra, las denominadas prisiones centrales, se hallan localizadas en la ciudad de Valencia y sus alrededores. Son las prisiones masculinas Celular o Modelo, San Miguel de los Reyes, Monasterio de Santa María del Puig y Porta Coeli; y la prisión femenina Provincial de Mujeres, con su filial: Prisión Nueva Convento de Santa Clara. A estas se sumaban las prisiones preventivas de partido judicial: Alberic, Alzira, Gandia, Xàtiva, Liria, Requena, Sueca, Porta-Coeli, Torrent, Carlet, etc. Finalmente existían otros tantos espacios de reclusión de corta y media duración que fueron habilitados para albergar en los primeros momentos a la ingente cantidad de detenidos: centros de clasificación, centros habilitados de detención, etc. Por ejemplo, plazas de toros, mansiones o conventos³¹.

La investigación académica desarrollada en el ámbito de la provincia de Valencia en torno a las cárceles de posguerra puede considerarse todavía preliminar debido a la imposibilidad hasta hace muy poco tiempo de una consulta normalizada de la documentación, así como a la ausencia de financiación y voluntad política para abordar este tema clave en la investigación de la represión de posguerra. De hecho, la consulta de los fondos para realizar los primeros estudios fue realizada en la propia prisión de Picassent, con los numerosos inconvenientes y dificultades, además de sufrir de cerca las condiciones de la documentación. Cabe destacar la panorámica general del profesor Ricard Camil Torres al mundo penitenciario valenciano, así como los trabajos de la profesora Vicenta Verdugo sobre las cárceles femeninas y las experiencias de las presas políticas³².

No obstante, el balance es negativo si nos atenemos a la importancia de estos espacios de reclusión. Falta abordar de manera sistemática o selectiva el grueso de la documentación depositada en el Archivo del Reino, como también la que todavía permanece en Picassent. El volcado de estos fondos permitiría: aproximar el volumen total de presos, la distinción en los fondos de presos políticos y comunes, no realizada todavía desde el Archivo del Reino; adentrarnos en las dinámicas dentro de las distintas cárceles, conocer las condiciones de vida dentro la prisión, tales como las formas de relación, estrategias de supervivencia y resistencia, epidemias, enfermedades, interrelación entre las distintas instituciones franquistas, etc.; las casuísticas propias de las cárceles femeninas atendiendo a sus especificidades —por ejemplo, la presencia de niños o la utilización de mecanismos diferenciados de castigo—.

30 Al respecto, pueden verse entre otros los trabajos de Gutmaro Gómez Bravo. Por ejemplo, GÓMEZ, G., *El exilio interior. Cárcel y represión en la España franquista, 1939-1950*, Madrid, Taurus, 2009.

31 Véase TORRES, R. C., "Introducció al món penitenciari al País Valencià". En Pelai PAGÉS (ed.): *La represió franquista al País Valencià. Primera Trobada d'Investigadors de la Veritat*, València, Tres i Quatre, 2009. O TORRES, R.C, *Alambradas, muros y corrientes de aire: el universo penitenciario franquista de la postguerra en el país valenciano*, Xàtiva (Valencia), Ulleye, 2013.

32 Íbid. Y los trabajos anteriormente citados: AGUADO, A. y VERDUGO, V., "Las cárceles franquistas de mujeres en Valencia: castigar, purificar y reeducar", *Studia Historica*, nº 29, 2011. O VERDUGO, V., "Franquismo y represión penitenciaria femenina: las presas de Franco en Valencia", *Arenal*, Vol., 15, nº 1, 2008.

Memoria histórica y democrática

Como se ha señalado, hasta hace aproximadamente cinco años los expedientes penitenciarios y otra documentación interna relativa a las cárceles se encontraba en el actual centro penitenciario de Picassent. Las condiciones del espacio no eran óptimas para su conservación —destacándose la humedad y algunas inundaciones que dejaron inservibles un buen número de ellos—. Ello ha conllevado un notable deterioro de una parte de esta documentación. Además, una inmensa mayoría permanecen con grapas metálicas cuyo óxido ha deteriorado enormemente el papel.

Entre el año 2011 y el año 2015 una parte de esta documentación —el grueso de los expedientes penitenciarios— fue trasladado de este centro penitenciario al Archivo del Reino de Valencia en, al menos, tres fases. Desconocemos la forma en qué se materializó este traslado y otras cuestiones que podrían ser relevantes para la investigación de estos fondos —por ejemplo, el monto total de expedientes que componen el fondo—. A ello se suman otros problemas como la constatación de que no han llegado todos los expedientes penitenciarios. Algunos de los relativos a presas políticas consultados por Vicenta Verdugo y Ricard Camil Torres actualmente no se encuentran en el Archivo del Reino. Las contrastaciones realizadas se han centrado en las cárceles de mujeres, pero esta problemática podría extenderse a otros centros de reclusión.

Entre estos problemas, destaca que una parte de la documentación permanece todavía en Picassent, con las consiguientes condiciones de deterioro. Se trata de documentación imprescindible para aproximarnos al mundo carcelario y a las condiciones de vida dentro de estos espacios: fichas, documentación relativa la enfermería de la prisión y a fuentes sobre la administración y el funcionamiento interno de las cárceles valencianas de posguerra (libros de registro de entradas, de visitas, relativos al personal funcionario, juntas de disciplina, etc.). Por lo que parece no está previsto el traslado de esta documentación al Archivo del Reino o a otro.

Ante estas circunstancias, el Aula solicitó como urgente la gestión de los contactos necesarios para entrar en la prisión de Picassent y revisar los fondos que todavía se encuentran allí almacenados. Junto a ello, que se inicien las gestiones para que todo este montante documental no siga deteriorándose, contemplándose prioritariamente su traslado al Archivo del Reino u otro espacio que permita su correcta conservación, catalogación y consulta. A esta actuación, considerada urgente, se sumaría la necesidad de realizar un volcado sistemático de los expedientes penitenciarios ya consultables en el Archivo del Reino, al menos con una finalidad básica para la memoria democrática: establecer un número mínimo y aproximado de presos políticos durante la dictadura franquista.

2.3. *La Ley de Responsabilidades Políticas*

La condena previa por la jurisdicción militar implicaba un segundo encausamiento y condena por la jurisdicción de responsabilidades políticas. Además, la Ley de Responsabilidades Políticas incluía otros motivos de inicio de expedientes y otras tantas causas de responsabilidad que han sido definidas por investigadores y especialistas como un verdadero catálogo de «pecados democráticos». Esta ley, calificada como un «despropósito» o «aberración» en términos jurídicos, es el eje de la represión económica judicial de posguerra. Una condena por responsabilidades políticas implicaba siempre una sanción económica, a la que podían sumarse otras complementarias³³.

33 Entre otros, ÁLVARO, M., «Por ministerio de la Ley y voluntad del Caudillo». *La Jurisdicción Especial de Responsabilidades Políticas*

Memoria histórica y democrática

El estudio de la aplicación de la Ley de Responsabilidades Políticas en la provincia de Valencia ha sido abordado hasta el momento en el espacio intermedio comarcal y, a nivel provincial, con una primera aproximación a su funcionamiento e incidencia, prestando especial atención a las responsables políticas y al análisis desde una perspectiva de género³⁴. En este sentido, se cuenta ya con una primera cuantificación de responsables políticos en la provincia de Valencia a partir de los diferentes anuncios de incoación de expedientes publicados en el Boletín Oficial de la Provincia entre 1939 y 1945. No obstante, la aproximación al volumen de represaliados es incompleta dado que únicamente se cuenta con un listado alfabético hasta la reforma de 1942 y con un listado que sí contempla a todas las responsables políticas de Valencia. La consulta de este periódico oficial, unido a la documentación conservada en el Archivo del Reino, ha permitido también aproximarnos a la dinámica judicial y los problemas a la que ésta se enfrentó. Por su parte, en el Archivo del Reino de Valencia han sido consultados todos los expedientes de responsabilidades políticas relativos a mujeres y los escasos legajos de documentación interna correspondientes ya a la aplicación por parte de la justicia ordinaria a partir de 1942³⁵.

Como en las restantes modalidades judiciales de la represión de posguerra, las investigaciones se han realizado consultando los fondos disponibles y en ningún caso puede afirmarse que se trate de una cuestión ya estudiada. El grueso de esta documentación conservada y consultable desde la propia provincia de Valencia se halla en el Archivo del Reino de Valencia. A este archivo se han ido realizando transferencias de documentación judicial procedentes del juzgado decano de Valencia. Se custodian más de medio centenar de cajas con expedientes y burocracia interna correspondientes a tres fondos: Valencia, Carlet y Sagunto. Por su parte, la nueva catalogación de cajas referidas como de justicia ordinaria está sacando a la luz nuevos expedientes no localizados con anterioridad. No obstante, desconocemos en la actualidad la cantidad exacta de expedientes conservados o el número de encausados a los que se refieren. En cualquier caso, estos expedientes conservados y consultables en el Archivo del Reino no responden a la totalidad de los instruidos y es probable que no recojan ni la mitad de los mismos —por ejemplo, se conservan 99 expedientes contra mujeres, una cuarta parte de las que han podido ser localizadas también por otras vías—.

Asimismo, se conservan en este archivo unos pocos legajos de burocracia interna formados ya tras la reforma de la ley en 1942. Se refieren a algunos estadios, correspondencia, etc. de dos Juzgados de Primera instancia e Instrucción de la ciudad de Valencia. Falta la documentación de los restantes de la ciudad —entre ellos el Juzgado Decano número 1—, de los restantes partidos judiciales y de la Audiencia Provincial. Asimismo, no hay documentación interna relativa al primer periodo de aplicación de la ley entre 1939 y 1942. Nada referente al Tribunal Regional ni al Juzgado Civil Especial (con jurisdicción también sobre Alicante y Castellón), ni tampoco a los dos Juzgados Instructores Provinciales de Valencia. Esta documentación es clave

(1939-1945), Madrid, CEPC, 2006. También un análisis sintético del contenido de esta ley en GARCIA, A., "Un aspecto de la represión franquista de posguerra: La Ley de Responsabilidades Políticas". En RISQUES, M., VILANOVA, F. i VINYES, R. (coords.), *Les ruptures de l'any 1939*, Barcelona, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 2000.

34 CALZADO, A., *Segunda República, Guerra Civil y primer franquismo: la Vall d'Albaida (1931-1959)*, tesis doctoral, Universitat de València, 2004. IBÁÑEZ, M., *Dictadura franquista y represión femenina: la aplicación de la Ley de Responsabilidades Políticas sobre las mujeres en Valencia (1939-c.1948)*, tesis doctoral, Universitat de València, 2017.

35 *Ibid.*

para aproximar el volumen de la represión económica judicial en la provincia, los problemas que se enfrentaron a nivel interno, las instrucciones y órdenes recibidas desde Madrid, etc. El problema principal a la hora de analizar la Ley de Responsabilidades Políticas reside en no poder determinar donde se encuentra lo que falta o si ha sido destruido. Además de si hay más expedientes de esta naturaleza en fondos de justicia ordinaria, se barajan otros espacios como el Tribunal Superior de Justicia y, especialmente, el inescrutable expurgo judicial de Riba-Roja. Presumiblemente, allí se conservaría un montante importante de esta documentación, relativa a diferentes partidos judiciales. No obstante, no podemos aventurar una cantidad ni siquiera aproximada. Igualmente, es probable que otro montante se haya expurgado sin poderse precisar cuándo ni dónde.

2.4. Batallones de Trabajadores

Los Batallones de Trabajadores se extendieron desde marzo de 1937 hasta 1948, cuando se disolvieron las últimas unidades de trabajos forzados dependientes del ejército franquista para prisioneros y penados de la guerra civil. Fueron explotados como mano de obra cautiva y esclavizada en obras y trabajos de todo tipo con unos beneficios tan enormes como desconocidos. Sabemos poco de los valencianos que sufrieron lo que la historiografía denomina «utilitarismo punitivo»: sabemos poco o casi nada cuando al número real, su procedencia o el tiempo que estuvieron³⁶. No obstante, alguna investigación reciente empieza a confirmar dinámicas similares a las que otros territorios que permanecieron en retaguardia republicana: que esta forma de represión y de violencia política podría haber afectado decenas de miles de valencianos³⁷.

El monto de la documentación para estudiar esta modalidad represiva se encuentra en el Archivo General Militar de Guadalajara. Allí están depositados los expedientes de internos generados la Inspección de Campos de Concentración y su sucesora, la Jefatura de Campos de Concentración y Batallones Disciplinarios. Ambas son las instituciones que gestionaron el internamiento y supervisaron el tratamiento de prisioneros republicanos. La consulta en este archivo presenta diferentes obstáculos como el horario, el escaso personal o las condiciones arquitectónicas que hacen que por ejemplo no pueda abrirse en días de lluvia al tener que atravesar la documentación a consultar un patio al descubierto.

Pero la principal problemática que presenta este archivo en cuanto al acceso y reproducción de los expedientes de los valencianos que contiene es que el grueso de los mismos está organizados solo alfabéticamente. Por ello, no podemos conocer el lugar de procedencia de la víctima sin realizar una revisión de la documentación de cada caja o legajo. Según la directora de este archivo lo que hay catalogado y es reproducible es el fondo de Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores, distribuido en 2.305 cajas que contienen unos 148.000 expedientes personales. El 10% de estos corresponderían al cuerpo de vigilancia de los Batallones y resto de prisioneros. A este grupo tenemos que sumar 439 cajas que contienen los expedientes

36 Véase por ejemplo RODRIGO, J., *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*, Barcelona, Crítica, 2005. Una síntesis de las distintas tipologías en MORENO, F., "La represión en la posguerra". En JULIÁ S. (coord.), *Víctimas de la Guerra Civil*, Madrid, Temas de Hoy, 1999.

37 CLIMENT, J.M., *El treball esclau durant el franquisme: la Vall d'Albaida (1938-1947)*, València, UV, 2016.

Memoria histórica y democrática

de La Agrupación de Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores Penados. La segunda agrupación destinada en Andalucía entre 1943 y 1955, aunque la mayoría de los 9.337 expedientes caerían dentro del marco temporal de 1943-1948. Finalmente, los destinados a los Batallones de Marruecos, recientemente catalogado. Estos expedientes sí se encuentran ordenados por provincias y 354 expedientes corresponden a la provincia de Valencia.

El pasado año 2017, el Aula presentó un proyecto a la convocatoria pública de ayudas de la Dirección General de Reformas Democráticas. Dicha ayuda fue concedida y una parte del proyecto tenía que ver con el vaciado de esta documentación por parte de dos especialistas —Josep Màrius Climent y Antonio Calzado— y su digitalización. Se debía revisar el contenido de unas 3.000 cajas y se contaba con la experiencia previa de los gobiernos vasco y catalán, donde ya se había realizado este trabajo -aunque con un mayor apoyo económico y compromiso político que en Valencia-. No obstante, dados los plazos de ejecución de dicho proyecto y el ingente volumen de represaliados, los resultados están lejos de englobar a los valencianos que sufrieron esta modalidad represiva y también de las propias previsiones optimistas de poder abarcar una parte importante del trabajo pendiente.

2.5. Juntas de Libertad Vigilada

Ante los problemas que supuso el encarcelamiento masivo, la dictadura orquestó dos mecanismos que conjugados implicaron un vaciado de las cárceles durante la década de los cuarenta: son la conmutación de penas y los sucesivos decretos de libertad condicional. En ningún caso debe entenderse como una puesta en libertad dado que se trataba de una libertad condicional, condicionada y precaria. Continuaban siendo vigilados, se solicitaban informes, debían presentarse cada cierto tiempo, etc. Los organismos encargados de controlar esta ingente masa de reclusos en libertad condicional eran las Juntas de Libertad Vigilada (locales, provinciales)³⁸.

Algunos de los escasos estudios sobre este mecanismo represivo en la provincia de Valencia son los de Antonio Calzado³⁹. La documentación resultante de estas Juntas Locales de Libertad Vigilada creemos que se encuentra en su mayor parte en el conocido como expurgo judicial de Riba-Roja. No podemos determinar el montante que allí se encuentra ni sus condiciones de conservación. Tampoco en cuántos municipios hay documentación de este tipo. En algunos casos concretos sí sabemos que sus archivos conservan estos fondos dentro de los respectivos de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Es necesario que se aborde este problema de dispersión y desconocimiento. Deben localizarse los distintos fondos; y unificarse los criterios de conservación, catalogación y acceso a los mismos.

38 Al respecto puede verse por ejemplo RODRÍGUEZ, D., "Excarcelación, libertad condicional e instrumentos de control postcarcelario en la inmediata posguerra (1939-1950)". En BARRIO, A., DE HOYOS, J. y SAAVEDRA, J. (eds.), *Nuevos horizontes del pasado. Culturas políticas, identidades y formas de representación: Actas del X Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea*, Santander, AHC, 2011. Del mismo autor: "Instituciones de control postcarcelario en el primer franquismo: el servicio de libertad vigilada", HAO, nº 28, 2012. También GÓMEZ, G. y MARCO, J., *La obra del miedo. Violencia y sociedad en la España franquista (1936-1950)*, Barcelona, Península, 2011.

39 Véanse los trabajos citados de este autor sobre la Vall d'Albaida y la Valldigna.

2.6. *Depuraciones profesionales y laborales*

Tras el final de la Guerra Civil comenzaron los procesos encaminados a la depuración de los perdedores de la guerra. Los medios de subsistencia fueron considerados un botín de guerra, una recompensa para los que habían colaborado con el triunfo del régimen. Los ayuntamientos denegaban las licencias de pequeños negocios a personas con antecedentes de izquierdas y las empresas privadas estaban obligadas por ley a reservar una cantidad determinada de puestos a adictos al Movimiento. Además, aunque no existió un comportamiento unidireccional, estas tenían carta blanca para deshacerse de los trabajadores considerados no afines, alborotadores.

Si hubo un sector en el que los republicanos fueron especialmente depurados y los puestos se utilizaron para premiar a los nacionales ése fue el funcionariado público. Una Ley de agosto de 1939 restringió las oposiciones y concursos. El 80% de las «vacantes» queda reservado para excombatientes, familiares de los mártires, etc. Para acceder al 20% restante tenía que demostrarse la lealtad. Esas «vacantes» eran producto de una depuración que había empezado por ley unos meses antes. Todo el personal al servicio de la Administración debía demostrar su adhesión, testificar, presentar testigos... y denunciar compañeros en unos procesos de depuración que presentaban todo tipo de irregularidades⁴⁰. Los expedientes depuradores podían afirmar a la persona en el puesto o desembocar en todo un abanico de medidas punitivas. La represión más exhaustiva y sonada fue la que afectó al sector de la educación, un campo decisivo para legitimar la Dictadura y propagar los valores nacionalcatólicos. En este campo han trabajado Marc Baldó, Carmen Agulló y Juan Manuel Fernández Soria. Otros investigadores como Ricard Camil Torres o Antonio Calzado han ofrecido referencias generales o han circunscrito sus estudios al ámbito local y/o comarcal⁴¹.

No obstante, las lagunas son importantes y apenas contamos con estudios dada la complejidad de instancias públicas y empresas privadas implicadas y la consiguiente dispersión de la documentación. Por ejemplo, entre los temas más trabajados como sería la depuración en el ámbito educativo, falta todavía por estudiar la depuración del magisterio dependiente del Ayuntamiento de Valencia cuyos expedientes están incluidos en la depuración de todo el funcionariado en un depósito de documentación.

Las fuentes localizadas para el estudio de las depuraciones profesionales y laborales son sumamente dispersas: el Archivo de la Diputación de Valencia conserva fondos relativos a su personal, el fondo de Gobierno Civil de Valencia —todavía en el Archivo General de la Administración— contiene resúmenes municipales de la depuración administrativa; los archivos municipales conservan muchos de ellos documentación relativa a la depuración de administración municipal, en el Archivo del Reino de Valencia se conserva un fondo de Magistratura de Trabajo, etc. No se descarta que haya documentación que pueda referirse a depuraciones profesionales y laborales en el Expurgo Judicial.

40 Véase, entre otros, el capítulo anteriormente citado de Francisco Moreno en la obra coordinada por Santos Juliá. También CASANOVA, J., "Una dictadura de cuarenta años". En VVAA, *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Barcelona, Biblioteca de Bolsillo, 2002. O TORRES, R.C., "La repressió franquista al País Valencià. Aproximació a una realitat multiforme". En PAGÉS, P. (dir.), *Franquisme i repressió. La repressió franquista als Països Catalans*, València, PUV, 2007.

41 Véase las referencias correspondientes en el recorrido general sobre las investigaciones en la provincia de Valencia.

3. Dos balances, un balance ambivalente

El balance de las investigaciones realizadas sobre la represión franquista en la inmediata posguerra en la provincia de Valencia no puede plantearse en ningún caso como un balance negativo. Como se ha mostrado en el recorrido inicial y, en general, a lo largo de estas páginas, hay ya una abundante bibliografía y numerosas líneas de investigación. Sin embargo, quedan numerosos espacios en blanco y estamos lejos de poder afirmar que se conocen los parámetros básicos —incidencia, funcionamiento, etc.— del fenómeno represivo a nivel provincial. Además, conviene resaltar que las investigaciones se han hecho a contracorriente, «a pesar de», sin apoyo público y enfrentando numerosos obstáculos. Al respecto, basta adivinar las circunstancias en que los fondos penitenciarios se consultaron en Picassent o leer el inicio de la tesis de Antonio Calzado sobre la Vall d'Albaida.

Por ello, un segundo balance, aquel que corresponde al estado de los fondos documentales y a su accesibilidad para la investigación, sí es negativo. Además, cabe incidir en que los problemas que se han apuntado son aquellos que conocemos o sospechamos gracias a la preocupación y cruce de informaciones de investigadores e investigadoras vinculados al Aula de Historia y Memoria Democrática de la Universidad de Valencia; o a la colaboración desinteresada de personas a título individual, archiveros o no.

Otras tantas cuestiones se escapan de nuestro conocimiento al existir lagunas que no podemos llenar sin el interés y la colaboración por parte de las instituciones públicas. Destaca en este sentido el enorme espacio en blanco que supone no saber qué hay exactamente en Riba-Roja o qué se guarda sobre el funcionamiento de las cárceles franquistas en la prisión de Picassent. En la documentación que sí hay localizada se suman otros problemas como catalogaciones con graves errores históricos en sus inventarios y/o el desorden. Asimismo, sobre toda esta documentación —por ejemplo, sobre las cárceles de posguerra— no se han realizado investigaciones generales y sistemáticas de los fondos por la falta de financiación y promoción de la investigación.

En definitiva, si bien la legislación ampara el acceso a la consulta de la documentación de archivo, en la práctica esto no se produce. Huelga repetir las circunstancias en las que se encuentra una parte notable de la documentación: deterioro, desaparición, conservación en instituciones que no son las apropiadas, traslados, catalogación deficiente, expurgo, etc. Ello imposibilita la consulta, con consecuencias negativas para poder historizar de manera seria y rigurosa lo que supuso la represión franquista en Valencia y provincia.

4. Bibliografía

- ADRIÀ, J.J., *La postguerra en un poble valencià, Llíria 1939-1953*, tesis doctoral, Universitat de València, 1990.
- AGUADO, A., «Historia de una presa de Franco: Remedios Montero: Celia». En GÁLVEZ, S. y HERNÁNDEZ, F. (eds.), *Presas de Franco*, Málaga, FIM, 2007.
- AGUADO, A. y VERDUGO, V., «Las cárceles franquistas de mujeres en Valencia: castigar, purificar y reeducar», *Studia Historica*, nº 29, 2011.
- AGULLÓ, C. y FERNÁNDEZ, J. M., *Maestros valencianos bajo el franquismo: la depuración del magisterio, 1939-1944*, València: Alfons el Magnànim, 1999.
- ÁLVARO, M., «Por ministerio de la Ley y voluntad del Caudillo». *La Jurisdicción Especial de Responsabilidades Políticas (1939-1945)*, Madrid, CEPC, 2006.
- AZNAR, M., BARONA, J. L., y NAVARRO, J., *València, capital cultural de la República (1936-1937)*. Congreso Internacional, València, SECC-PUV, 2008.
- BALDÓ, M., «La Diputación en camisa azul (1939-1959)». En CHUST, M. (dir.), *Historia de la Diputación de Valencia*, València, Diputación de Valencia, 1995.
- BALDÓ, M: «Aterrados, desterrados y enterrados. La represión franquista del profesorado universitario», *Saitabi*, nº 59, 2009.
- BALDÓ, M: «Represión franquista del profesorado universitario», *CIAN*, Vol. 14, nº 1, 2011.
- CALZADO, A. y TORRES, R. C.: *Un silenci extens. El franquisme a la Ribera Baixa, 1939-1962*. València, Diputació de Valencia, 1995.
- CALZADO, A., Segunda República, Guerra Civil y primer franquismo: la Vall d'Albaida (1931-1959), tesis doctoral, Universitat de València, 2004.
- CALZADO, A., *Entre la nit i el marasme: la Vall d'Albaida, 1939-1952*. Valencia, Germania, 2005.
- CALZADO, A., *La Vall digna. Un món en conflicte (1931-1979)*, València, La Xara, 2015.
- CASANOVA, J., «Una dictadura de cuarenta años». En VVAA, *Morir, matar, sobreviure. La violència en la dictadura de Franco*, Barcelona, Biblioteca de Bolsillo, 2002.
- CLIMENT, J.M, *El treball esclau durant el franquisme: la Vall d'Albaida (1938-1947)*, València, UV, 2016.
- CRUZ, J. I.: «Los colegios del exilio en México», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, nº 61, 2006.
- GABARDA, V., *Els afusellaments al País Valencià (1938-1956)*. València, PUV, 2007.
- GARCIA, A., «Un aspecte de la repressió franquista de postguerra: La Ley de Responsabilidades Políticas». En RISQUES, M., VILANOVA, F. i VINYES, R. (coords.), *Les ruptures de l'any 1939*, Barcelona, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 2000.
- GIRONA A. y NAVARRO, J. (eds), *Fa setanta anys. La Guerra Civil al País Valencià (1936-1939)*, València, PUV, 2009.
- GÓMEZ, G., *El exilio interior. Cárcel y represión en la España franquista, 1939-1950*, Madrid, Taurus, 2009.

Memoria histórica y democrática

- GÓMEZ, G. y MARCO, J., *La obra del miedo. Violencia y sociedad en la España franquista (1936-1950)*, Barcelona, Península, 2011.
- GÓMEZ, J. A.: *Comisiones Obreras y represión franquista. Valencia 1958-1972*, València, PUV, 2004.
- IBÁÑEZ, M., *Dictadura franquista y represión femenina: la aplicación de la Ley de Responsabilidades Políticas sobre las mujeres en Valencia (1939-c.1948)*, tesis doctoral, Universitat de València, 2017.
- MANCEBO, M. F., «Consecuencias de la Guerra Civil en la Universidad valenciana: depuraciones y exilios», *CIAN*, nº 4, 2001.
- MANCEBO, M. F., «La cultura del exilio» *Aula de Historia Social*, nº 13, 2004.
- MANCEBO, M. F., *La España de los exilios. Un mensaje para el siglo XXI*, València, PUV, 2008.
- MANCEBO, M. F., «Depuración de profesores en la Universidad de Valencia». En CUESTA, J. (coord.) *La depuración de funcionarios bajo la dictadura franquista (1939-1975)*, Madrid, Fundación Largo Caballero, 2009.
- MARCO, J., «‘Debemos condenar y condenamos’ ... justicia militar y represión en España (1936-1948)». En ARÓSTEGUI, J. (coord.), *Franco, la represión como sistema*, Barcelona, Flor del Viento, 2012.
- MORENO, F., «La represión en la posguerra». En JULIÁ S. (coord.), *Víctimas de la Guerra Civil*, Madrid, Temas de Hoy, 1999.
- PAGÈS, P. (ed.), *La repressió franquista al País Valencià. Primera trobada d'investigadors de la Comissió de la Veritat*, València, Tres i Quatre, 2009.
- REIG, R., «Estratègies de supervivència i estratègies de millora. Els treballadors al País Valencià durant el franquisme (1939-1975)», *Afers*, vol. 10, nº 22, 1995.
- RODRIGO, J., *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*, Barcelona, Crítica, 2005.
- RODRÍGUEZ, D., «Excarcelación, libertad condicional e instrumentos de control postcarcelario en la inmediata posguerra (1939-1950)». En BARRIO, A., DE HOYOS, J. y SAAVEDRA, J. (eds.), *Nuevos horizontes del pasado. Culturas políticas, identidades y formas de representación: Actas del X Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea*, Santander, AHC, 2011.
- RODRÍGUEZ, D., «Instituciones de control postcarcelario en el primer franquismo: el servicio de libertad vigilada», *HAO*, nº 28, 2012.
- ROMEU, F., *Más allá de la utopía: Perfil histórico de la Agrupación Guerrillera de Levante*, València, IVEI, 1987.
- ROMEU, F., *El silencio roto. Mujeres contra el franquismo*. Madrid/Oviedo: Gráficas Summa, 1994.
- SAMPEDRO, V., «La repressió franquista de la maçoneria en el País Valencià: una aproximació al seus orígens». En TORRES, R.C y NAVARRO, J. (Ed.), *Temps de por al País Valencià (1938-1975)*, Castellón de la Plana, UJI, 2012.

Memoria histórica y democrática

- SANTACANA, C., (Coord), La repressió franquista, *Afers*, nº 45, 2003.
- SAZ, I., *Fascismo y franquismo*, València, PUV, 2004.
- SIGALAT, M. J., GÓMEZ A., REIG, R., y SAZ, I. (Coords), *Tiempos de silencio. Actas IV Encuentro de Investigadores del franquismo*. València, FEIS, 1999.
- TORRES, R. C., «El món de les presons al País Valencià». En: PAGÈS, P. (coord.), *Guerra, franquisme i transició*. València: Edicions del País Valencià, 2006.
- TORRES, R. C., *La repressió franquista al País Valencià. Recull bibliogràfic*, València, Tres i Quatre, 2008.
- TORRES, R.C., «La repressió franquista al País Valencià. Aproximació a una realitat multiforme». En PAGÈS, P. (dir.), *Franquisme i repressió. La repressió franquista als Països Catalans*, València, PUV, 2007.
- TORRES, R. C., «Introducció al món penitenciari al País Valencià». En Pelai PAGÈS (ed.): *La repressió franquista al País Valencià*. Primera Trobada d'Investigadors de la Comissió de la Veritat, València, Tres i Quatre, 2009.
- TORRES, R. C. y NAVARRO, J. (eds.), *Temps de por al País Valencià (1938-1975). Estudis sobre la repressió franquista*, Castellón de la Plana, UJI, 2012.
- TORRES, R.C, *Alambradas, muros y corrientes de aire: el universo penitenciario franquista de la postguerra en el país valenciano*, Xàtiva (Valencia), Ulleye, 2013.
- VERDUGO, V, «Presas políticas en Valencia». En GÁLVEZ, S. y HERNÁNDEZ, F. (eds.), *Presas de Franco*, Málaga, FIM, 2007.
- VERDUGO, V., «Franquismo y represión penitenciaria femenina: las presas de Franco en Valencia», *Arenal*, Vol., 15, nº 1, 2008.
- VVAA, *La II República. Una esperanza frustrada*. València, Edicions Alfons el Magnànim, 1987.

LA INSTITUCIÓN REGISTRAL A TRAVÉS DE LAS NORMAS DADAS EN LA VALENCIA CAPITAL DE LA REPÚBLICA¹

M^a Emilia Adán García²

RESUMEN: La capitalidad de Valencia en la II República tiene lugar en plena Guerra Civil, con los registros de la propiedad en gran parte asaltados e incluso quemados. Del estudio de las normas publicadas en la Gaceta de Madrid primero y especialmente en la Gaceta de la República, se observa un esfuerzo por normalizar la institución, y una clara evidencia de su valoración positiva como instrumento dinamizador de la economía. Se estudian las razones de la supresión y recuperación de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el seno del Ministerio de Justicia.

PALABRAS CLAVE: Registro de la propiedad, registro mercantil. Dirección General de los Registros y del Notariado

ABSTRACT: The capitality of Valencia during the 2nd Republic takes place in the midst of the Civil War, with many property registries assaulted and even burnt. From the study of the norms first published in the "Gaceta de Madrid" and especially in the "Gaceta de la República", both an effort to normalize the institution and clear evidence of its positive value as an economy invigorating institution can be observed. We study the reasons for the suppression and recovery of the "General Directory of the Land Registries and Notaries" amidst the Justice Ministry.

KEYWORDS: Land Registry, Mercantile Registry, General Directory of the Land Registries and Notaries.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Del 18 de julio al 4 de noviembre.- 3. Valencia, capital de la República.- 3.1. La supresión de la Dirección General de los Registros y del Notariado.- 3.2. La reposición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.- 4. Conclusión.- 5. Bibliografía.

1. Introducción

El 6 de noviembre de 1936, en pleno desarrollo de la Guerra Civil, la capitalidad de la República se traslada a Valencia, donde permanecería hasta finales del mes de octubre de 1937. Era entonces presidente de la República Manuel Azaña, y presidente del Gobierno Francisco Largo Caballero.

Sólo dos días antes, el 4 de noviembre, el entonces presidente del Gobierno de España, Francisco Largo Caballero nombra ministro de Justicia a Joan García Oliver, miembro de la CNT, quien se haría cargo de la responsabilidad del traslado del Ministerio a la ciudad de Valencia.

En las responsabilidades del Ministerio le acompañaría Mariano Sánchez Roca, que es designado subsecretario del ministro de Justicia. Era un abogado³, colaborador del periódico La

1 Original del artículo en castellano

2 M^a Emilia Adán García es registradora de la propiedad de Gandía-1 y decana del Colegio de Registradores de la Comunitat Valenciana

3 GARCIA OLIVER, J. *El eco de los pasos*. Ebook pág 10063.

Memoria histórica y democrática

Tierra, de Madrid, que fue enviado por el Comité Nacional. Al referirse a él, García Oliver, lo describe como alto, de aspecto distinguido y cara inteligente. Como veremos después a él se debe la firma de muchas de las órdenes que se referirán a la institución registral en esta fecha. Tras su nombramiento y al finalizar el Consejo de Ministros del 7 de noviembre⁴, parte a Valencia junto al ministro, acompañado por su mujer y su hija. Por la premura de la decisión, se desplazan sin equipaje, siendo alojados a su llegada a Valencia en el Hotel Inglés.⁵ En este hotel se alojará también el ministro aunque después se trasladaría a una vivienda en la plaza de Emilio Castelar, hoy plaza del Ayuntamiento, alojándose también en diversos periodos, en el hotel Metropol.

Para la ubicación del Ministerio se elegiría el Palacio de Malferit⁶, situado en el número 26 de la entonces llamada calle Metalurgia, hoy calle Caballeros.

En sus memorias García Oliver⁷ describe la impresión que le produjo la sede de este Ministerio afirmando que "se trataba del Palacio de un Marqués, edificio de muy buen aspecto, con enormes vigas de madera sosteniendo los techos. Entrada amplia, con un pequeño patio en el centro y dependencias vacías en toda la planta baja. En el primer piso, una sala de recibir, un gran salón y una salita contigua. En las paredes de todas las habitaciones del primer piso había cuadros antiguos, la mayor parte de motivos religiosos y algunos paisajes. Encargué a Sánchez Roca que no permitiese que nadie quitara los cuadros de la pared."

El 17 de mayo de 1937, tras el nombramiento de Juan Negrín como presidente del Gobierno, García Oliver es sustituido en el Ministerio de Justicia por Manuel de Irujo.

Se cumplen ahora 80 años de esta capitalidad, y como registradora valenciana me preguntaba, cual habría sido la situación de la institución registral, es decir los registros de la propiedad y mercantiles, y la Dirección General de los Registros y del Notariado, a la luz exclusivamente de lo publicado en la Gaceta de Madrid y la Gaceta de la República, nombre que adopta tras el traslado del Gobierno de la República a Valencia. Circunstancia que se produjo la noche del 6 de noviembre, siendo presidente del Gobierno Largo Caballero, y presidente de la República Manuel Azaña.

Antes de adentrarnos en este periodo veamos la situación de partida, desde el 18 de julio de 1936, hasta el traslado de la capital de la II República a Valencia.

2. Del 18 de julio al 4 de noviembre

Iniciada la guerra civil española, la mayoría de los registros de la propiedad y los registros mercantiles fueron objeto de asalto, sufriendo importantes daños, especialmente en cuanto a los tomos registrales, que en todo o en parte fueron pasto de las llamas. De esta situación

4 *Op cit* Ebook Pág 10279.

5 *Op cit* Ebook Pág 10384.

6 «Durante la noche del 6 al 7 de noviembre de 1936 empezaron a llegar los primeros efectivos de burócratas y administrativos; el sostén humano de la máquina del Estado que en España siempre se ha caracterizado, entre otras cosas, por su inflación. En las semanas posteriores, "la España oficial" fue tomando posesión de los mejores pisos vacantes de la ciudad por haber sido sus propietarios declarados facciosos» (Safón y Simón: 1986:72-73) <http://www.uv.es/republica/plano/capital/capital.htm>.

7 GARCIA OLIVER, J. *El eco de los pasos*. Ebook. Pág 10826.

Memoria histórica y democrática

era conceder el Gobierno de la República, que en el Decreto de 4 de octubre de 1936⁸, consciente de la labor técnica desempeñada por los registradores, y de la dificultad física en muchos casos de prestarla, trató de garantizar la continuidad del servicio dictando una serie de órdenes y decretos para que «en ningún caso quede interrumpido el servicio mientras duren las actuales circunstancias».

Estas medidas abarcan, por un lado el mantenimiento de las oficinas registrales bajo la dirección de los registradores de la propiedad, que debían garantizar la continuidad del servicio, y por otro lado se dictaron una serie de medidas de carácter sustantivo referido a salvaguardar los principios hipotecarios para que la vida económica discurriera con la mayor normalidad posible.

Medidas referidas a los registradores

Para garantizar que en cada oficina registral se mantuviera un registrador al frente, se adoptaron las siguientes medidas, que resultan de la lectura de La Gaceta de Madrid de este periodo:

En primer lugar, el 24 de julio mediante orden del ministro de Justicia se procede a suspender los plazos reglamentarios relativos a los concursos de traslados convocados los días 11 y 16 de julio, para la provisión de registros y notarias vacantes⁹. La razón aducida es la situación anómala que atraviesan algunas provincias españolas, es decir la situación de guerra ya iniciada.

A continuación, y con carácter general para todos los funcionarios, el 26 de julio de 1936, por orden circular de la presidencia del Consejo de Ministros, que ostentaba entonces José Giral, se ordena la suspensión de la concesión de permisos de verano y vacaciones reglamentarias a los funcionarios públicos, entendiéndose del mismo modo caducadas las que actualmente se vinieran disfrutando. En la misma orden se prevé la incorporación inmediata a su puesto¹⁰.

Ahora bien, esta medida, no debió permitir que todos los puestos de registradores quedaran convenientemente cubiertos, ya que en sendos Decretos de 28 de agosto¹¹ y de 12 septiembre de 1936¹², se estipula que en caso de que el titular no fuera encontrado, o se hubiera interrumpido el servicio, se habilita a la Dirección General de los Registros y del Notariado para nombrar interinos entre licenciados en Derecho o conforme al cuadro de sustituciones.

Al respecto cabe señalar que en ejecución del Decreto de 21 de julio¹³ del Consejo de Ministros, por el que se disponía la cesantía de todos los empleados públicos que hubieran tenido participación en el movimiento subversivo o fueran notoriamente enemigos del Régimen, en dos resoluciones de 21 de agosto de 1936¹⁴ se decretó el cese con pérdida de todos los derechos de dos registradores el de Madrudejos y el de La Unión. Por su parte, se cesó en Decreto de 23 de septiembre por abandono, al registrador de Ugijar.

8 «Encontrándose destruidos por accidentes de guerra algunos registros, no puede cumplirse debidamente la función de aquellas oficinas».

9 Publicada el 25 de julio en la *Gaceta de Madrid* nº 207, pág.835

10 Publicado el 27 de julio en la *Gaceta de Madrid* nº 209, pág.869

11 Publicado el 29 de agosto en la *Gaceta de Madrid* nº 242, pág.1546

12 Publicado el 13 septiembre en la *Gaceta de Madrid* nº 257.Pág. 1768.

13 Publicado el 22 de julio en la *Gaceta de Madrid* nº 204 .Pág. 770

14 Publicadas el 22 de agosto en la *Gaceta de Madrid*, nº 235.Pág 1408.

Memoria histórica y democrática

Medidas sobre la institución registral

Por otro lado, refiriéndose ya a la fe pública registral y sus efectos, se dictan una serie de normas de alcance procedimental y otras de naturaleza sustantiva.

*En cuanto a las procedimentales debemos distinguir:

- La prórroga de los plazos. El ministro de Justicia Manuel Blasco Garzón, en Orden de 7 de agosto dirigida a la Dirección General de los Registros y del Notariado, considera que los Decretos de 23 y 27 de julio son aplicables al procedimiento registral, y declara la prórroga de los plazos tanto “respecto de la práctica de operaciones registrales como de duración de asientos”¹⁵. Con ello se pretende evitar una quiebra del principio de prioridad registral, estipulando una suerte de paralización del procedimiento en aquel eslabón que no pueda ser cumplimentado por las circunstancias excepcionales de la guerra.
- Nuevo libro de inscripciones. Se dota, mediante Decreto de 3 octubre¹⁶, a aquellos registros total o parcialmente destruidos, de un libro de inscripciones, llamado “Libro de inscripciones practicadas conforme al Decreto de... octubre de 1936” por el que se pretende simplificar los trámites previstos en la Ley de 15 de agosto de 1873 para la reconstrucción de los tomos. Siguiendo con la preocupación de financiar la construcción, y garantizarla a través de la inscripción, dicho libro sólo recogerá las hipotecas otorgadas a favor del Banco Hipotecario de España. Para ello y con carácter previo deberá inscribirse el dominio de la finca a favor de sus titulares.

El procedimiento de reconstrucción de folios registrales vigente, era garantista, con numerosos trámites, y por lo tanto inviable en la situación existente en España en dichas fechas. Para no paralizar la vida económica que se sustentaba en gran medida en la construcción, se decide apostar por un sistema transitorio y simplificado que se recoge en un libro al margen de los previstos en la Ley Hipotecaria. Dado su carácter excepcional se restringe su uso en un primer momento a las hipotecas a favor del Banco Hipotecario.

Pero además esta norma da un paso más de naturaleza sustantiva, al prever la alteración del rango registral como consecuencia de este procedimiento especial de reconstrucción, de modo que todas las cargas y gravámenes que se reinscriban referidas a la finca gravada con hipoteca a favor del Banco Hipotecario, pierden el rango frente a estas hipotecas.

No obstante, estos libros tienen carácter instrumental, y deberán trasladar las hipotecas a los folios registrales correspondientes, una vez sean reconstruidos siguiendo el procedimiento establecido por la ley.

*En cuanto a las normas de carácter sustantivo, podemos señalar:

- Denegación de la inscripción de determinados actos o contratos. El Decreto del Consejo de Ministros de 14 de agosto¹⁷ exige a los registradores que denieguen la inscripción de toda “clase de actos de enajenación o gravamen a cualquier título de bienes inmuebles

15 Publicado el 8 de agosto en la *Gaceta de Madrid* nº 221. Pág.1143

16 Publicado el 4 de octubre de 1936, en la *Gaceta de Madrid* nº 278. Pág.121.

17 Publicado el 15 de agosto en la *Gaceta de Madrid* nº 228. Pág.1253.

Memoria histórica y democrática

radicantes en el territorio nacional o de derechos reales constituidos sobre los mismos, realizados por españoles, tanto en España como en el extranjero. Dicha prohibición se extiende a los extranjeros que adquieran los bienes o gravámenes. No obstante, esta prohibición decae, si el acto de enajenación o gravamen cuenta con la autorización por el Ministerio de Hacienda.

La razón de estas prohibiciones, es evitar desvalorizaciones injustificadas de la propiedad inmueble, como alzamientos de bienes para eludir responsabilidades penales o civiles. Así lo recoge el decreto que considera que de otro modo no puede el Gobierno de la República velar por los intereses materiales de los ciudadanos.

No obstante, se exceptúan de la prohibición anteriormente relacionada tanto las transmisiones mortis causa, como la constitución de hipotecas sobre fincas urbanas cuya finalidad sea facilitar la industria de la construcción. Esta será una constante de las distintas normas, el preservar las hipotecas que permitan financiar a los constructores.

- Posposición de rango. En materia de hipotecas, debe completarse su protección con el Decreto del ministro de Justicia de 6 de septiembre de 1936¹⁸. En él muestra su preocupación por el rango de las hipotecas constituidas a favor del Banco Hipotecario de España, para financiar la construcción de viviendas. Las mismas se encuentran en dificultades de alcanzar el rango de primeras, porque los titulares de las hipotecas inscritas en primer lugar, en la que los prestamistas habían contraído la obligación de posponerlas a las del Banco Hipotecario, se encuentran en el extranjero o en “territorios ocupados” y no pueden concurrir al otorgamiento del título notarial. El Gobierno considera prioritaria la construcción para impedir el incremento del paro que ahondaría en la miseria de las familias. Para resolver la situación, el Gobierno acuerda que los registradores de la propiedad, inscriban la posposición, sin necesidad de otorgar nueva escritura de posposición, siempre que «se acredite haberse cumplido todos los requisitos exigidos para la posposición al contraer la obligación de posponer». Se prescinde de la declaración de voluntad de los prestamistas con rango de primera hipoteca, al considerar suficiente la voluntad manifestada al constituir su hipoteca de que se pospondría a la formalizada a favor del Banco Hipotecario.
- Expropiación de fincas rústicas. Se acuerda la expropiación de fincas rústicas, sin indemnización que a fecha 18 de julio de 1936 estuvieran a manos de las personas naturales y sus cónyuges, que hayan intervenido directa o indirectamente en el movimiento insurreccional. Así se dispone en el Decreto de 7 de octubre¹⁹, que considera que debe acudir al registro de la propiedad para su determinación, en atención a los asientos registrales referidos a las mismas.

Durante este periodo la Dirección General de los Registros y del Notariado siguió dictando resoluciones en recursos gubernativos contra la calificación del registrador (así las de 24 de julio de 1936, 26 de julio 1936, 2 de agosto, 15 de agosto y 6 de septiembre); y jubilando registradores por llegar a los 70 años (Resoluciones de 23 de agosto 36, referida al registrador

18 Publicado el 7 de septiembre en la *Gaceta de Madrid* nº 251, pág.1702.

19 Publicado el 8 de octubre en la *Gaceta de la República* ,nº282, Pág.237.

Memoria histórica y democrática

de Barcelona, de 25 de octubre referida al de Madrid occidente y de 30 de octubre referida al de Sant Feliu de Llobregat).

Del examen de estas normas se deduce con claridad que el registro de la propiedad es una institución valorada por el Gobierno de la República para hacer efectiva la protección de los patrimonios de los ciudadanos españoles, en época de guerra, y para permitir el desarrollo de la clase trabajadora mediante la construcción de viviendas que proporcionara trabajo y vivienda a los ciudadanos.

No puede olvidarse que el presidente de la República, Manuel Azaña, era letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado por oposición, y conocía desde dentro y en profundidad el funcionamiento de nuestro entonces novedoso sistema registral, especialmente en el ámbito mercantil. Trabajó en el negociado del que era jefe D. Jerónimo González, ilustre hipotecarista que había tenido una intervención decisiva en el reforma de 1909 de la Ley Hipotecaria²⁰, y pudo conocer de primera mano los sistemas hipotecarios europeos, y el nuestro que era el más innovador.

3. Valencia, capital de la República

Durante el periodo de tiempo que Valencia fue capital de la República, el hecho más notable referido a la institución registral fue la supresión de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Llama la atención este hecho, por su marcado carácter técnico, y por el prestigio de que gozaban sus resoluciones, en materia de recursos gubernativos, que tenían rango oficioso de jurisprudencia en la materia en la que intervenía.

3.1. La supresión de la Dirección General de los Registros y del Notariado

En un primer momento el ministro García Oliver, en colaboración con el subsecretario de Justicia, Mariano Sánchez señala los ejes de su política. Y así constituye en el Ministerio una comisión de asesoría jurídica, que presidiría el subsecretario del Ministerio, con la finalidad en materia de Derecho Civil de simplificar procedimientos y acortar trámites y plazos.

Pero quizá la medida más llamativa referida a la institución registral sea, como he mencionado anteriormente, la supresión de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que se produce mediante el Decreto de 12 de diciembre de 1936²¹ firmado por el presidente de la República Manuel Azaña en Barcelona, a propuesta del ministro de Justicia, Juan García Oliver.

Las razones aducidas en su exposición de motivos para esta supresión son tres:

- La paralización de los asuntos correspondientes al departamento.
- La necesidad de reorganizar a fondo el régimen de propiedad en todos sus aspectos, dándole la estructuración que las tendencias modernas del momento y la orientación que el porvenir determine.
- La necesidad de llevar a cabo todas las economías posibles, dada la situación.

20 PAU PEDRÓN, A., *Jurista. Ministerio de Jurista*. Madrid 1990. Pág 40.

21 Publicado el 17 de diciembre en la *Gaceta de la República* nº 352. Pág. 1004.

Memoria histórica y democrática

Esta supresión, pese a que algún autor ha visto en ello un rechazo a la institución registral, no supone en ningún caso la supresión de las funciones que dicha Dirección General ejercía. Así en su artículo segundo el decreto asigna los asuntos que hasta ese momento eran de su competencia a la Subsecretaría del Ministerio de Justicia. Por lo tanto, va a ser simplemente una reestructuración administrativa, y la institución registral como instrumento técnico al servicio de la sociedad seguirá prestando su función, aunque modalizada por la situación de guerra. Consecuencia de su supresión, y por disposición de la misma fecha, se acuerda admitir la dimisión del hasta entonces Director General D. Luis Palud y Clausó.

No obstante, sorprende que Manuel Azaña firmara el decreto de supresión de la Dirección General en la que el prestaba sus servicios, tenía asignado su puesto y conocía con profundidad. Una posible explicación a esa conducta pudiera encontrarse en las memorias de García Oliver²². El entonces ministro de Justicia relata como el presidente del Gobierno Francisco Largo Caballero le hace llamar para contarle que el presidente de la República, Manuel Azaña, había devuelto sin firmar los dos decretos que sobre adopciones y matrimonios le había remitido para su firma.

La razón que Francisco Largo Caballero da al entonces ministro de Justicia, es que Manuel Azaña los consideraba «excesivamente revolucionarios y atentatorios contra el espíritu de nuestras leyes civiles». En esta tesitura Largo Caballero consulta a García Oliver, como ministro de Justicia que es, cual debe ser su actuación. El ministro no lo duda, y sugiere su publicación sin la firma del presidente de la República, por entender que su figura es simbólica. Además asume toda responsabilidad ante el Parlamento, en su día cuando se convalide. Ya que el Parlamento había delegado la facultad normativa en el Gobierno ratificándolos en un futuro. No fue Manuel Azaña el único crítico con las normas propuestas por García Oliver, también Indalecio Prieto cuestionó muchas de las decisiones y decretos elaborados por él en su etapa ministerial.

Ambos decretos fueron publicados en la Gaceta de la República el mismo día que el decreto ordenando la supresión de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Aunque en sus memorias no lo menciona, no es descabellado pensar que este decreto también se publicará sin su firma. Aunque formalmente los tres llevan la firma del presidente de la República. Ahora bien, también puede sostenerse que lo firmara, al implicar exclusivamente una reorganización administrativa, que en absoluto modificaba las funciones que al respecto tenía encomendado el Ministerio de Justicia, como demostraré a continuación.

Lo que es evidente, es que en ningún caso se pretendió una merma de funciones de la institución registral, ya que la reorganización de la propiedad propuesta por García Oliver y el Gobierno de Largo Caballero, no afectaba a su reflejo tabular. Debe pues, encuadrarse esta decisión en la reforma de la plantilla de funcionarios del Ministerio de Justicia que llevó a cabo García Oliver, y no buscar otra significación.

Suprimida la Dirección General de los Registros y del Notariado, se procedió a la creación de una Sección Técnica de los Registros y del Notariado que cubriera su lugar a cargo del sub-

22 GARCIA OLIVER, J. *El eco de los pasos*. Ebook. Pág. 12466.

Memoria histórica y democrática

secretario, así se infiere de la Resolución de 6 de febrero de 1937²³, firmada en Valencia por Sánchez Roca en materia de protocolos notariales.

Analicemos por separado los tres motivos de supresión:

a) La paralización de los asuntos correspondientes al departamento.

Si bien es cierto que conforme hemos visto el tráfico jurídico inmobiliario se ralentizó en el periodo de guerra, lo cierto es que no llegó a detenerse del todo.

Tenemos noticias de al menos un recurso gubernativo contra la calificación del registrador mercantil de Alicante, que se resolvió en Resolución de 18 de enero de 1937.

En relación con los registradores y el personal de las oficinas registrales, se aprecian las siguientes actuaciones:

- Se concedieron excedencias mediante diversas órdenes ministeriales, por un período de dos años ya fuera por motivos personales como a los registradores de Manzaneda²⁴, de Alcalá de Henares²⁵, de Ayora²⁶ y de Almadén²⁷; ya lo fuera por prestación de otros servicios como al registrador de Cañete que pasa a desempeñar el puesto de abogado del estado interino²⁸ o como al registrador de Infantes²⁹, para desempeñar el puesto de representante del Estado en el Sindicato de Minas de Plomo de Linares-La Carolina.
- Se convocó un concurso de registradores interinos, por orden circular del ministro de Justicia, Sr. Irujo, de 27 de mayo de 1937³⁰.
- Se vigiló que las oficinas registrales tuvieran un registrador al frente. La Orden de 16 de abril de 1937³¹, dictada en Valencia por Mariano Sánchez Roca se dirige a los notarios y registradores recordándoles su deber de residencia y la obligación de reintegrarse a su destino en ocho días.
- Se veló por sus derechos sindicales. La Resolución de 14 de enero de 1936³², del subsecretario del Ministerio de Justicia, Sánchez Roca, se pronuncia sobre el derecho de sindicación en UGT de los funcionarios de la carrera judicial y fiscal, y de notarios y registradores, a los que sus leyes específicas prohíben pertenecer a ninguna asociación política. En relación a los registradores, el art. 451 del Reglamento Hipotecario, entonces vigente, sancionaba con traslado forzoso, intervención política del registrador. Sin embargo, el subsecretario interpreta el art 41 de la Constitución de 1931 entendiéndolo

23 Publicada en la *Gaceta de la República* el 8 de febrero de 1937, nº 39. Pág 694.

24 Orden de 15 de enero de 1937.

25 Orden de 15 de enero de 1937.

26 Orden de 28 de marzo de 1937.

27 Orden de 26 de mayo de 1937.

28 Orden de 25 de junio de 1937, siendo ministro Irujo.

29 Orden de 30 de diciembre de 1936

30 Publicada el 29 de mayo en la *Gaceta de la República* nº 149. Pág. 972.

31 Publicada el 18 de abril de 1937, en la *Gaceta de la República* nº 108. Pág 261.

32 Publicada el 15 de enero de 1937, en la *Gaceta de la República*, nº15. Pág.522.

Memoria histórica y democrática

que admite la sindicación de los funcionarios públicos, y que al ser norma superior a las específicas del registrador, debe prevalecer, y por lo tanto remueve los obstáculos a dicha sindicación.

b) La necesidad de reorganizar a fondo el régimen de propiedad en todos sus aspectos

Continúa el Gobierno, la labor de preservar la ejecutividad de las hipotecas, iniciado por el Decreto de 3 de octubre de 1936 que creaba un libro especial en los registros de la propiedad, total o parcialmente destruidos, para favorecer la inscripción de las hipotecas a favor del Banco Hipotecario de España, y lo extiende a otras instituciones y entidades oficiales que lo reclaman, y así el Decreto de 10 de abril de 1937³³ concedió a las hipotecas a favor del Instituto Nacional de Previsión y de sus Cajas Colaboradoras el mismo régimen que el previsto para el Banco Hipotecario de España, si bien en ningún caso podrán anteponerse a las hipotecas a favor del Banco Hipotecario.

Además este libro que se había creado para los registros de la propiedad, se extiende a los registros mercantiles por el Decreto de 13 de mayo de 1937³⁴.

También en este periodo, el registro de la propiedad se utilizó para inscribir las incautaciones de los bienes de determinadas personas, a favor del Estado. Así por ejemplo, las circulares del subsecretario del Ministerio de Justicia, de 27 de enero de 1937³⁵ y de 26 de febrero de 1937³⁶ se ordena a los registradores de la propiedad, que los bienes que consten inscritos a favor de determinadas personas, en sus respectivas demarcaciones, se inscriban a favor del Estado. Una vez practicada la inscripción en el más breve plazo posible, deberá comunicarse la Dirección General de la Marina Mercante y a la Dirección General de Propiedades del Estado.

En todo caso, el registro aparece como instrumento técnico neutral a la filosofía o concepto de propiedad que la Constitución ampare.

c) La necesidad de llevar a cabo todas las economías posibles dada la situación

Los registradores de la propiedad no cobraban una nómina sino por arancel. La ralentización de las operaciones registrales ocasionó un grave problema económico para los registradores y el personal que servía en los registros. Fue el Colegio de Registradores quien trató de socorrer las necesidades materiales de todos ellos. Por Orden de 8 de mayo de 1937³⁷ Sánchez Roca, acuerda autorizar a la Junta Directiva del Colegio de Registradores, para que con garantía de los valores públicos pueda socorrer las necesidades más perentorias de quienes sirven los registros, registradores y oficiales. Para ello se autoriza la apertura de una o sucesivas cuentas de crédito en el Banco de España, y la pignoración de los títulos de la deuda pública de su propiedad depositada a su nombre en el Banco Hispano Americano.

33 Publicada el 13 de abril de 1937, en la *Gaceta de la República*, nº 103. Pág. 179.

34 Publicada el 16 de mayo de 1937, en la *Gaceta de la República*, nº 136. Pág. 720.

35 Publicada el 10 de febrero de 1937 en la *Gaceta de la República*, nº 41. Pág. 751.

36 Publicada el 3 de marzo de 1937 en la *Gaceta de la República*, nº 62. Pág. 1052.

37 Publicada el 14 de mayo de 1937 en la *Gaceta de la República*, nº 134. Pág. 690.

Memoria histórica y democrática

3.2. La reposición de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por Decreto dictado en Valencia el 17 de mayo, se admite la dimisión de Francisco Largo Caballero cesando como presidente del Gobierno. Ese mismo día es nombrado Juan Negrín, nuevo presidente del Gobierno, quien a su vez designa a Manuel de Irujo Olo, militante del PNV, nuevo ministro de Justicia. El 19 de mayo se admite la dimisión del Mariano Sánchez Roca, mediante acuerdo del Consejo de Ministros fechado en la ciudad de Valencia.

Por Decreto de 5 de julio de 1937³⁸, siendo ministro de Justicia Manuel de Irujo y Olo, se repone la Dirección General de los Registros y del Notariado con la misma estructura que tenía al tiempo de su supresión.

También encontramos normas referidas al personal de la Dirección General y así por Orden del 20 de octubre de 1937 Pablo Jordán de Urríes y Azara jefe de sección del Cuerpo facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado pide volver a su puesto tras declarar su adhesión a la República, parece deducirse de la orden que se le había dado de baja por no querer trasladarse a Valencia.

Es interesante leer la exposición de motivos de este decreto, que funda en razones exclusivamente coyunturales el motivo de su supresión, señalando como causa el «colapso que sufrían las instituciones» dependientes de esta Dirección General. Y considera que restituirla es «prestar un señalado servicio a la administración española, a la que no debe privarse de lo que una acreditada y gloriosa técnica ha demostrado ser imprescindible en la vida oficial de nuestro país».

Entre las aportaciones a destacar de esta Dirección General subraya las resoluciones de «tan hondo reflejo en el Derecho Civil».

Pero quizá lo más significativo es reconocer que las instituciones dependientes de ella, entre las que se encuentra la institución registral, «son esencialmente técnicas, instrumentos al servicio del Derecho, que no pueden desaparecer, sino que han de evolucionar al compás de éste». Recuerda que siempre existirán los problemas agrarios, los de vivienda, siempre habrán normas que se pronuncien sobre el valor y el concepto de propiedad en nuestro territorio, «cualquiera que sea el régimen a que quede sometida la relación del hombre con las cosas de esta naturaleza» (la inmobiliaria) y que forzosamente han de existir en todos los regímenes.

Vuelve a destacar la naturaleza técnica de la institución registral, como instrumento válido al servicio de cualquier política de vivienda, agraria o de propiedad.

Creada de nuevo la Dirección General, la reconstrucción de los registros sigue siendo una prioridad, y así en Decreto de 21 de octubre de 1937³⁹, uno de los últimos dictados en Valencia, en su exposición de motivos vuelve a poner de manifiesto la necesidad de un registro operativo para el progreso económico de los pueblos. Señala que «la publicidad registral es un elemento técnico de garantía imprescindible en todo régimen de propiedad, independientemente de su contenido. Por la destrucción cualquiera que sea su causa, tanto de la titularidad quirográfica como de los libros del registro, se producen indirectamente daños trascendentales en el régimen de propiedad y, por consecuencia, en la economía del país que, según acredita la

38 Publicado el 6 de julio de 1937 en la *Gaceta de la República*, nº 187. Pág 103.

39 Publicado el 22 de octubre de 1937 en la *Gaceta de la República*, nº 295. Pág.285.

Memoria histórica y democrática

experiencia histórica, con el transcurso del tiempo se agravan, dificultándose la reparación”. Este Decreto, tras considerar necesario un estudio profundo del sistema de inmatriculación “para corregir las deficiencias tradicionalmente conocidas”, simplifica el sistema de reconstrucción, para abaratar los costes de reinscripción tanto en el registro de la propiedad como en el mercantil. Permite que se incorporen a un solo asiento las inscripciones que se reincorporan, y reduce su coste arancelario especialmente en referencia al número de folios utilizados en la redacción de los asientos.

4. Conclusión

Durante el tiempo que Valencia fue capital de la II República, la institución registral fue objeto de atención para que la misma mantuviera su actividad, como soporte del desarrollo económico en el ámbito especialmente de la construcción. Ello supone reconocer que el registro de la propiedad y el mercantil no están unidos a una concepción liberal de la propiedad, sino a cualquier concepto de propiedad, que deba hacerse valer frente a terceros. En las exposiciones de motivos de las normas analizadas se encuentra siempre un claro reconocimiento de su función, por encima de la estructura administrativa que la incardine en el ministerio.

5. Bibliografía

GARCIA OLIVER, J. *El eco de los pasos*.

PAU PEDRÓN, A., *Jurista*. Ministerio de Jurista. Madrid 1990.

Gaceta de Madrid y Gaceta de la República desde el 18 de julio 1936 hasta el 1 de noviembre de 1937.

UN EJEMPLO DE LA REPRESIÓN MULTIFORME DEL FRANQUISMO: EL CASO DEL ESCULTOR VALENCIANO ALFRED TORÁN OLMOS¹

Vicent Sampedro Ramo²

RESUMEN: El franquismo fue un régimen caracterizado por su faceta represiva, que adoptó una multiplicidad de formas, destacando las sentencias emanadas por los consejos de guerra de la Jurisdicción Militar y las emitidas por los Tribunales Especiales creados tras la promulgación de las dos principales leyes especiales represivas: la Ley de Responsabilidades Políticas, de 9 de febrero de 1939 y la Ley sobre Represión de la Masonería y del Comunismo, de 1 de Marzo de 1940. El escultor valenciano Alfred Torán Olmos fue víctima de toda esta legislación, por ser republicano de izquierdas, masón y miembro del SIM.

PALABRAS CLAVE: Alfred Torán. Represión. Consejo de guerra. Leyes especiales.

ABSTRACT: The Franco's regime was a regime characterized by his repressive facet, that adopted a multiplicity of forms, emphasizing the judgments come by the court-martials of the Military Jurisdiction and the issued ones by the Special Courts created after the promulgation of both principal special repressive laws: the Law of Political Responsibilities, of February 9, 1939 and the Law on Repression of the Freemasonry and of the Communism, of March 1, 1940. The valencian sculptor Alfred Torán Olmos was a victim of all this legislation, for being republican of left sides, Mason and member of the SIM.

KEYWORDS: Alfred Torán. Repression. Court-martials. Special Laws

A las seis de la tarde del día 23 de noviembre de 1940, el escultor Alfred Torán Olmos, nacido en Sueca, fue fusilado en el campo de tiro de Paterna. Dos horas después, el teniente médico asimilado José María Gastón Rosell certificaba que había reconocido el cuerpo del infortunado reo, que presentaba síntomas de muerte real producida por heridas de pequeño proyectil en cabeza y tórax, según la terminología forense. Al día siguiente, Vicente Benlloch Senent, Juez municipal suplente y encargado del Registro civil de Paterna expedía la correspondiente certificación en extracto del acta de defunción, que se archivó junto al resto de la documentación del sumario 2450-V de 1939 del Consejo de Guerra Permanente nº 4, mediante procedimiento sumarísimo de urgencia

Por el delito de adhesión a la rebelión, previsto y penado en el artículo 238 del Código de Justicia Militar, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de trascendencia y perversión del artículo 173 de ese mismo Código, Alfred Torán había sido condenado a la pena

1 Original del artículo en castellano.

2 Vicent Sampedro Ramo es doctor en Historia Contemporánea por la Universitat Jaume I de Castellón.

de muerte, junto al pago de responsabilidades civiles en cuantía indeterminada, según la sentencia emitida en Valencia el 3 de enero de 1940.³

Torán fue uno más de las decenas de miles de reos juzgados en la posguerra por la jurisdicción militar, en consejos de guerra mediante el procedimiento sumarísimo de urgencia que, frente al procedimiento ordinario, se caracterizaba por su brevedad, la ausencia de derechos y el nulo papel de la defensa. Era el menos garantista de todos los procedimientos judiciales y además los franquistas recortaron de tal forma lo legislado en el Código de Justicia Militar vigente, que lo convirtieron en un simple trámite de apariencia legalista (Gómez Bravo y Marco, 2011: 77-79).

Pero el régimen franquista no se iba a conformar solo con quitarle la vida a Alfred Torán, puesto que, como les sucedió también a tantos miles de represaliados, tras ser condenado por la Jurisdicción Militar y ejecutado, le fueron aplicadas las dos leyes especiales represivas por antonomasia del franquismo: la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939 y la Ley sobre Represión de la Masonería y del Comunismo de 1 de marzo de 1940, puesto que Torán fue militante de Izquierda Republicana desde la fundación del partido en Valencia en 1934 y además, fue Maestro Masón, es decir, alcanzó el grado 3º del Rito Escocés Antiguo y Aceptado y permaneció en activo hasta los últimos meses de la guerra civil, en la logia⁴ en la que se inició en 1934, Federación Valentina nº 2 de Valencia, auspiciada por la Gran Logia Simbólica Regional del Levante, de la obediencia⁵ del Grande Oriente Español.

Una de las características principales de la represión franquista fue la pluralidad de formas, todas ellas encaminadas tanto al exterminio físico de un gran número de sus opositores, como también a establecer un sistema que utilizó el miedo como forma de control de la población. A los enemigos del nuevo régimen había que depurarlos, sancionarlos a través de multas y confiscación de sus bienes y marcarlos con el estigma de la «Anti-España».

Alfred Torán Olmos es un claro ejemplo del represaliado total, puesto que el franquismo, que lo encarceló y lo ejecutó, también pretendió aplicarle las sanciones económicas recogidas en la Ley de Responsabilidades Políticas, que eran el objetivo básico de esta Ley Especial, es decir, castigar económicamente y reducir a la miseria a quienes habían defendido el régimen republicano y a sus familias.

De no haber sido ejecutado, Torán hubiera sido condenado posteriormente a 12 años y 1 día de reclusión menor, junto con las accesorias de separación e inhabilitación absoluta y perpetua, al ser encausado por el Tribunal Especial de Represión de la Masonería y el Comunismo (TERMC), aunque como veremos, el sumario se sobreseyó definitivamente, al tenerse constancia de su muerte.

Con su fusilamiento, el franquismo puso fin a la progresión de un gran artista, que podría haber sido uno de los grandes referentes de la escultura valenciana del siglo XX; un hombre

3 Archivo Histórico de Defensa. Procedimientos Judiciales incoados por la Justicia Militar a raíz de la Guerra Civil y durante la etapa franquista bajo responsabilidad del Tribunal Militar Territorial 1º. Fondo Valencia, nº 18.744. Sumario 2450-V/1939. Vicent Gabarda Cebellán (2007: 350,359) fue el primero en dar información sobre el fusilamiento de Torán. Ese mismo día fueron ejecutados en Paterna otros seis condenados (Gabarda, 2007: 348, 350, 352).

4 Lugar donde se reúnen los masones, presidida por un venerable maestro y que debe contar al menos con siete maestros masones, para ser regular.

5 Federación de logias que aceptan una misma autoridad.

Memoria histórica y democrática

amante del arte y de la libertad, que se puso al servicio de la causa del pueblo, sin dudar, desde los primeros momentos de la sublevación militar.

Las declaraciones de Alfred Torán que aparecen en el sumario del Consejo de Guerra nos han permitido conocer algunas de sus actividades y también datos personales del detenido, que tenía en esos momentos 40 años de edad y era natural de Sueca; declaraba que su profesión era escultor, con un taller en su mismo domicilio de Valencia, en un bajo de la calle Arévalo Baca nº 15, en el que residía junto a su esposa, Carmen Bergón Colom y su hijo Alfred.

Torán estudió en la Escuela de Bellas Artes de San Carlos y hasta el estallido de la guerra civil, su obra artística había destacado entre los círculos artísticos de la ciudad de Valencia, alcanzando una sólida reputación. Como señala Blasco Carrascosa (1988: 83-84; 2003:115), Torán se especializó en la realización de originales desnudos femeninos de inclinación modernista, destacando sus «danzantes», que lo convirtieron en un sólido escultor, renovador del clasicismo. Mantuvo una gran amistad con su paisano Vicente Beltrán Grimal, quien llegó a ser director de la Academia de San Carlos durante la guerra. La obra de Torán y la de Beltrán coincidían no solo en la elección de los temas a tratar, sino fundamentalmente en similares concepciones a la hora de resolver los problemas de la representación formal, por lo que se puede observar claramente el enlace entre las obras de ambos artistas. Torán llegó a exponer algunas de sus obras en Madrid en 1935.

También Agramunt Lacruz (2005: 146-147) destaca la gran reputación que Torán adquirió con sus desnudos femeninos y por su limpia trayectoria.

Al iniciarse la sublevación militar en julio de 1936, Alfred Torán se encontraba en Madrid, regresando a Valencia de inmediato, en donde tuvo el apoyo de la Alianza de Intelectuales para montar un taller de escultura. En 1937 pasó a trabajar en la Junta de Defensa del Tesoro Artístico Nacional, junto a su amigo Vicente Beltrán y otros destacados artistas valencianos, dirigidos por el director general de Bellas Artes Josep Renau. Se ocuparon de la conservación del patrimonio artístico, incluido el religioso y de la salvaguarda de las obras de arte del Museo del Prado, trasladadas a Valencia y depositadas en las Torres de Serranos.

Pero además de ser artista, republicano de izquierdas y masón, combinación francamente peligrosa en la España franquista, existió otro factor en la biografía de Alfred Torán que fue determinante en su condena a muerte.

Según él mismo declaró, a mediados de 1938 ingresó en el Servicio de Información Militar republicano, el SIM, impelido por la difícil situación económica que atravesaba, puesto que su sueldo en el Tesoro Artístico era escaso e insuficiente para mantener sus necesidades y las de su familia en aquellas fechas, ya muy avanzado el conflicto, con una gran carencia de víveres en la retaguardia republicana.

El SIM fue el organismo concebido por el gobierno republicano para luchar contra el espionaje y el sabotaje enemigo, creado mediante Decreto de 7 de agosto de 1937 por el Ministerio de Defensa, encabezado por Prieto, quien consideró que su control sobre el SIM le ayudaría a limitar la influencia comunista en el Ejército, por lo que todos los jefes de este servicio fueron socialistas, como Ángel Daniel Baza, o el teniente coronel de la Guardia Nacional Republicana Manuel Uribarri. En mayo de 1938 otro socialista, Santiago Garcés, accedió a la jefatura del SIM, aunque con él aumentó la influencia comunista y se procedió a una reorganización del

Memoria histórica y democrática

Servicio, que mejoró en su eficacia, siendo a partir de ese momento cuando consigue sus mayores logros, como la desarticulación de grupos quintacolumnistas, fundamentalmente en Cataluña, aumentando al mismo tiempo las acusaciones por los métodos empleados (Rodríguez Velasco, 2011: 207-239).⁶

Fue precisamente el SIM valenciano uno de los que peor fama arrastró, centrada en la figura de Loreto Apellániz y su Brigada Especial, denostados hasta la saciedad incluso por algunos republicanos y acusados de numerosos crímenes en la Causa General.⁷ En marzo de 1939, tras la sublevación del coronel Casado, se depuró el SIM y se disolvió la Brigada Especial de Apellániz en Valencia. Sus miembros fueron detenidos y se les instruyó un juicio sumarísimo, por parte del Tribunal Militar Permanente de la Demarcación de Levante, que finalmente no llegó a sustanciarse por la descomposición del sistema republicano y la desbandada final.

En los últimos días de marzo, Apellániz y sus veinte compañeros, permanecieron en prisión en la Cárcel Modelo de Valencia, siendo entregados por Tomás Ronda, su director, a los vendedores el 29 de marzo.

Sin solución de continuidad y aprovechando parte de la documentación de la justicia republicana, fueron juzgados el 2 de abril, por el Consejo de Guerra Permanente de Valencia, en la causa sumarísima de urgencia 2-V/1939, por el delito de adhesión a la rebelión, con las agravantes de peligrosidad y perversión social de los encausados y la trascendencia de los hechos cometidos, siendo condenados a la pena de muerte y fusilados en Paterna en la mañana del 3 de abril, obteniendo el triste honor de ser los primeros ejecutados «legalmente» por el franquismo en Valencia (Sampedro Ramo, 2016).

Con estos antecedentes de persecución implacable y venganza contra todo lo relacionado con el SIM, poca esperanza podía tener Alfred Torán de no acabar enfrentándose también al piquete de ejecución.

Según relataba él mismo en el sumario, Alfred Torán fue llamado para incorporarse al SIM gracias a la mediación de su amigo y hermano de logia Julio Macián Salvador,⁸ a quien había comentado lo precario de su situación económica. Macián le presentó al que era en ese

6 Anteriormente, tras la llegada de Largo Caballero al Ministerio de la Guerra se empezó a organizar el contraespionaje republicano, con la creación del Servicio Especial, que se transformaría poco después en el Servicio de Información Especial, cuyo cometido era también la limpieza de la retaguardia.

A pesar de toda la literatura desarrollada en torno al SIM, en la que se destaca su pésima fama, vinculada fundamentalmente a sus métodos interrogatorios, profusamente fueron aireados por la Causa General, el conocimiento de este organismo se ha desarrollado en una nebulosa en la que fundamentalmente se han descrito sus actividades como servicio represivo, sin valorar su utilidad en materia militar.

7 Archivo Histórico Nacional, FC-Causa General, 1389, Exp. 2, pp. 6-12. «Relación de checas que existieron en Valencia».

8 Julio Macián Salvador fue quien introdujo a Torán en la logia Federación Valentina nº 2 de Valencia, de la que él era miembro activo desde principios de los años 30, con el nombre simbólico de Luis Vives. En 1936 Macián, que desde el año anterior había sido exaltado al grado 3º, ocupaba los cargos de Secretario Adjunto y Vocal de la Comisión de Justicia del taller. Miembro de la UGT, pudo salir de España al final de la guerra, embarcado en el Stanbrook. A su llegada a Orán, fue internado en un campo de concentración y en el campo de trabajo de Bou-Arfa, hasta su liberación por los aliados en 1943, junto a sus amigos, los hermanos Josep y Angélic Castanyer, con quienes colaboró ilustrando algunas de sus obras literarias. Fue corresponsal de la Casa Regional Valenciana de París en Orán y colaborador de la revista *Senyera*. En 1962 se trasladó a Francia, falleciendo en Carcassonne en 1969, a los 70 años. Siempre fue militante activo del sindicato socialista y del valencianismo cultural. El TERMC le incoó, en rebeldía, el sumario 365/1945 por delito de masonería, que tuvo que ser archivado provisionalmente -Centro Documental de la Memoria Histórica, Sección Especial (en adelante CDMH), TERMC 12819 y Legajo 14 B, expediente 6.-

Memoria histórica y democrática

momento jefe del SIM en Levante, el comandante Atilano Sierra, antiguo masón,⁹ quien, tras aprobar su ingreso, le puso al frente de la Sección 4ª de este organismo, ubicada en Valencia, en la calle Sorní nº 8, que se encargaba fundamentalmente de vigilar las fábricas de guerra en prevención de sabotajes o espionaje. Sin embargo, tras el cese de Atilano Sierra, unos meses después, Torán fue trasladado al SIM del Ejército de Levante, como castigo por no haber realizado en este periodo ninguna detención.

En principio estuvo destinado a la aldea requenense de La Portera, pasando a posteriormente a la Jefatura de Bétera, establecida en un chalet denominado «Villa Flor». A finales de 1938 Torán intervino en una serie de detenciones de desafectos y en los interrogatorios de varios detenidos de Requena en la sede del SIM de Bétera, calificada de «checa» por los franquistas.

Consciente de lo peligroso de su situación a finales de marzo de 1939, cuando ya la guerra estaba irremisiblemente perdida, Alfred Torán Olmos se propuso partir al exilio. En la primera de sus declaraciones señaló que dos o tres meses antes del fin de la guerra, hubo una tenida de su logia, ubicada en el denominado Liceo de Levante, en la calle Conde de Montornés de Valencia, en la que se procedió a su exaltación al grado 3º, junto a otros compañeros masones, pues así: «...podrían recibir auxilio de otros masones en el extranjero, mientras que si eran de otro grado inferior no la recibirían». Su intención primera fue la de marchar a Nicaragua y allí dedicarse a la escultura, con la posible ayuda de los masones de aquel país.¹⁰

Pero los acontecimientos se precipitaron y finalmente la única opción que le quedó fue la de intentar coger un barco en el puerto de Alicante, para lo cual partió hacia esa ciudad a las dos de la madrugada del 29 de marzo desde Bétera, con la esperanza, como la de tantos miles de republicanos, de poder embarcar hacia el exilio. No lo consiguió, siendo detenido el 30 de marzo y trasladado en primer lugar al Campo de los Almendros y posteriormente a la plaza de toros de Alicante, convertida por los franquistas en un centro de concentración. Salió liberado el 3 de mayo gracias al aval presentado por un capitán retirado, llamado Ildelfonso Latorre, vecino suyo de Valencia.

Sin embargo su permanencia en libertad fue efímera. Pocos días después de finalizada la guerra, fue presentada una denuncia ante el Juez Militar de la plaza de Requena, firmada el 5 de abril de 1939, por uno de los detenidos en Bétera, Manuel Gómez García, en la que acusaba al capitán Manuel Hernández Guerrero y a Alfred Torán de haberle torturado y posteriormente de practicar un registro en su domicilio de Requena el 28 de febrero de 1939, sustrayéndole dinero y joyas.

Ante esta denuncia, el Juez Instructor, Julián Mejías Abril, del Cuerpo Jurídico Militar, nombró Secretario para esa causa al falangista Jorge Pérez Giménez, solicitando a continuación al Auditor de Guerra del Ejército de Ocupación de Levante, un número de orden para la causa

9 Atilano Sierra Suárez era capitán de artillería, con destino en el 5º Regimiento Ligero de Artillería, establecido en Valencia. Había sido miembro de la logia valenciana Tyrís nº 41 y en 1931 fue regularizado en la logia Patria Nueva nº 4, en la que permaneció hasta 1935, siendo irradiado por falta de asistencia. Republicano convencido, fue ascendido al empleo de comandante al estallar la guerra, actuando como secretario del Gobernador, el coronel Arín, tras ser sofocada la sublevación en Valencia. Fue uno de los jefes de la artillería republicana en el frente de Teruel y también jefe de la Defensa contra Aviación (DECA) de Valencia y por un breve espacio de tiempo fue nombrado jefe del SIM en Levante. Pudo exiliarse a Orán, embarcándose en el Stanbrook. Allí falleció en 1962, víctima de las luchas por la liberación.

10 Efectivamente la masonería valenciana durante los meses finales de la guerra fue preparando la salida de los masones que quisieran partir al exilio, destacando en esta labor Hermano Beüt en Valencia y Pérez Torreblanca en Alicante (Sampedro Ramo, 2014: 329-330).

Memoria histórica y democrática

y finalmente se dio cuenta al Fiscal Jurídico Militar de la Auditoría de Valencia del inicio del procedimiento.

La Auditoría de Guerra del Ejército de Ocupación de Levante ordenó al Juez Militar de Requena, el 7 de mayo de 1939, que procediese a instruir juicio sumarísimo de urgencia, con el número 2450-V, contra Hernández Guerrero y Alfred Torán, haciéndose cargo de las denuncias que iniciaron la causa. Mediante Providencia fechada el 10 de mayo, el Juez Instructor ordenó su detención, declarándoles procesados en el sumario. A pesar de los esfuerzos del Tribunal, Manuel Hernández Guerrero no fue hallado y se le declaró en rebeldía, mientras que Alfred Torán fue detenido en Valencia el 17 de mayo, ingresando en la Prisión Celular de Valencia al día siguiente.

Ese mismo día, el Servicio de Información y Policía Militar del Ejército de Levante remitió al Juez del Juzgado Militar de Guardia de Valencia al detenido, junto con el atestado correspondiente, señalando que se trataba de un agente del SIM rojo, que había maltratado a los detenidos a su cargo y que además era masón.

Desde el Gobierno Civil de Valencia se envió un oficio al Juez Militar de Requena, fechado el 20 de junio de 1939, comunicando que ponía a su disposición al detenido, ordenando su traslado a la prisión de Requena. El ingreso se hizo efectivo el 11 de agosto, permaneciendo Torán encarcelado en esta localidad hasta el 24 de noviembre de 1939.

La principal acusación que se hizo a Alfred Torán fue la de haber participado en los interrogatorios y de haber maltratado a algunos sospechosos de quintacolumnismo y de pertenencia a la Falange clandestina, detenidos en Requena en enero de 1939, en una operación conjunta entre la policía de la localidad y el SIM, que se inició con la detención del estudiante de 17 años Rafael Gadea García el 19 de enero, quien, tras sufrir varios interrogatorios en Bétera, confesó que había participado en varias reuniones de carácter conspiratorio contra el gobierno republicano con jóvenes de su localidad a los que delató y que fueron detenidos a su vez el 25 de enero.

Se trataba de otro menor, Vicente Canelles Verdia, también de 17 años, su madre Clotilde Verdia Calatayud, de 49 años y de otras ocho jóvenes: Remedios Guijarro Monsalve, de 22 años, acusada de ser la jefa femenina de la 5ª Columna, Carmen Agut Cañizares, de 21, Consuelo Cervera Arnal, de 20, Pilar Pérez Iranzo, de 24, Carmen Pérez Limorte, de 25 y su hermana Luisa, de 35, así como las también hermanas Clotilde García de Leonardo Gil, de 21 y Concha, de 16. Pocos días después también fue detenida la madre de Rafael Gadea, María Jesús García Contreras, de 44 años.

Dentro de esta operación, Alfred Torán estuvo personalmente en Valencia el 26 de enero a otros tres vecinos o naturales de Requena: Nicolás Agut Sastre, oficial de notaría de 50 años, el abogado Carlos Mejías Berzal, de 36 y al más significado políticamente de todo el grupo de detenidos, el contratista Nicanor Armero Iranzo,¹¹ de 50 años.

Los jóvenes, todos ellos amigos, habían mantenido reuniones para organizar el Socorro Blanco o para integrarse en la Falange clandestina, en los momentos en que ya se veía próxima la

11 Nicanor Armero, con la victoria franquista ocupó la alcaldía de Requena hasta 1944 y en noviembre de 1942 fue nombrado Procurador en las primeras Cortes franquistas, en representación de los municipios valencianos. Al año siguiente fue uno de los firmantes del "Manifiesto de los Veintisiete", en el que se solicitaba a Franco la neutralidad en la guerra y la restauración monárquica.

Memoria histórica y democrática

derrota del gobierno republicano. Apenas hubo pruebas contra ellos, permaneciendo varias semanas detenidos en Bétera hasta que en torno al 8 de marzo fueron trasladados a Valencia, los chicos a la Prisión Modelo y las chicas al Convento de Santa Úrsula, siendo liberados a mediados de ese mismo mes.

Todos ellos comparecieron ante el Juez Militar de Requena en dos tandas de declaraciones, la primera el 11 de agosto de 1939 y la segunda el 22 de septiembre. Los dos jóvenes y los tres adultos declararon malos tratos, golpes, amenazas y un simulacro de ejecución, que habían sido efectuadas por el sargento Abad, conocido como «sargento veneno», mientras que los interrogatorios eran llevados a cabo por el capitán Manuel Hernández Guerrero y por Alfred Torán, al que calificaban de segundo jefe del SIM en Bétera y en alguna declaración también le atribuyen la graduación de capitán.

Las chicas, en general, declararon amenazas y coacciones para que firmaran una confesión. Solo Remedios Guijarro, la líder del grupo, denunció que en una ocasión fue abofeteada por el sargento Abad. Sin embargo reconocía que tras su traslado a Valencia en marzo, Alfred Torán le había dado un trato muy benigno, lo mismo que declararon el resto de sus compañeras

Creemos que la actuación de este grupo de jóvenes de Requena en labores quintacolumnistas, no iría más allá de reunirse para intercambiar noticias o hacer alguna aportación al Socorro Blanco, pues bien poco podían hacer en labores de espionaje o saboteando la producción de guerra.

La Quinta Columna actuó por supuesto en Requena, siendo Iñigo José Gracia López el enlace para los pueblos de esa comarca. Profesor de latín del Instituto de Requena entre 1933 y 1936 y desde 1939 hasta 1961, Gracia se integró en la organización en diciembre de 1937, ejerciendo como agente de información y reclutador de elementos para la Quinta Columna y el Socorro Blanco, tanto en Valencia como en Requena. En la posguerra, como agente del SIPM continuó haciendo la labor de información y denunció a varias personas.

Otros miembros de la organización fueron el también profesor del Instituto de Requena, José Oria Micho, quien durante la guerra prestó servicios como químico en una fábrica de armamento de Manises, saboteando la producción y facilitando planos e información a su enlace de la Quinta Columna, el conserje del Instituto José Roda Ricart. Presumiblemente, desde el núcleo del Instituto se contactaría con jóvenes estudiantes como Rafael Gadea o Vicente Canelles y con las jóvenes para organizar al final de la guerra grupos de apoyo a los vencedores (Ibáñez Tarín, 2012).

En la declaración indagatoria que se efectuó a Torán el 21 de septiembre, tras las últimas declaraciones testimoniales de parte de los antiguos detenidos por el SIM, el escultor reconoció haber efectuado las tres detenciones de Valencia y que de estos detenidos, Nicanor Armero sufrió malos tratos, pero que él no estuvo presente ni cooperó en ello. Tampoco reconoció el haber participado en registros, e indicó que la detención de las jóvenes de Requena se debió a la denuncia de Rafael García y que siempre se había tratado a las jóvenes con las consideraciones debidas.

Al día siguiente el Juzgado Militar de Requena requirió a la Alcaldía de esa localidad que remitiese al Juzgado un informe sobre la conducta social y política de Alfred Torán. El 7 de octubre Nicanor Armero, que como hemos visto fue el primer alcalde franquista de Requena y ya había declarado en el sumario, contestó informando que:

Memoria histórica y democrática

«[...] este sujeto me consta de manera cierta por ser yo uno de los martirizados, que se dedicaba en las checas del SIM y en el chalet de Bétera a martirizar a los detenidos y que es sujeto de baja condición moral y según noticias facilitadas a esta Alcaldía es masón».

La comandancia del puesto de la Guardia Civil de Requena informó por su parte el 27 de septiembre que:

«... según informes y antecedentes que obran en este puesto [...] Alfredo Torán fue agente del S.I.M., rojo, masón, sujeto que con los de su clase procedía a martirizar en el chalet de Bétera donde prestaba servicio del S.I.M a los detenidos [...] Individuo de pésima condición moral».

Existe en el sumario el informe que realizó el 6 de octubre de 1939 el comandante del cuartel de la Guardia Civil de Arrancapins, en Valencia, a requerimiento del Juez Militar, en el que se da una visión muy negativa de Torán, basada en el informe de un vecino suyo, acusándole incluso de militancia comunista. Se decía que:

«[...] es peligroso, siempre ha sido de izquierdas. Durante el Movimiento Nacional se afilió al Partido Comunista, se presentó voluntario al Ejército Rojo y llegó al empleo de capitán; además ha sido agente del S.I.M., notándosele bastante actividad con coches, según informa D. Salvador Alberó Vilaplana, domiciliado en la calle Arévalo Baca nº 15».

Para contrarrestar estos informes y las declaraciones en contra de Alfred Torán, su familia se movilizó para solicitar avales e informes positivos del escultor, que también fueron incorporados al sumario.

Ildefonso de la Torre, militar retirado que ya le había avalado para su salida del campo de concentración de Alicante, firmó una declaración en la que hacía constar que Torán, aún a sabiendas de que el firmante era derechista le auxilió en numerosas ocasiones.

El escultor Julio Vicent Mengual, profesor de la Escuela Superior de Pintura y Escultura de Madrid declaró que, por ser de derechas y haber sido expulsado de la F.U.E., no fue incluido en la evacuación de intelectuales y de profesorado de Bellas Artes hacia Valencia, a pesar de hallarse enfermo. Al enterarse de ello, Torán, que había sido discípulo suyo, le buscó un coche y los salvoconductos necesarios, yendo a buscarlo a Madrid y trasladándole junto con su familia a Valencia.

José Bellver Delmás, profesor de la Escuela de Artes y Oficios de Valencia, declaró que, tras ser detenido en enero de 1937 por haber sido militante de la Unión Patriótica y de la Derecha Regional Valenciana, su familia acudió a Torán, quien le facilitó el aval de un sindicato, por lo que fue puesto en libertad, mereciendo por ello su eterna gratitud.

El industrial valenciano Vicente Coret Roig firmó un escrito en el que relataba su detención y encarcelamiento en marzo de 1937, acusado de hacer propaganda en beneficio de los sublevados y por ser miembro de la Derecha Regional Valenciana, habiendo actuado como interventor en las elecciones de 1936. Sus familiares solicitaron la ayuda de Alfred Torán, que consiguió que en pocos días fuese juzgado y absuelto y no volviera a tener más problemas.

Más explícito fue un vecino de Alfred Torán, el alférez de artillería retirado José García Laparra, quien acreditó, además de su conducta ejemplar y laboriosa, que Torán le protegió cuando

Memoria histórica y democrática

unos incontrolados fueron a buscarle en septiembre de 1936 para asesinarlo, estableciendo además una vigilancia que evitó que se cometiesen desmanes y actos vandálicos en el barrio, protegiendo a individuos afectos a la causa nacional y de ideología de derechas.

Sin embargo poco pesaron todas estas declaraciones en favor de Alfred Torán. El 22 de noviembre el Juez Militar de Requena redactó el Auto Resumen de la causa en el que se establece la acusación contra él, por ser afiliado a Izquierda Republicana desde 1934, sin desempeñar cargos directivos y ser masón desde el mismo año, perteneciente al tercer grado. También se le acusa de ingresar voluntario en el Ejército rojo, alcanzando la graduación de capitán y de ingresar en el SIM, tomando parte activa en detenciones y maltratando a los detenidos, actuando en la Checa establecida en Bétera, de la que era el segundo jefe.

Por todo ello se considera que los hechos expuestos podían estimarse como constitutivos de un delito de Rebelión, previstos y penados en el Código de Justicia Militar, por lo que se declararon concluidas las actuaciones y se remitían al Consejo de Guerra Permanente, a los fines de vista y fallo.

Por lo que podemos observar, las declaraciones del alcalde de Requena y de la Guardia Civil fueron las pruebas de cargo que sellaron el destino de Torán, además de la permanente acusación de su afiliación a la masonería. Tras el fin de las diligencias, Torán fue trasladado de nuevo a la Prisión Modelo de Valencia el 24 de noviembre, para ponerse a disposición del Consejo de Guerra.

Su familia continuaba mientras tanto requiriendo informes favorables, para evitar lo que se suponía iba a ser una gravísima sentencia, como el que firmó el teniente de la Guardia Civil Damián Avena, jefe de la prisión de Requena. Incluso se aportaron las firmas de veintidós vecinos de la calle Arévalo Baca de Valencia, en una declaración en la que aseguraban también la conducta ejemplar de Torán.

El 16 de diciembre de 1939 se reunió el Consejo de guerra Permanente nº 4 de la plaza de Valencia, compuesto por su Presidente, el teniente coronel González López, los vocales, los capitanes González Tebar, García Ortiz e Ibáñez Ibáñez y el vocal ponente, el teniente Belda de Eguía, para ver y fallar la causa número 2450, acordándose el desglose de las actuaciones referentes a Hernández Guerrero por hallarse en rebeldía y su archivo provisional.

Finalmente la vista de la causa se celebró el 3 de enero de 1940, a las 10 de la mañana, volviendo a ser presidido por el teniente coronel González López, actuando como vocales los capitanes González Barutell y González Tebar y el teniente Gómez Villalva. Como vocal ponente actuó el capitán Ortega y como fiscal el alférez Colachá.¹² El abogado defensor de Torán fue el teniente Fontes Blanco, que se limitó a alegar que los hechos calificados como delito de adhesión a la rebelión con agravantes, por los que se solicitó la pena de muerte, no constituían tal delito, pidiendo la pena inmediatamente inferior, es decir, 30 años de reclusión mayor.

Preguntado el acusado si tenía algo que exponer, contestó que no, sabiendo que nada de lo que dijera podría alterar la sentencia, cuyo resultando recogía punto por punto el informe del

12 Las líneas maestras rituales de la justicia castrense del franquismo aparecen en el Decreto nº 55 de 1 de noviembre de 1936. Los Consejos de Guerra estaban constituidos por un Presidente, Jefe del Ejército o de la Armada, tres vocales de la categoría de oficial y un asesor jurídico con voz y voto, perteneciente al Cuerpo Jurídico Militar o de la Marina, y en su defecto un funcionario de las carreras judicial o fiscal. El ministerio fiscal estaba representado por un técnico de estas carreras, por un licenciado o doctor en derecho, o en su defecto, por un Jefe u Oficial del Ejército o de la Armada. El defensor era siempre un militar, muchas veces de rango inferior a los miembros del tribunal (Cancio Fernández, 2007:171-172).

Memoria histórica y democrática

Juez Instructor, añadiendo únicamente que se hacía constar que el acusado había efectuado algunos favores durante la guerra. Los hechos imputados fueron considerados como constitutivos del delito de adhesión a la rebelión, siendo de apreciar las circunstancias agravantes de trascendencia, perversión moral y causar males innecesarios que agraven el sufrimiento de las víctimas, por lo que se le condenaba a la pena de muerte.

El 26 de enero, el Auditor de Guerra aprobó la sentencia, declarada firme y ejecutoria tan pronto se recibiera el enterado del general Franco, quedando en suspenso mientras tanto la ejecución.

Durante el periodo previo a su comparecencia ante el Consejo de Guerra y durante los más de once meses en que Torán estuvo esperando el cumplimiento de la sentencia, permaneció encarcelado en la Cárcel Modelo, en unas condiciones pésimas de hacinamiento y hambre, lo que unido a la desesperación le llevó al parecer, en alguna ocasión a intentar suicidarse.

Durante estos meses, se integró en el taller de arte que se formó en la prisión valenciana, el más importante de todos los que se organizaron en los centros penitenciarios españoles, debido a que fue el que mayor número de presos artistas albergaba. Su puesta en marcha se produjo a raíz de la creación del Patronato de Redención de Penas.

Los artistas presos en la Modelo propusieron a su director, Ramón de Toledo la creación del taller, que no solo desarrolló una actividad plástica, sino también educativa, con clases teóricas y prácticas de numerosas materias artísticas. Allí se encontraban Vicente Grimal, los escultores Antonio Ballester Vilaseca, Rafael Pérez Contel, Francisco Badía Plasencia, Alfred Gomis y Eduardo Yepes; los pintores Rafael Bargues, Antonio Cervigón, Martín Vidal Corella, Enric Cuñat, Rafael Raga Montesinos, Manuel Iranzo, José Sabina Parra y Eleuterio Bausset, así como el caricaturista Carlos Gómez Carreras, «Bluff», los cartelistas Manuel Monleón y Miguel Guzmán Aparicio o los arquitectos Ricard Rosso, Carlos Llorens Castillo y Vicente Eced (Agramunt Lacruz, 2005: 313-318).

Torán realizó durante este periodo algunas tallas femeninas, la mayoría representando maternidades, que luego se vendían en el exterior (Agramunt Lacruz, 2005: 377 y ss.) Ha quedado incluso un testimonio gráfico de su actividad, en las fotografías que Luis Vidal Corella, también preso, realizó de los talleres, en las que se ve a los artistas inmersos en su labor y que es un testimonio de gran emotividad, pues en una de ellas aparece Torán junto a Vicente Grimal y a otro de sus amigos, el escultor Alfred Gomis Vidal, también ejecutado en Paterna unos meses antes que él, en concreto el 8 de junio de 1940.¹³

13 Uno de los escultores presos, Tónico Ballester, hizo un emocionado relato de la tarde en que se produjo la "saca" en la que Gomis estaba incluido. Ya se conocía entre los presos que ese día le tocaba a él, por la información de los compañeros que trabajaban en las oficinas, por ello, cuando fue llamado por el funcionario de prisiones, ordenándole que saliera "con todo", Gomis se dirigió rápidamente hacia la puerta de la celda, sin despedirse de nadie y allí, se giró y exclamó un estremeedor: «Vengeu-nos!», dirigido a sus compañeros de la celda. <http://www.nodo50.org/age/colabor1/tonicoballester.htm>.

Memoria histórica y democrática



El taller de arte de la Prisión Modelo de Valencia en 1940. En primer plano Alfred Torán. Sentado, a su lado, Vicente Grimal. Entre ellos, detrás, Alfred Gomis. (Foto: Vidal Corella).

Los artistas presos también se vieron obligados a realizar imágenes religiosas, para sustituir las destruidas en 1936, pintaron murales patrióticos que decoraron los muros de la prisión, bustos del dictador, retablos o cincelaron un gran escudo en madera del nuevo estado.

Pero para Alfred Torán el tiempo se le estaba acabando. El 27 de septiembre de 1940 el auditor militar comunicaba al Capitán General de la 3ª Región Militar, Enrique Cánovas Lacruz, la devolución por parte del Ministerio del Ejército del comunicado de la sentencia, por lo que procedía que se declarara ejecutorio dicho fallo, como así lo firmó el general Cánovas el 30 de septiembre.

El 20 de noviembre el Juez Militar recibió la orden de ejecución de Alfred Torán, por lo que realizó una Providencia dirigida al gobernador Militar de Valencia para que designara lugar, día y hora para la ejecución y las fuerzas que tuvieran que componer el piquete y prestar el servicio de seguridad y vigilancia. En principio se designó la tarde del 21 de noviembre para el fusilamiento en Paterna, haciendo comparecer a las 15 horas de ese día al reo, a quien se le notificó la sentencia, que Torán se negó a firmar, pasando seguidamente a capilla. Por alguna razón que desconocemos, la ejecución se demoró hasta la tarde del día 23, junto con otros seis condenados. El cuerpo del infortunado escultor fue enterrado en una fosa común del cementerio de esta localidad.

La maquinaria judicial franquista no se detuvo con la ejecución de Alfred Torán. El 30 de noviembre de 1940 el Juzgado Militar nº 8 de Valencia comunicaba al Presidente del Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas de Valencia el testimonio de la resolución dictada en el sumarísimo de urgencia instruido contra Torán, abriendo el que sería el segundo procedimiento represor contra él por parte del franquismo.

La Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939 tenía como principal objetivo completar las sanciones derivadas por motivos políticos impuestas por otros tribunales, especialmente por la Jurisdicción Militar, con sanciones fundamentalmente de tipo económico,

con la que se pretendía allegar recursos al nuevo Estado, a cargo de los vencidos, que debían pagar los daños de la guerra y la reconstrucción del país, aunque en realidad era una modalidad más de castigo que se extendía a toda la familia de los imputados. Además de sanciones económicas de diferente cuantía, que tenían carácter de imprescriptibles, se podía producir la pérdida parcial e incluso total de los bienes, penas restrictivas de la actividad, como la inhabilitación, limitativas de la libertad de residencia, con el extrañamiento, confinamiento o destierro e incluso con la pérdida de la nacionalidad en los casos más graves (Álvaro Dueñas, 2006; 2009).

Esta Ley se aplicó con carácter retroactivo a todos los supuestos delitos políticos cometidos desde octubre de 1934 y las sanciones debían asumirse, en caso de fallecimiento del inculcado, por sus herederos, es decir, se extendía la sanción a toda su familia, rompiendo el principio del Derecho Penal por el que la muerte extingüía la responsabilidad del culpable.

Se establecieron en el artículo 4º de la Ley los diecisiete supuestos en los que se podía incurrir en responsabilidades políticas, entre ellos el haber sido condenado por la Jurisdicción Militar por alguno de los supuestos de rebelión militar, como fue el caso de Alfred Torán. Para ello, los Tribunales Militares remitirían sus sentencias al Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas competente y en realidad se juzgaba dos veces a una persona por el mismo delito, violándose el principio non bis in idem.

Se creó un Tribunal Nacional de Responsabilidades Políticas y una serie de Tribunales Regionales, un total de veintiuno, siendo presidido el de Valencia por Eugenio Serrano García, sustituido en septiembre de 1941 por el teniente coronel Ángel Toledo García. Como vocales del Tribunal aparecen Gil López Ordás y el rector de la Universidad de Valencia, José María Zumalacárregui Prat. Además se crearon sesenta y un Juzgados Provinciales de Instrucción, entre ellos dos en Valencia.

Entre los expedientes conservados en el Arxiu del Regne de València, se encuentra el incoado contra Alfred Torán Olmos.¹⁴ Estos expedientes, que no llegan a ser ni un 10% del total, proceden en su mayoría de los fondos de algunos Juzgados de Instrucción, a donde pasaron tras la reforma parcial de la Ley de Responsabilidades Políticas el 19 de febrero de 1942, ante su fracaso evidente, debido al colapso producido por la gran cantidad de procedimientos incoados. Finalmente esta Ley Especial declarada caducada mediante un Decreto del Ministerio de Justicia de 13 de abril de 1945, pues ya se había convertido en un problema para el Estado.

Las reformas introducidas en 1942 suavizaron los supuestos de responsabilidad, ampliando los atenuantes y eximentes y sobre todo sobreseyendo los expedientes abiertos contra insolventes o gentes con escasos recursos cuyo salario no excediera el doble del de un bracero de su localidad o la valoración de sus bienes no excediera de la cantidad de 25.000 pesetas, por la imposibilidad manifiesta de hacer efectiva la sanción.

El expediente de Alfred Torán no fue abierto hasta el 16 de diciembre de 1943, incoado con el número 899/1943, después de que las diligencias previas fueran enviadas el 12 de noviembre anterior a la fiscalía. Fue sustanciado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Valencia, al que se le envió el testimonio de la sentencia del Consejo de Guerra, siéndole asignado el número 9/1944 de este Juzgado.¹⁵

14 Arxiu del Regne de València. Responsabilidades Políticas, Legajo 4115, expediente 9.

15 *Boletín Oficial de la Provincia*. Valencia, nº 55, de 4 de marzo de 1944, p. 3.

Memoria histórica y democrática

La primera medida del Juez Instructor, López Ordás, fue una Providencia fechada el 27 de abril de 1944 dirigida al Juzgado Militar nº 8 de Valencia para que se informase si la pena de muerte impuesta a Torán había sido ejecutada, lo que fue confirmado el 14 de mayo siguiente.

Mediante una nueva Providencia, el Juez Instructor comunicó el 19 de junio de 1944 al Presidente del TERMC el contenido de las actuaciones, al aparecer reflejada en ellas la filiación masónica de Alfred Torán. Tres días después reclamó diversos informes del encartado y una relación jurada de sus bienes.

La Brigadilla de la 13ª Comandancia de la Guardia Civil comunicó el 30 de junio al Juez que Torán era considerado como de buena posición económica, poseyendo entre otros bienes, la finca que habitaba su viuda, que había sido propiedad de la madre de Alfred Torán, ya fallecida en aquellos momentos, siendo usufructuada por su viuda y por la esposa de su hermano, exiliado en Francia. La finca urbana constaba de dos plantas bajas y ocho viviendas, oscilando su valor entre 125.000 y 135.000 pesetas.

Carmen Bergón, la viuda de Torán tuvo que realizar una relación jurada de bienes, firmada el 4 de julio de 1944, como madre y representante de su hijo Alfred, menor de edad, heredero del fallecido, indicando que como bienes propios poseían una participación intelectual de 3.253 pesetas en el valor total de 40.000 del edificio situado en la calle Arévalo Baca nº 15 de Valencia. Carmen Bergón indicaba que no tenía bienes propios de ninguna clase, no disfrutando de ningún beneficio y debiendo trabajar para mantenerse ella y su hijo, de 18 años, quien había estado gravemente enfermo.

La Jefatura Superior de Policía de Valencia en un oficio dirigido al Juez de Instrucción y fechado el 29 de julio de 1944, tras indicar que, por su actuación en favor de la causa roja, Torán había sido ejecutado, informaba que su situación económica era modesta, puesto que dejó de percibir ingresos desde su ingreso en prisión y fueron consumiendo él y su familia los escasos ahorros que tenían, no poseyendo su esposa ninguna clase de bienes. El Ayuntamiento de Valencia había remitido un informe en el mismo sentido tres días antes.

En el auto resumen del expediente, de fecha 16 de septiembre de 1944, el Juez Instructor consideró que según el artículo 8º de la Ley de 19 de febrero de 1942 sobre Reforma de la de Responsabilidades Políticas, procedía sobreseer el expediente, por no ser superior a 25.000 pesetas el patrimonio de Alfred Torán. Esta decisión fue refrendada por la Sala 1ª de Instancia adscrita a la Comisión Liquidadora de Responsabilidades Políticas, mediante un auto firmado en Madrid el 12 de junio de 1945, archivándose el expediente sin declaración de responsabilidad política para Torán, siendo remitida esta resolución al Presidente de la Audiencia Provincial de Valencia.

Pero todavía quedaba una tercera instancia represora franquista, que volvió a incoar un nuevo sumario contra Alfred Torán, el Tribunal Especial de Represión de la Masonería y el Comunismo (TERMC),¹⁶ que actuó a instancias, como hemos indicado, del Juzgado nº 6 de Primera Instancia e Instrucción de Valencia, que el 25 de febrero de 1944 remitió al TERMC un testimonio en el que se consignaba que en el expediente de Responsabilidades Políticas contra Alfred Torán Olmos, en virtud del Testimonio del Fuero de Guerra referente al Sumarísimo 2450-V, aparecía que el procesado poseía el grado 3º de la masonería.

16 C.D.M.H., Sección Especial. TERMC 12210.

Memoria histórica y democrática

La Ley de 1 de marzo de 1940 sobre Represión de la Masonería y el Comunismo se encargó de castigar con duras penas de prisión a masones y en algunos casos supuestos masones y de manera tangencial a los comunistas, los principales enemigos del nuevo régimen, aplicándoles un supuesto delito de masonería, ideado para este caso por el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, Isaías Sánchez-Tejerina en 1938, equiparándolo al delito de traición, extendido al delito de lesa patria.

En palabras de Carlos Jiménez Villarejo (2010: 225-226), la Ley de 1 de marzo de 1940 es la máxima expresión de la arbitrariedad jurídica al servicio de la represión ideológica y política, creando figuras delictivas tan indeterminadas como pertenecer a la masonería, al comunismo y demás sociedades clandestinas..., que se oponen a todos los principios inspiradores de un derecho penal basado en el respeto a la persona humana, como los principios de tipicidad y legalidad. Además infringía absolutamente el principio de la irretroactividad de la Ley penal desfavorable.

Según el articulado de esta Ley, los delitos de masonería y comunismo fueron castigados con la pena de reclusión menor (desde 12 años y 1 día), pero si concurriera alguna de las circunstancias agravantes expresadas en el artículo 6º, la pena sería entonces de reclusión mayor (hasta 30 años).

En el artículo 8º de la Ley se expresaba que, a quienes no se reconociera alguna excusa absoluta, quedaban además separados definitivamente de cualquier cargo del Estado, Corporaciones públicas u oficiales, entidades subvencionadas y empresas concesionarias, gerencias y consejos de administración de empresas privadas, así como cargos de confianza, mando o dirección en las mismas, decretándose la inhabilitación perpetua para estos empleos y su confinamiento o expulsión. En esta inhabilitación absoluta y perpetua, junto a la interdicción civil mientras durase el tiempo de la condena, consistían las accesorias a la pena de reclusión impuesta en las sentencias del Tribunal Especial.

Se ha conservado muy poca documentación sobre la masonería valenciana de los últimos años de la República, pues la abundante documentación emanada de los organismos masónicos valencianos fue destruida casi en su totalidad en las semanas previas al final de la guerra, en un intento desesperado por eliminar las pruebas que involucraban a los miembros de la Orden,¹⁷ para evitar las seguras represalias por parte del bando vencedor (Sampedro Ramo, 2012).

Sí aparece, sin embargo, buena parte de la correspondencia entre la Gran Logia Simbólica Regional del Levante (GLSRL) y el Gran Consejo Federal Simbólico (GCFS) del Grande Oriente Español (GOE) en el Centro Documental de la Memoria Histórica de Salamanca, que, como sucedió con otra documentación, fue devuelta desde Francia por los ocupantes nazis.¹⁸ En ella aparece, además de la propia confesión de Torán ante el Instructor del sumario del Consejo de Guerra, la única referencia documentada sobre su iniciación en la Orden, cuando la GLSRL remitió al GCFS el 31 de mayo de 1935, para que fueran autorizados, una serie de carnés masónicos de la logia Federación Valentina nº 2, entre los que se encontraba el de Alfred

17 Sinónimo de Francmasonería universal.

18 C.D.M.H. Sección Especial, Legajo 776 A. Documentación de la Gran Logia Simbólica Regional del Levante de España

Torán Olmos.¹⁹ Desconocemos la fecha exacta de su iniciación,²⁰ aunque Torán declaró que fue en 1934, ni el nombre simbólico²¹ que adoptó.

El 7 de febrero de 1945, el Vocal Ponente del TERMC, Marcelino de Ulibarri, remitió al Presidente del Tribunal, el teniente general Saliquet, el expediente de Torán, documentado con una certificación de antecedentes masónicos procedente de la Sección Especial de la Delegación Nacional de Servicios Documentales y el testimonio deducido del expediente de Responsabilidades Políticas, certificado por el secretario del Juzgado de Instrucción nº 6 de Valencia.

Mediante Providencia del Tribunal, fechada el 13 de febrero, se acordó el pase del expediente al Juzgado Especial nº 2 del Tribunal, que lo elevó a sumario mediante una nueva Providencia, fechada el 27 de febrero, adjudicándole el número 192/1945 del TERMC, al tiempo que el Juez Pereda ordenaba mediante un oficio al Jefe de la Policía de Valencia para que concretara al Juzgado la residencia y domicilio del inculpado y al Auditor de Guerra de Valencia que certificase si había sido ejecutado, en cumplimiento de la sentencia del Consejo de Guerra.

La Brigada Político-Social de la Jefatura Superior de Policía de Valencia informó al Juez el 8 de marzo que Torán había sido fusilado en noviembre de 1940, «...por su destacada actuación en la época roja», lo mismo que comunicó, en la misma fecha, la Auditoría de Guerra de la 3ª Región Militar. Ante este dato el Juez Pereda solicitó el correspondiente certificado de defunción al Juez Municipal de Paterna, que fue remitido el 31 de marzo.

Habiéndose acreditado el fallecimiento de Torán, el Juzgado Instructor nº 2 declaró, en el Auto de Terminación que, habiendo quedado extinguida la acción penal que pudiera derivarse de su actuación delictiva, era procedente acordar la terminación del sumario, con propuesta de sobreseimiento definitivo del mismo, lo que fue acordado y ratificado por el Tribunal Especial, presidido por el general Cánovas Lacruz y con el general Solans y Wenceslao González Oliveros como vocales, mediante Auto fechado el 11 de junio de 1945, ordenando el archivo de las actuaciones.

Terminaron aquí los procedimientos incoados por la maquinaria represiva franquista contra Alfred Torán Olmos.

Su caso es un claro ejemplo de la represión multiforme del franquismo, pues los tres grandes ejes de la represión actuaron sobre su persona, incoándole sendos sumarios de un consejo de guerra sumarísimo de urgencia y de represión de la masonería y el comunismo y también un expediente de responsabilidades políticas. La Jurisdicción Militar y los Tribunales Especiales de represión franquista, tanto el de Responsabilidades Políticas como el de Represión de la Masonería y el Comunismo estaban perfectamente coordinados, transmitiéndose unos a otros la información sobre el reo en un engranaje que no se detuvo incluso tras su ejecución.

Su destino estaba sellado prácticamente desde el momento de su detención. Ser un artista comprometido con la causa del pueblo, haber pertenecido al odiado SIM, ser republicano

19 En la relación de carnés también se encontraba también el del líder socialista valenciano Manuel Molina Conejero, iniciado en esta logia en 1935, quien sería Diputado por el Frente Popular y Gobernador Civil de Valencia durante la guerra, quien había sido fusilado en Paterna casi un año antes que Torán, en concreto el 25 de noviembre de 1939.

20 Ceremonia ritual por medio de la cual el profano es admitido en la masonería.

21 Nombre que adoptaba el neófito en el momento de su iniciación y por el que era identificado por el resto de sus hermanos. Esta práctica se había generalizado en la masonería española desde 1814.

Memoria histórica y democrática

de izquierdas y además masón concentraba en su persona todo lo que el fascismo odiaba. Y por ello pagó con su vida, a pesar de que no tenía las manos manchadas de sangre, pues solo intervino en interrogatorios de los presuntos quintacolumnistas de Requena, pero el testimonio de quien fue el primer alcalde franquista de esta población, lleno de resentimiento, fue crucial para su condena a muerte, acompañada de unas agravantes que hacían imposible el indulto... y además era masón.

Afortunadamente su memoria no se perdió. Quedan sus obras y con la democracia, el Ayuntamiento de Valencia, la ciudad en la que desarrolló su actividad y en la que residía desde 1916, puso su nombre a una calle, Escultor Alfred Torán i Olmos, aunque su condición de represaliado y víctima del franquismo no es tan conocida. Reivindicar su figura y su memoria ha sido el objetivo de este trabajo.

Bibliografía

- AGRAMUNT LACRUZ, F., *Arte y represión en la guerra civil española*. Salamanca, Consejería de Cultura y Turismo de la Junta de Castilla y León – Generalitat Valenciana, 2005
- ALVARO DUEÑAS, M. I., «*Por ministerio de la ley y voluntad del caudillo*»: *la jurisdicción especial de responsabilidades políticas (1939-1945)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- ALVARO DUEÑAS, M. I., «Control político y represión económica», en Núñez y Díaz-Balart, M. (coord.), *La gran represión. Los años de plomo de la posguerra (1939-1948)*, Barcelona, Flor del Viento Ediciones, 2009, pp. 235-284.
- BLASCO CARRASCOSA, J.A., *La escultura valenciana en la Segunda República*. Valencia, Ayuntamiento de Valencia, 1988.
- BLASCO CARRASCOSA, J.A., *La escultura valenciana del siglo XX*. Valencia, Federico Doménech S.A., 2003.
- CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., *Guerra Civil y Tribunales: de los jurados populares a la justicia franquista, (1936-1939)*. Cáceres, Universidad de Extremadura, 2007.
- GABARDA CEBELLÁN, V., *Els afusellaments al País Valencià (1938-1956)*. València, Publicacions Universitat de València, 2007.
- GÓMEZ BRAVO, G y MARCO, J., *La obra del miedo. Violencia y sociedad en la España franquista (1936-1950)*. Barcelona, Ediciones Península, 2011.
- IBÁÑEZ TARÍN, M., «La posguerra en el Instituto de Requena a través de la trayectoria profesional y biográfica de los profesores Adela Gil Crespo y Alejandro Gaos». *Oleana. Cuadernos de Cultura Comarcal*, nº 27, 2012, pp. 235-266.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, C., «La destrucción del orden republicano (apuntes jurídicos)» en Aróstegui J. y Gálvez S. (eds.): *Generaciones y memoria de la represión franquista*. València, Publicacions de la Universitat de València, 2010.
- RODRÍGUEZ VELASCO, H., «Una historia del SIM: antecedentes, origen, estructura y reorganizaciones del contraespionaje republicano». *Ayer*, nº 81/2011, pp. 207-239.
- SAMPEDRO RAMO, V., «La repressió franquista de la maçoneria en el País Valencià: una aproximació als seus orígens», en Torres, R.C. y Navarro, X. (Eds.) *Temps de por al País Valencià (1938-1975). Estudis sobre la repressió franquista*. Castelló de la Plana. Universitat Jaume I, 2012, pp. 211-246.
- SAMPEDRO RAMO, V., «Els exilis dels maçons valencians el 1939», en Pagés i Blanch P. (ed.), *L'exili republicà als Països Catalans*, Barcelona, Ed. Base, 2014, pp. 313-364.
- SAMPEDRO RAMO, V., «Fueron los primeros: la ejecución de Loreto Apellániz y la Brigada del SIM en Valencia, el 3 de abril de 1939», en Sansano, G., Marcillas Piquer, I. y Ruiz-Núñez, J.B. (eds.) *Història i poètiques de la memòria: la violència política en la representació del franquisme*, Alacant, Universitat d'Alacant, 2016, pp. 285-300.

LA HISTORIA DEL PUEBLO GITANO: MEMORIA E INCLUSIÓN EN EL CURRÍCULO EDUCATIVO ¹

Nicolás Jiménez González²

RESUMEN: Estamos asistiendo al creciente interés del poder en dar una respuesta a la histórica reivindicación de las organizaciones gitanas para que la historia gitana se incorpore al currículo escolar.

Nada cambiará si no se atiende antes a la construcción de una narrativa que dote de sentido al relato histórico.

Pretendemos en este artículo 1º) plantear una serie de interrogantes en torno a la historia del Pueblo Gitano, su historiografía, la memoria y su conservación; 2º) aportar pistas para mejorar el conocimiento histórico del Pueblo Gitano; y 3º) ofrecer a quienes gobiernan alternativas que posibiliten el éxito de la propuesta.

PALABRAS CLAVE: Historia, Memoria Histórica, Antigitanismo, Pueblo Gitano

ABSTRACT: We are witnessing the growing interest of the power in responding to the historic demand of Romani organizations for Romani history to be incorporated into the school curriculum.

Nothing will change if one does not attend to the construction of a narrative that gives a meaning to the historical account.

In this article, we intend 1) to raise a series of questions about the history of the Roma People, its historiography, memory and its conservation; 2) to provide clues to improve the historical knowledge on the Roma People; And 3) to offer those who govern alternatives that make possible the success of the proposal.

KEYWORDS: History, Historical memory, Antigypsyism, Roma People

SUMARIO: 1.¿Por qué este artículo?.- 2.Antecedentes.- 3.Estudios gitanos.- 4.Oportunidades.- 5.Una razón que explica esta situación.- 6.Cuestiones pendientes.- 7. En conclusión.- 8.Referencias bibliográficas.- 9.Webs y blogs

Y en los libros de texto, donde hablamos de culturas árabes, donde hablamos de la cultura judía y de otras tantas, resulta que a los gitanos no se nos conoce. Ya es hora de conocernos, empezando por ahí, porque así los niños no gitanos sabrán que los gitanos llevan muchísimos siglos en este país, que no acaban de llegar, que no son un mundo aparte, sino parte de este mundo.

Alexandrina Moura da Fonseca,
Asociación de Mujeres Gitanas Arakerando (Alicante),
en declaraciones a *El País* en 1999

1 Original del artículo en castellano.

2 Nicolás Jiménez González, sociólogo y master en Investigación Educativa. Consultor en la Federación Autonómica de Asociaciones Gitanas de la Comunidad Valenciana, donde asume el área de recuperación de la memoria histórica del Pueblo Gitano.

Memoria histórica y democrática

1. ¿Por qué este artículo?

Últimamente hemos visto y oído declaraciones de políticos de diferente signo ideológico y diversa procedencia geográfica, hemos asistido a la aprobación por diferentes instituciones de declaraciones de intenciones a propósito de la inclusión de la historia y la cultura³ del Pueblo Gitano⁴ en el currículo escolar e, incluso, la Junta de Castilla y León ha aprobado un decreto para regular dicha inclusión⁵. Todas estas instancias justifican la necesidad de la inserción de la historia y la cultura gitanas en el currículo en base a una reivindicación, ya histórica, de las organizaciones gitanas.

Evidentemente, la historia y la memoria también son importantes para las personas gitanas tanto a nivel individual como colectivamente⁶ y ello por diversos motivos:

- a) Luchar contra el racismo: «La inscripción de la historia gitana en las historias nacionales es, sin lugar a duda, el arma más valiosa contra la romofobia»⁷ (Carmona, 2012).
- b) Promover la convivencia intercultural: «Actualmente es más necesario que nunca que el mundo se familiarice con el verdadero carácter y la identidad de la historia y la presencia gitanas, de este modo se podría fomentar entre los Roma⁸ y el resto del mundo un mayor entendimiento y una cooperación más estrecha» (Haliti, 2011).
- c) Decolonizar la historia: «La historia de los gitanos es una historia escrita por payos. La mayor parte de los documentos que dan fe de nuestras andanzas han sido elaborados por estudiosos no gitanos, *gachós*⁹. Ello viene a significar que es una historia con trampa, trufada de estereotipos, llena de visiones sesgadas, y, sobre todo, vista por los ojos extraños de quien no la ha vivido» (Jiménez, 2002).
- d) Prevenir errores: «Es importante conocer la historia, nos ayuda a entender nuestro presente y a mejorar nuestro futuro» (Fernández, 2010).

3 La inclusión de la cultura gitana en el currículo requiere un análisis específico que no abarcará este artículo.

4 La denominación Pueblo Gitano tiene ya una trayectoria de uso tanto por parte de la sociedad civil gitana como por parte de las instituciones y un sentido político más marcado que otras denominaciones. De hecho, esta es la denominación elegida por el Consejo Estatal del Pueblo Gitano.

5 DECRETO 26/2016, de 21 de julio, por el que se establece el currículo y se regula la implantación, evaluación y desarrollo de la Educación Primaria en la Comunidad de Castilla y León <http://www.educacion.jcyl.es/resumenbocyl/decreto-26-2016-21-julio-establece-curriculo-regula-implant> (19/6/2017)

6 Las personas y las organizaciones gitanas llevan años reivindicando la historia y la memoria del Pueblo Gitano. Véanse estos ejemplos: http://www.huffingtonpost.es/ismael-cortes/el-genocidio-gitano-y-los_b_11237666.html (20/6/2017); <https://www.agifugi.org/im%C3%A1genes-argazkiak/> (20/6/2017)

7 Romofobia/romafobia/gitanofobia: miedo, aversión u odio a las personas romaníes/gitanas y a lo gitano.

8 *Rrom* (singular), *Rroma* (plural), son los etnónimos internacionales para nombrarnos en romanó (idioma gitano). El uso de los exónimos gitano, gypsy, cigano, zingaro, tzigane, tzigane, zigeuner, etc. resulta, en algunos países, poco apropiado hasta tal punto que el Consejo de Europa ha adoptado la práctica de utilizar la denominación Roma & Traveller para referirse al conjunto de poblaciones que se autodenominan Roma, Sinti, Calé, Kalee, Manoush, etc. <http://www.coe.int/en/web/portal/roma> (25/6/2017)

9 *Payo* y *gachó* son palabras de origen gitano que designan al hombre no gitano (*payo* y *gachí* son sus equivalentes femeninos) y que hoy forman parte del acervo castellano y están incluidas en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. Así mismo, *paio* forma parte del valenciano y también está incluido en el *Diccionari Normatiu de la Acadèmia Valenciana de la Llengua*.

Memoria histórica y democrática

Las personas gitanas hemos sido objeto en España de más de 230 leyes (Gómez Alfaro, 2009) y normas de rango superior, todas ellas antigitanas¹⁰. Este flujo legislativo antigitano no ha concluido ni siquiera con el advenimiento de la democracia y sigue presente en la Constitución (Albert Guardiola et al, 2016). Por tanto, creo que las personas gitanas tenemos éticamente justificado el derecho a la desconfianza de todo lo que emane del poder, siempre payo y siempre antigitano, y, en esa lógica, ante este inusitado interés del poder por incluir la historia y la cultura gitanas en el currículo escolar nos surgen una infinidad de dudas que trataremos de desgranar en este artículo y una justa y justificada sospecha que planteamos a modo de duda para no parecer excesivamente taxativos: ¿está el poder interesado en dar respuesta adecuada a la justa reivindicación de la ciudadanía gitana para que se incluyan la historia y la cultura gitanas en el currículo escolar o es una reacción más táctica que estratégica que responde a intereses espurios y, por tanto, nuevamente antigitanos?

2. Antecedentes

A pesar de este recientemente renovado impulso, este interés por incluir la historia y la cultura gitanas en el currículo no es nuevo. En 1979 se creó la Comisión interministerial para el estudio de los problemas que afectan a la comunidad gitana¹¹ a la que acudió a exponer los asuntos que más le preocupaban un buen puñado de personas que entonces lideraban el incipiente movimiento asociativo gitano español. Ya entonces se planteó como un grave problema la ausencia de los gitanos en los libros de texto.

Varios años después, el profesor Calvo Buezas, que había actuado como secretario de aquella Comisión interministerial llevó a cabo una pionera investigación sobre la presencia de los gitanos y lo gitano en los textos escolares (Calvo Buezas, 1989).

Sus hallazgos eran demoledores: los gitanos no existían en los libros de texto escolares españoles. Así, en la etapa de EGB tras analizar 59 libros de texto que sumaban 10.702 páginas y 12.420 ilustraciones sólo halló 3 referencias explícitas a gitanos (un total de 12 líneas de texto): una negativa, otra neutra y otra positiva pero las tres exotizantes y descontextualizadas; también encontró una ilustración que acompañaba un texto adaptado del famoso episodio de Cien Años de Soledad de García Márquez en el que se describe la llegada a Macondo de los gitanos el día que trajeron el imán.

Reproducimos la página donde aparece dicha ilustración porque, a nuestro modo de ver, define con toda claridad el cúmulo de estereotipos estigmatizantes y exotizantes que constituyen en el imaginario popular «lo gitano» en su versión menos violenta o amable.

10 Para una completa revisión del concepto «antigitanismo» (racismo antigitano) véase la *Guía de Recursos contra el Antigitanismo* que publicó la Federación Autónoma de Asociaciones Gitanas de la Comunidad Valenciana (FAGA) en 2015 <http://gitanizate.com/panel/data/adjuntos/27042015204308.pdf> (25/6/2017)

11 Real Decreto 210/1979 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-4525> (25/6/2017)

Memoria histórica y democrática

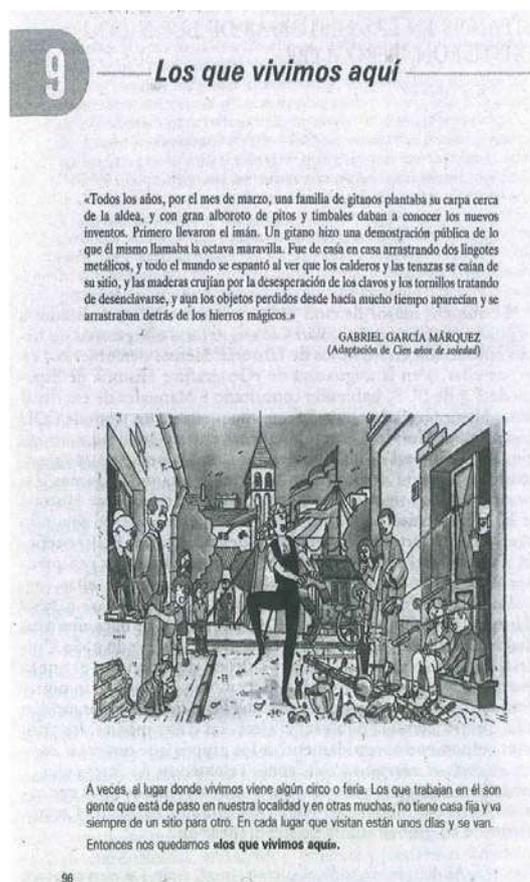


Ilustración 1. Reproducción de la página 96 del libro de texto *Mira a tu alrededor* (Edelvives, Zaragoza, 1982). Este libro correspondía al área de Ciencias Sociales de 4º de EGB (Extraída de Calvo Buezas, 1989)

El otro tipo de estereotipos que configuran el imaginario popular en torno a lo gitano, la versión violenta, tiene que ver con la definición de los gitanos como delincuentes y seres “extrahumanos”.

Y no vayan ustedes a creer que la cosa mejoró con el advenimiento de la LOGSE. Este estudio de la Asociación de Enseñantes con Gitanos, (2003) no se enfocó sólo en la inclusión de la historia o la cultura gitana sino que pretendía analizar cualitativamente el tratamiento de la diversidad cultural en el currículo y para ello revisaron más de 200 libros de texto, 30.000 páginas y 60.000 ilustraciones. Encontraron que una proporción muy importante de los textos analizados realizaba referencias explícitas a la diversidad cultural (en torno al 50%) aunque buena parte de esas alusiones eran de carácter retórico: declaración general positiva sobre la multiculturalidad y del enriquecimiento que supone la pluralidad. En sus conclusiones, afirman los autores: «se trata de referencias puntuales que van apareciendo aquí y allá a lo largo de los textos, sin mayor entidad. No suele haber unidades didácticas específicas, o un tratamiento organizado y planificado con objeto de recorrer las diferentes unidades didácticas del texto». En relación al Pueblo Gitano, los autores constatan que «Los gitanos siguen sin

Memoria histórica y democrática

existir en los libros de texto. Las pocas referencias a lo gitano suelen asociarse a la categoría de problema».¹²

Recientemente, impulsado por el Grupo de Trabajo de Educación del Consejo Estatal del Pueblo Gitano, se ha publicado *La cultura del pueblo gitano* en el currículo de la educación obligatoria, a través de su presencia, ausencia y percepción en los libros de texto (García Fernández, 2017), un estudio cuantitativo y cualitativo que analiza 221 libros de texto de 28 asignaturas correspondientes a Educación Primaria (106 libros) y a Educación Secundaria Obligatoria (115) además de varios libros de materiales tanto para el profesorado como para el alumnado, sumando un total cercano a las 40.000 páginas. Sus hallazgos siguen siendo elocuentes: 32 referencias explícitas a gitanos; 3 de las cuales son estereotipadas y/o prejuiciosas, según señalan los autores; 24 de estas referencias son anecdóticas, es decir, aparece la palabra gitano pero sin la intención manifiesta de referirse al Pueblo Gitano o a nuestra cultura; y sólo 5 alusiones han podido ser identificadas como inclusivas y respetuosas.

3. Estudios gitanos

Los estudios gitanos (*Romani Studies* en inglés), la gitanología, sobre todo en el mundo anglosajón, tienen ya un campo consagrado y una cierta relevancia aunque su presencia en el ámbito académico sigue siendo mínima. Se considera principalmente una rama de la lingüística cuyo objeto de estudio son las diversas lenguas habladas por las poblaciones romaníes. No obstante, está emergiendo como una ciencia interdisciplinar en la cual se toman en consideración diversos enfoques: etnológico, antropológico, histórico, sociológico, político, educativo... Como disciplina académica formal nació en Inglaterra en los años 90 del siglo pasado aunque los primeros textos sobre gitanos se publicaron ya a mediados del siglo XV¹³ y el interés descriptivo sobre nuestra lengua y sobre el hecho histórico y cultural gitano comenzó en el siglo XVI¹⁴.

En 1783 Grellman publicó lo que podemos considerar el primer estudio académico en relación con los gitanos¹⁵ por lo que el autor alemán viene siendo considerado el padre de la gitanología.

La Gypsy Lore Society¹⁶, fundada en 1888 por gachós interesados en el mundo gitano -la práctica totalidad de sus miembros siguen siendo payos-, sigue gozando de vigor: celebra

12 El texto *online* no está paginado.

13 Veáse, por ejemplo, *Chronicon fratris Hieronymi de Forlivio: ab anno 1397 usque ad annum 1433* <https://ia600700.us.archive.org/21/items/p5rerumitalicarums19card/p5rerumitalicarums19card.pdf> (29/19/17)

14 Vulcanius, B. (1597) *De literis et lingua getarum, sive gothorum item de notis lombardicis, quibus accesserunt specimina variarum lingua* <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k930027> (27/6/2017). Incluye un listado de palabras y expresiones bilingüe latín-romanó en las páginas 102-105; Borde, A. (1547) *The fyrst boke of the introduction of knowledge* <https://archive.org/details/fyrstbokeintro01boorgoog> (27/6/2017), en la pág. 118 ofrece un diálogo en romanó con sus respectivas correspondencias en inglés.

15 La versión en inglés es posterior y ésta es su segunda edición: Grellman, H. M. G. (1807) *Dissertation on the Gipseys: Representing Their Manner of Life, Family Economy, with an Historical Enquiry Concerning Their Origin & First Appearance in Europe* (27/6/2017)

16 <http://www.gypsyloresociety.org/> (26/6/2017)

Memoria histórica y democrática

cada año una conferencia internacional¹⁷ y edita una revista científica¹⁸ en la que sobre todo publican artículos escritos por personas gachés.

Hay universidades que albergan algunos departamentos dedicados a los estudios gitanos¹⁹ cuyos directores son todos payos e, incluso, existe una European Academic Network on Romani Studies²⁰ financiada por el Consejo de Europa y compuesta básicamente por personas payas.

A pesar de la notable influencia del gypsylorismo (estudio de los folklorismos gitanos en su peor vertiente, un cóctel letal de romanticismo y exotismo agitado por miradas rancias) en España no ha cuajado nada similar a la Gypsy Lore Society.

4. Oportunidades

La investigación historiográfica española dedicada a los gitanos prácticamente no existe. Evidentemente, contamos con una sucinta nómina de honrosas y encomiables excepciones: Gómez Alfaro, Sánchez Ortega, Gómez Urdáñez, Zoido Naranjo, Martínez Martínez, Leblon y Aguirre Felipe cuyas referencias podrán ustedes encontrar al final de este artículo.

No existe algo así como una historia general del Pueblo Gitano de España. De hecho, disponibles en el mercado actualmente sólo encontramos tres monografías historiográficas dedicadas a la historia del Pueblo Gitano en España. Las tres escritas por *payos*, dicho esto no en demérito de su trabajo, sino para contextualizar su mirada (Heredia Maya, 2000), para entender desde dónde miran ya que es objetivo aquello que el pensamiento metódico ha elaborado, puesto en orden, comprendido y aquello que puede así hacerse comprender (Ricoeur, 2015) desde una subjetividad que es inherente al trabajo de la historiografía como lo es en las demás ciencias sociales:

- *Los gitanos de España*. El precio y el valor de la diferencia, del profesor Leblon, en su segunda reimpresión. Publicado por primera vez en 2001, es un libro necesario pero limitado «en sus 208 páginas difícilmente cabrían los 576 años transcurridos desde 1425, fecha del documento más antiguo que se conoce sobre la presencia de los gitanos en España, hasta la publicación de este libro» y que difícilmente podría servir de base para elaborar una unidad didáctica no digamos ya un libro de texto de historia gitana.
- *Historia de las itinerancias gitanas: de la India a Andalucía* (2006) de Javier Aguirre Felipe que se nutre fundamentalmente de fuentes secundarias y constituye, por tanto, un buen resumen del estado del conocimiento sobre la historia gitana vista siempre desde el lado del poder payo.
- *Los gitanos y las gitanas de España a mediados del siglo XVIII: El fracaso de un proyecto de exterminio (1748-1765)*, de Manuel Martínez. Un texto fundamental para entender el

17 <http://www.gypsyloresociety.org/annual-meeting#TOC-2017-Annual-Meeting-of-the-Gypsy-Lore-Society-and-Conference-on-Gypsy-Romani-Studies> (26/6/2017)

18 *Romani Studies*, <http://www.gypsyloresociety.org/gypsy-lore-society-publications/romani-studies> (26/6/2017)

19 Licenciatura de romanó en el Instituto Nacional de las Lenguas y las Civilizaciones Orientales (INALCO, Francia) <http://www.inalco.fr/langue/rromani> (26/6/2017); Romani Project de la Escuela de Idiomas de la Universidad de Manchester (Reino Unido) <http://romani.humanities.manchester.ac.uk/> (26/6/2017)

20 <http://romanistudies.eu/> (26/6/2017)

Memoria histórica y democrática

más aciago de los episodios históricos sufridos por el Pueblo Gitano en España, nuestro particular genocidio²¹ (probablemente el primer intento de genocidio conocido en la historia de la humanidad): la Gran Redada de 1749 organizada por el Marqués de la Ensenada, promovida y apoyada por el presidente del Consejo de Castilla, el obispo Vázquez de Tablada y, cómo no, auspiciada por el Rey Fernando VI. Fruto de la Gran Redada entre 9 y 12000 gitanos y gitanas fueron capturados y separados por sexos para propiciar nuestro exterminio.

En el Reino de Valencia, los hombres fueron cautivos en el Castillo de Santa Bárbara de Alicante mientras las mujeres fueron encarceladas en el Castillo de Denia (Martínez, 2014). Este texto, aún siendo imprescindible, se limita al análisis y descripción de este concreto episodio.

La universidad española no ha mostrado demasiado interés en la materia. Aún recuerdo cuando siendo estudiante de Sociología en la Universidad Complutense regalé a la biblioteca los primeros libros sobre gitanos que dicha institución albergaría.

No obstante, se han elaborado diversas tesis doctorales en diferentes universidades sobre cuestiones relacionadas con la población gitana. De hecho, en este último año, se han defendido sendas tesis doctorales de temática histórica, una la ha presentado una gitana y la otra un payo:

- *La guerra cotidiana y la cotidianidad en el exilio. Representaciones sociales de la vida cotidiana de los gitanos conquenses en tiempos de la Guerra Civil* de Riselly Bustamante Santiago en la Universidad de Castilla-La Mancha²².
- *El Pueblo Gitano en el País Vasco y Navarra (1435-1802)* de David Martín Sánchez en la Universidad del País Vasco.

Ambas tesis doctorales constituyen valiosísimas aportaciones pero nuevamente limitadas tanto en el tiempo como en el espacio.

En cuanto a artículos científicos, es decir, trabajos publicados en revistas consideradas científicas y centrados en la temática histórica del Pueblo Gitano de España que se hayan publicado en los últimos años tan solo podemos citar estos tres:

- «Los gitanos condenados como galeotes en la España de los Austrias». *Espacio, Tiempo y Forma, IV (18-19)*, 87-104, 2005²³
- «Breve recopilación sobre la historia del Pueblo Gitano: desde su salida del Punjab, hasta la Constitución Española de 1978. Veinte hitos sobre la 'otra' historia de España», de Jesús María Aparicio Gervás en *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, vol. 20, núm. 1, 2006, pp. 141-161²⁴.

21 En Europa, los Rroma sufrieron el Samudaripen/Porrajmos, el genocidio antigitano ejecutado por el régimen nazi. Para tener una visión de conjunto del Samudaripen/Porrajmos véase el ya clásico y casi agotado *Gitanos bajo la Cruz Gamada*, de Donald Kenrick y Grattan Puxon (1997) editado por Presencia Gitana.

22 <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/214/browse?type=author&value=Bustamante+Santiago%2C+Riselly> (27/6/2017)

23 <http://revistas.uned.es/index.php/ETFIV/article/view/3466/3324> (4/12/17)

24 <http://www.redalyc.org/pdf/274/27411310008.pdf> (27/6/2017)

Memoria histórica y democrática

- «Lo que no se olvida: 1499-1978», de Isaac Motos Pérez (2009) en *Anales de Historia Contemporánea*, 25, pp 57-74²⁵

Sí que hay, por supuesto, muchos y muy buenos artículos de divulgación publicados en diferentes medios más o menos especializados. En el apartado de referencias incluiremos los enlaces a diferentes blogs, páginas web y otros medios de comunicación que habitualmente difunden artículos sobre la historia del Pueblo Gitano en España que aún teniendo ese afán divulgador y no contar con todo el aparato crítico del rigor académico también pueden servir de orientación en la búsqueda y tratamiento de los temas que más interesan a la ciudadanía.

La Universidad de Alcalá de Henares alberga desde hace 5 cursos la asignatura opcional, transversal y cuatrimestral «Gitanos de España. Historia y cultura» con un reconocimiento de 6 créditos etcs e impartida actualmente por la profesora-lectora Araceli Cañadas Ortega, gitana y filóloga de formación.

Como puede fácilmente comprenderse no es gran cosa que en todo el sistema universitario español se dediquen 6 créditos a la historia y la cultura del Pueblo Gitano de España. No obstante, la guía docente²⁶ de esta asignatura bien podría ser el esqueleto sobre el cual montar un programa académico completo sobre la historia y la cultura gitanas y, posteriormente, adaptarlo a los diferentes niveles escolares.

Por otro lado, la Universidad Pública de Navarra imparte desde 2009 un título propio de Diploma de Especialización en Intervención Social con la Comunidad Gitana²⁷, orientado a la capacitación profesional de quienes han de gestionar programas de intervención social dirigidos a la población gitana usuaria marginada y cuyo profesorado está compuesto principalmente por personas pagas. Es, evidentemente, un programa formativo formulado desde la perspectiva de los servicios sociales. Personalmente, no creo que esa sea la mirada adecuada y necesaria ya que entiendo que hay que superar el asistencialismo, el paternalismo y propiciar el empoderamiento y la emancipación.

Recientemente²⁸ el Consell ha aprobado la creación de una Cátedra de Cultura Gitana en la Universidad de Alicante que será dirigida, al parecer, por la profesora Diana Gil, que ni es gitana ni tiene experiencia profesional ni académica relevante sobre la cultura gitana²⁹. La Federación Autonómica de Asociaciones Gitanas de la Comunidad Valenciana ha manifestado que se congratula de la creación de esta cátedra pero lamenta que no se haya contado con la participación de las entidades gitanas en su diseño³⁰ y ha criticado que no se haya respetado la tradición académica en su denominación.

25 <http://revistas.um.es/analeshc/article/view/71681> (26/6/2017)

26 https://www1.uah.es/estudios//asignaturas/descarga_fichero.asp?CodAsig=100045&CodPlan=G61&Anno=2013-14 (27/6/2017)

27 <https://www.unavarra.es/fundacionuniversidadsociedad/formacion/titulos-propios-de-la-universidad/diplomado-en-intervencion-social-con-la-comunidad-gitana?submenu=yes> (28/6/2017)

28 <http://www.diarioinformacion.com/universidad/2017/09/15/consell-aprueba-primera-catedra-cultura/1936173.html> (29/10/17)

29 <https://cvnet.cpd.ua.es/curriculum-breve/es/gil-gonzalez-diana-maria/58> (29/10/17)

30 <http://www.unionromani.org/notis/2017/noti2017-09-20.htm> (29/10/17)

Memoria histórica y democrática

Por otra parte, hemos de afirmar que la versión de la historia gitana que se ha impuesto es realmente la historia de la saña persecutoria del Estado español contra los gitanos y las gitanas. Así, la mayor parte de los estudios historiográficos clásicos, es decir, publicados en el siglo pasado —la gitanología es una ciencia reciente y más aún en España como ya hemos dicho—, dedicados a los gitanos se han centrado en la enumeración —y algo, poco, de análisis— de las leyes antigitanas y sólo han tenido en cuenta documentos producidos por payos, bien sea por el poder con sus pragmáticas bien sea por los artistas plásticos (menos) y los escritores. Por tanto, lo que tenemos, siquiera parcialmente, no es la historia de los gitanos sino la historia de cómo los payos han mirado a los gitanos, una mirada siempre turbia con alguna honrosa excepción de mirada limpia (procedente sobre todo de la literatura o el arte) y de mirada consciente (Heredia, 2000).

En cuanto a la memoria histórica del Pueblo Gitano podemos decir que hasta la fecha ninguna institución nacional (ni el Estado, ni la Corona, ni la Iglesia Católica) ni ninguna institución autonómica ha reconocido los crímenes cometidos contra el Pueblo Gitano ni ha confesado su responsabilidad.

Tampoco ninguna de estas instituciones ha pedido perdón. Sin petición de perdón y sin reconocimiento ni de los crímenes ni de la responsabilidad no puede haber restitución ni compensación.

La memoria y su conservación ya sea por medio de la creación y mantenimiento de lugares y espacios públicos (memorialización) como de museos es fundamental y deben acompañar la tarea de la inclusión de la historia y la cultura gitanas en el currículo escolar.

En la actualidad, nuestras ciudades siguen estando llenas de calles, avenidas, plazas y monumentos dedicados y erigidos en homenaje a casi todos los genocidas antigitanos. Por poner sólo dos simbólicos y sintomáticos ejemplos:

1. El espacio más conocido del Palacio de las Cortes, la sala del plenario del Congreso de los Diputados, el famoso «hemiciclo» que alberga a los y las representantes de la soberanía popular, el más alto símbolo de la democracia, está presidido por un tapiz de grandes dimensiones con el escudo nacional, flanqueado a su vez por dos esculturas en mármol de Carrara blanco, con las efigies de los Reyes Católicos, autores de la primera ley antigitana publicada en España.



Ilustración 2. El hemiciclo y los Reyes Católicos

Memoria histórica y democrática

2. La sede principal del Consejo General del Poder Judicial se halla situada en la calle del Marqués de la Ensenada de Madrid, promotor y ejecutor del intento de exterminio de los gitanos y gitanas de España en 1749.

Y peor aún es el olvido: nuestras ciudades están vacías de lugares para el recuerdo y la memoria (Nora, 1984-1992) tanto del dolor como del gozo de los gitanos y las gitanas. Sólo Pineda de Mar (Barcelona)³¹ y Alicante³² han erigido sendas placas en memoria de las víctimas de la Gran Redada. La Federación Autonómica de Asociaciones Gitanas de la Comunidad Valenciana es una entidad pionera también en este sentido y constituye un valor potencial para la recuperación de la memoria si es que alguna vez el poder se lo plantea: promovió el homenaje en Alicante y en Dénia³³.

Así mismo, esta organización genuinamente gitana ha intentado sin éxito promover que en el proceso de renombramiento de plazas y calles franquistas de Alicante se incluyeran referencias gitanas. La pusilanimidad de los políticos y su pésima gestión de la comunicación imposibilitó que la Plaza de la División Azul de Alicante pasara a ser la Plaza del Pueblo Gitano³⁴. No obstante, esta organización continúa promoviendo que en Alicante haya una plaza dedicada al Pueblo Gitano.

En algunas ciudades de Andalucía³⁵ se puede uno encontrar con monumentos dedicados a artistas gitanos, sobre todo relacionados con el flamenco, pero incluso en algún caso no se menciona su condición étnica.

Hasta donde sabemos, no hay ningún monumento ni está previsto que lo haya dedicado a la memoria de alguna persona gitana insigne en nuestra Comunitat.

La Comunidad Valenciana no forma parte de las regiones que promovieron el reconocimiento del Flamenco como patrimonio inmaterial de la Unesco lo que supone un desprecio de las aportaciones que artistas gitanos valencianos como, por solo mencionar a dos de ellos, Miguel Borrull Castelló³⁶ o Mario Escudero³⁷ han realizado al arte flamenco.

No hay previsto ningún plan de memorialización de la historia gitana ni en la Comunidad Valenciana ni en ningún lugar de España.

31 <http://www.lavanguardia.com/vida/20150730/54434246931/la-asociacion-gitana-de-pineda-recuerda-la-redada-antigita-na-de-1749.html> (28/6/2017)

32 <https://alicantepress.com/not/32879/alicante-rinde-homenaje-a-los-gitanos-victimas-de-la-gran-redada-del-siglo-xviii> (28/6/2017)

33 Los hombres y las mujeres gitanos capturados en el Reino de Valencia durante la Gran Redada de 1749 fueron separados como parte del intento de exterminio. Los hombres fueron reclusos en el Castillo de Santa Bárbara de Alicante y las mujeres en el Castillo de Denia (Martínez Martínez, 2014).

34 <http://alicantepiazza.es/alicante-cierra-la-purga-del-callejero-division-azul-sera-igualdad-y-jose-antonio-miguel-hernandez> (28/6/2017)

35 Sevilla, Jerez de la Frontera, Lebrija y alguna más. También hay algunos monumentos en otras ciudades no andaluzas: en Madrid, en Barcelona, en Badajoz o en Oviedo.

36 Miguel Borrull Castelló (Castellón de la Plana, 1864-Barcelona, 1926) es el guitarrista gitano flamenco más representativo del toque de principios del siglo XX. Castro Martín, M. J. (2014) *La guitarra flamenca en el siglo XIX. Seis obras originales para cuarteto de guitarras flamencas*, pp. 13-14. Madrid: RGB Arte Visual.

37 El alicantino es uno de los grandes guitarristas flamencos de concierto de la historia. Worms, C. (2009) *Mario Escudero - Gloria de la guitarra flamenca. Acordes Concert*: Madrid

Memoria histórica y democrática

Tampoco hay un museo de la historia gitana en España. Sí hay museos de cultura gitana en otros lugares de Europa aunque son organismos diseñados y dirigidos por payos.

En el Sacromonte granadino tiene su sede el Museo Etnológico de la Mujer Gitana³⁸ gestionado por la Asociación de Mujeres Gitanas Romí desde 2006 y que, aunque no sea un museo temático de historia, podría ser un buen ejemplo de cómo la colaboración entre la Administración y la sociedad civil organizada puede dar excelentes frutos.

No hay previsto ningún museo de temática gitana en el territorio de la Comunidad Valenciana.

5. Una razón que explica esta situación

El antigitanismo es la razón que permite entender por qué la historiografía (tampoco lo han hecho las otras ciencias sociales) no se ha ocupado suficientemente de la cuestión gitana teniendo en cuenta:

En primer lugar, la relevancia demográfica de la población gitana: somos oficialmente el 1,7% de la población española, 750.000 personas, es decir más que navarros, riojanos, cántabros y casi tantos como asturianos o extremeños.³⁹

En segundo lugar, su larga presencia en España: el documento más antiguo que conocemos que atestigua la presencia gitana en España data de 1425, es decir, cuando aún no existía el Estado español.

También hay que tener en cuenta su distribución por todo el territorio nacional y, sobre todo, el impacto cultural gitano en la cultura general española: el flamenco, la rumba, los toros, más de 200 gitanismos en el Diccionario de la Real Academia Española⁴⁰ (más de 20 en el Diccionari Normatiu: *xaval, xalat, paio, paripen...*), la influencia de la música gitana en la música clásica española (Albéniz, Falla, Sarasate), la influencia de la música y los temas gitanos en la zarzuela (Chapí⁴¹, Serrano⁴²), la influencia de la temática gitana en el teatro (Ramón de la Cruz, Duque de Rivas), en la literatura (Cervantes, Lorca), en la pintura (Sorolla, Nonell) o en la escultura (Benlliure, Inurria).

El desinterés por la cuestión gitana en las instituciones académicas se explica por el antigitanismo ¿cómo si no entender que no haya en todo el sistema universitario español más que una asignatura cuatrimestral dedicada a la historia y la cultura gitanas? O, creo que esta pregunta aclara incluso más ¿cómo es posible que la Universidad Pública de Navarra imparta un título propio de experto en Intervención Social con gitanos?

38 http://www.xn--espaescultura-tnb.es/es/museos/granada/museo_etnologico_mujer_gitana.html (8/12/17)

39 <http://www.datosmacro.com/demografia/poblacion/espana-comunidades-autonomas> (28/6/2017)

40 Jiménez González, N. (2008) Agitanando el DRAE. Cuadernos Gitanos, 2, pp 14-23 <https://es.scribd.com/document/334371995/Agitanando-el-DRAE-pdf> (28/6/2017)

41 La chavala. Zarzuela en un acto. Texto de José López Silva y Carlos Fernández Shaw. Música de Ruperto Chapí. Estrenada el 28 de octubre de 1898 en el Teatro Apolo de Madrid.

42 José Calixto Serrano Simeón (Sueca, 1873- Madrid, 1941). La alegría del batallón, estrenada el 11 de marzo de 1909 en el Teatro Apolo de Madrid

6. Cuestiones pendientes

Dadas estas carencias en el conocimiento historiográfico de la historia del Pueblo Gitano en España enumeramos a continuación una serie de cuestiones que habrán de aclararse antes de proceder a la inclusión de la historia gitana en el currículo escolar. No ofrecemos respuestas definitivas ya que esas respuestas deben darlas las administraciones educativas y han de ser el resultado de un proceso de diálogo con la sociedad civil gitana organizada. Así mismo, hacemos un llamamiento a la utilización de medidas de acción positiva encaminadas al empoderamiento de las personas gitanas en la definición de nuestro destino.

Pretender incluir la historia gitana en el currículo escolar sin que esta misma propuesta sea un mero acto de demagogia exige un esfuerzo previo de inversión, de dotación de recursos, para que se investigue adecuadamente la historia gitana española. Este apoyo a la necesaria producción historiográfica puede llevarse a efecto por medio de la ayuda económica a historiadores e historiadoras, promoviendo (por medio de becas de estudio) el acceso de personas gitanas al Grado de Historia y/o permitiendo que las organizaciones genuinamente gitanas dispongan de fondos económicos para propiciar la investigación historiográfica.

Así mismo, antes que pensar en incluir la historia gitana en el currículo escolar hay que pensar en formar a las maestras y maestros actuales y futuros y para eso es necesario: a) abrir espacios en las universidades para que tanto en el Grado de Magisterio de Educación Primaria como en el Máster del Profesorado de Secundaria se incluya la formación profesional pertinente en relación a la historia y la cultura del Pueblo Gitano; b) elaborar planes de formación en historia y cultura gitanas para el profesorado tanto de primaria como de secundaria que ya está en ejercicio para cuya implementación se podría utilizar, en nuestra Comunitat, la amplia red de Centros de Formación, Innovación y Recursos Educativos (CEFIRE's) y sus equivalentes en otras comunidades autónomas. Tanto en uno como en otro ámbito, la administración educativa debe considerar a las organizaciones genuinas gitanas y a las y los expertos y expertas gitanas y gitanos como aliados inalienables. Para facilitar el acceso a la docencia de personal gitano deben removerse las barreras actuales. Hay que hacer un esfuerzo innovador en la manera en que se contrata al personal experto gitano para que sean estas personas las que impartan la docencia. Tengamos en consideración experiencias previas como la de la Universidad de Alcalá en donde un equipo docente formado por una filóloga y un sociólogo, ambos gitanos, han podido impartir una asignatura.

Hasta la fecha, la mayor parte de los trabajos historiográficos publicados han versado sobre la persecución y las leyes antigitanas. Es importante que estos contenidos formen parte de la historia gitana que se enseñe en las escuelas pero también es importante que se enseñe la historia de la cotidianidad, el cómo vivían y el cómo se relacionaban las personas gitanas con su entorno. Aquí, evidentemente, el análisis de la literatura, el teatro, la música y las artes plásticas será una herramienta necesaria para ir comprendiendo qué papeles han jugado las personas gitanas.

Por otra parte, conviene que en este relato quede claro qué es el antigitanismo y cómo ha actuado como mecanismo de exclusión, de opresión y de dominación étnica ya que así se entiende la situación actual y sólo así, entendiendo el antigitanismo, podremos combatirlo y superarlo.

Memoria histórica y democrática

La aportación artística gitana es innegable en la configuración del acervo cultural español. Por tanto, una historia gitana debe incluir a las y los artistas gitanos que han destacado en las diferentes disciplinas artísticas. Así mismo, debe incluir las influencias que lo gitano ha tenido sobre la obra de artistas payos.

Se deben remover las barreras que limitan o impiden el acceso de las personas gitanas expertas a la docencia universitaria para primar las voces gitanas en la construcción de este relato histórico necesario.

Debe diseñarse e implementarse un plan de memorialización y museificación de la historia y la cultura gitana y ahí, las administraciones han de ser generosas y, por supuesto, deben aliarse con la sociedad civil gitana organizada.

7. En conclusión

1. Las personas gitanas y nuestra historia y cultura están ausentes del currículo escolar.
2. Tanto la sociedad civil gitana organizada como las autoridades educativas convergen en que la inclusión de la historia y la cultura gitanas en el currículo escolar ayudaría a superar el secular fracaso del sistema educativo con el alumnado gitano a la vez que contribuiría a la lucha contra el antigitanismo.
3. En la historiografía sobre gitanos existen unas asunciones, unos hechos considerados irrefutables, que se han impuesto sin mayor control ni constatación y que abarcan desde la extendida creencia en que el nomadismo fue un modo de vida propio hasta la no menos extendida creencia de que no ha habido convivencia interétnica ni mestizaje o que la cultura gitana es ágrafa. En este sentido, la primera labor que habría que acometer si se quiere de verdad incluir la historia y la cultura gitanas en el currículo es la revisión crítica de todo aquello que se da por sentado pero que jamás ha sido revisado ni sometido al escrutinio ni al contraste.

Desde una perspectiva analítica descolonial, el trabajo de revisión de toda la literatura gitanológica es una tarea urgente. Y las administraciones, si tienen sincero interés en promover la inclusión de la población gitana y de nuestra historia en el currículo escolar, deben apoyar efectivamente a las organizaciones genuinas gitanas en esta labor de revisión crítica.

4. Hace falta una Comisión de la Verdad al estilo de las que han existido en Argentina, en El Salvador, en Chile, en Guatemala, en Uruguay, en Perú, en Sudáfrica⁴³ o en Suecia⁴⁴ para:
 - a) Afrontar la impunidad: la imagen de los Reyes Católicos o de Fernando VI o del Marqués de la Ensenada o del Obispo Vázquez de Tablada o del Papa Benedicto XIV deben quedar para siempre estigmatizadas de racismo antigitano.

43 González, E. & Varney, H. (2013) *En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*. Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil/Centro Internacional para la Justicia Transicional: Brasilia/Nueva York <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-2013-Spanish.pdf> (28/6/2017)

44 En 2014, Suecia publicó un Libro Blanco con el propósito de reconocer su pasado antigitano y encarar el futuro con honestidad. <http://www.regeringen.se/contentassets/eaae9da200174a5faab2c8cd797936f1/den-morka-och-okanda-historien---vitbok-om-overgrepp-och-krankningar-av-romer-under-1900-talet-ds-20148> (28/6/2017)

Memoria histórica y democrática

- b) Señalar responsabilidades: las instituciones que han tenido un pasado protagonismo en la creación y mantenimiento del antigitanismo (la Corona y la Iglesia Católica fundamentalmente) y aquellas otras instituciones que se han beneficiado del antigitanismo deben asumir su pasado antigitano y encarar su responsabilidad en el proceso de restitución histórica como instituciones herederas de aquellas que intentaron el genocidio y el epistemicidio antigitano⁴⁵.
- c) Romper el ciclo de violencia antigitana: el antigitanismo es sobre todo un tipo de racismo institucional, ejercido por el Estado a través de las leyes, el sistema educativo, las fuerzas de seguridad⁴⁶, etc.
- d) Proveer un espacio para el diálogo libre y seguro que permita obtener una imagen clara del pasado que facilite una sanación y reconciliación auténticas.
5. No se pueden incluir ni la historia ni la cultura del Pueblo Gitano en el currículo escolar si no hay verdadera participación de las personas y las organizaciones genuinas gitanas en todo el proceso. Hay que superar esa visión paternalista, esa suerte de despotismo del todo para los gitanos pero sin gitanos, que en la actualidad y desde hace años se ha impuesto en el diseño y ejecución de las supuestas soluciones implementadas, ya no vale que una comisión de expertos que no incluya a personas gitanas sea quien diseñe qué partes y cómo se incluye la historia del Pueblo Gitano en el currículo tal y como ha ocurrido en Castilla y León. Tampoco vale que ese proceso lo dirijan personas payas. Esa forma de actuar ya ha demostrado su fracaso: «En 2007, un 1,6% de la población gitana había alcanzado el nivel de estudios secundarios no obligatorios (bachillerato, ciclos formativos de grado medio y similares) frente al 19,4% de la población en su conjunto según datos anuales EPA de 2006; en el caso de la graduación en estudios superiores, la diferencia era superior: 0,3% de la población gitana frente al 22,3% de la población total.» según el propio Ministerio de Educación (2014).

45 Liquidación de algunas formas de apre(he)nder, crear y transmitir conocimientos-saberes

46 García Añón, J. et al (2013) Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales. Institut de Drets Humans de la Universidad de Valencia/Tirant Lo Blanc: Valencia http://www.uv.es/garciaj/pub/2013_perfil_etnico.pdf (28/6/2107)

8. Referencias bibliográficas

- Aguirre Felipe, J. *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*. Zaragoza. Institución Fernando el Católico, 2006.
- Albert Guardiola et al, *Estudio sobre la situación actual del Pueblo gitano e informe de propuestas de actuación para la Estrategia Integral para la Igualdad y la Inclusión del Pueblo Gitano en la Comunidad Valenciana. Primer informe*. Valencia. Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas, 2016).
<http://www.inclusio.gva.es/documents/162705074/162705709/Primer+Informe+Universidad+Alicante.pdf/ac4b988e-eae1-473e-a900-4e3bc341682f> (25/6/2017)
- Andújar Castillo, F. & Martínez Martínez, M. *Los forzados de Marina en el siglo XVIII: el caso de los gitanos (1700-1765)*. Almería. Universidad de Almería, 2007.
- Aparicio Gervás, J. M. «Breve recopilación sobre la historia del Pueblo Gitano: desde su salida del Punjab, hasta la Constitución Española de 1978 Veinte hitos sobre la «otra» historia de España». *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, vol. 20, núm. 1, pp. 141-161, 2006 <http://www.redalyc.org/pdf/274/27411310008.pdf> (27/6/2017)
- Asociación de Enseñantes con Gitanos «El Tratamiento de la Diversidad Cultural en los Libros de Texto». *Boletín de la Asociación de enseñantes con Gitanos*, 23, 2003 <http://aecgit.pangea.org/boletines/boletin23.htm#3> (25/6/2017).
- Buhigas Jiménez, R. *Los Gitanos en la historia. Un estado de la cuestión transnacional hasta la actualidad*. TFG de historia, Universidad Complutense de Madrid, 2017 https://www.academia.edu/29124859/Los_gitanos_en_la_historia._Un_estado_de_la_cuesti%C3%B3n_transnacional_hasta_la_actualidad_TFG_ (26/6/2017).
- Calvo Buezas, T. *Los racistas son los otros. Gitanos, minorías y Derechos Humanos en los textos escolares*. Madrid, Ed. Popular, 1989.
- Carmona, S. «Memoria e historia de la mujer gitana: un todo por hacer». *O Tchatchipen*, 79, pp 10-20, 2012 <http://www.unionromani.org/tchatchionline/pdf/07904esp.pdf#view=Fit> (20/6/2017).
- Fernández, H., Motos, I. & Jiménez, N. *Guía de recursos contra el Antigitanismo*. Alicante. FAGA, 2015 <http://gitanizate.com/panel/data/adjuntos/27042015204308.pdf> (25/6/2017).
- Fernández, M. D. «La mujer gitana y la guerra civil». *O Tchatchipen*, 70, pp 14-19, 2010 <http://www.unionromani.org/tchatchionline/pdf/07003esp.pdf#view=Fit> (20/6/2017)
- García Añón, J. et al, *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*. Valencia. Institut de Drets Humans de la Universitat de València/Tirant Lo Blanc, 2013 http://www.uv.es/garciaj/pub/2013_perfil_etnico.pdf (28/6/2107).
- García Fernández, J. A. (Coord), *La cultura del pueblo gitano en el currículo de la educación obligatoria, a través de su presencia, ausencia y percepción en los libros de texto*. Madrid. MECD, 2017 <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/d/22079/19/0> (28/10/17)

Memoria histórica y democrática

- González, E. & Varney, H. *En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*. Brasilia/Nueva York. Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil/Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2013 <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-2013-Spanish.pdf> (28/6/2017).
- Gómez Alfaro, A. *La Gran Redada de gitanos: España, la prisión general de gitanos en 1749*. Madrid. Presencia Gitana, 1993.
- Legislación histórica española dedicada a los gitanos*. Sevilla. Junta de Andalucía, 2009
- Escritos sobre gitanos*. Barcelona. Enseñantes con Gitanos, 2010 https://www.educacion.navarra.es/documents/57308/57727/Escritos_sobre_gitanos.pdf/01d0a-5ce-fb0c-41cf-a0a1-d383de423bef (4/12/17).
- Gómez Urdáñez, J. L. «Los gitanos, al borde del genocidio». *La Aventura de la historia*, 45, pp 38-43, 2002.
- «La Real Casa de Misericordia de Zaragoza, cárcel de gitanas (1752-1763)» en Sobaler Seco, M. de los A. & García Fernández M. (coord.) *Estudios en homenaje al profesor Teófanos Egido*, Vol. 1, pp 329-343. Valladolid. Junta de Castilla y León, 2004.
- «Las medidas sobre los gitanos en el reinado de Carlos III ¿De la extinción a la asimilación?». *Andalucía en la historia*, 55, , pp 16-17, 2017.
- Haliti, B. «Idioma, historia y cultura de los rromà, ayer, hoy y mañana». *O Tchatchipen*, 75, pp 47-51, 2011 <http://www.unionromani.org/tchatchionline/pdf/07507esp.pdf#view=Fit> (20/6/2017).
- Heredia Maya, J. «La mirada limpia». *La mirada limpia o la existencia del otro*, 0, pp 19-47, 2000 <https://drive.google.com/file/d/0B7HVn9XohJOwUm0zemxTbWVJX3M/view> (25/6/2017).
- Jiménez González, N. «La lengua nos enseña la historia. El romanó como herramienta heurística en la investigación de la realidad histórica». *O Tchatchipen*, 39, pp 19-29, 2002 <http://www.unionromani.org/tchatchionline/pdf/03903esp.pdf#view=Fit> (20/6/2017)
- «Agitanando el DRAE». *Cuadernos Gitanos*, 2, pp 14-23, 2008 <https://es.scribd.com/document/334371995/Agitanando-el-DRAE-pdf> (28/6/2017).
- Leblon, B. *Les Gitans dans la littérature espagnole*. Toulouse. France Ibérie Recherche, 1982
- Los gitanos de España. El precio y el valor de la diferencia*. Barcelona. Gedisa, 1993.
- El gran fichero de los gitanos de España (siglos XV a XVIII). *Historia de un genocidio programado*. Madrid. Enseñantes con Gitanos, 2017 http://aecgit.pangea.org/boletines/boletin34/boletin_34_EL_GRAN_FICHERO_Bernard_Leblon.pdf (4/12/17).
- Martínez Martínez, M. «La redada general de gitanos de 1749: la solución definitiva al problema gitano». *Andalucía en la historia*, 55, pp 12-15, 2016.
- Nunca más: homenaje a las víctimas del proyecto de «exterminio» de la minoría gitana iniciado con la redada de 1749*. Almería. Círculo Rojo, 2015.
- Los gitanos y las gitanas de España a mediados del siglo XVIII: El fracaso de un proyecto de exterminio (1748-1765)*. Almería. Universidad de Almería, 2014.

Memoria histórica y democrática

- «Los forzados de la escuadra de galeras del Mediterráneo en el siglo XVII: el caso de los gitanos». *Revista de historia naval*, año 30, 117, pp 87-110, 2012.
- «Forzados gitanos confinados en los arsenales peninsulares tras la redada general de 1749», en Sánchez Baena, J.J. et alt (coord.) *Estudios de Historia Naval: actitudes y medios en la Real Armada del siglo XVIII*, pp 291-328. Madrid/Murcia. Ministerio de Defensa/Universidad de Murcia, 2011.
- «Los gitanos y la prohibición de pasar a las Indias españolas». *Revista de la CECEL*, 10, pp 71-90, 2010.
- «Los gitanos y las Indias antes de la Pragmática de Carlos III (1492-1783)». *I Tchatchipen*, 48, pp 16-23, 2004.
- «Los gitanos en el reinado de Felipe II (1556-1598): el fracaso de una integración». *Chronica nova*, 30, pp 401-430, 2003.
- «La presencia gitana en la zona oriental del Reino de Granada durante el siglo XVII: el caso de Vera (Almería)» en Sánchez Ramos, V. (coord) *El Reino de Granada en el siglo XVII*. Almería. Instituto de Estudios Almerienses, 2000.
- «Gitanos y moriscos: una relación a considerar» en Martínez San Pedro, M. de los D. (coord) *Los marginados en el mundo medieval y moderno*. Almería. Instituto de Estudios Almerienses, 2000. «Los centenarios olvidados: V Centenario de la Pragmática de Medina del Campo y 250 Aniversario de la Redada General de Gitanos». *I Tchatchipen*, 26, pp 24-27, 1999.
- La minoría gitana de la provincia de Almería durante la crisis del antiguo régimen (1750-1811)*. Almería. Instituto de Estudios Almerienses, 1998.
- «Marginación institucional de los primeros austrias sobre los gitanos del sureste peninsular». *I Tchatchipen*, 15, pp 6-20, 1996.
- «Los gitanos en el sureste peninsular de los siglos XV y XVI». *Boletín del Instituto de Estudios Almerienses*, 14, pp 91-102, 1995.
- Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. UNESCO Educación para todos. Revisión Nacional de la EPT para 2015 España. Madrid. MECD, 2014 <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002299/229951S.pdf> (8/12/17).
- Motos Pérez, I. «Lo que no se olvida: 1499-1978». *Anales de Historia Contemporánea*, 25, pp 57-74, 2009 <http://revistas.um.es/analeshc/article/view/71681> (26/6/2017)
- Nora, P. *Les Lieux de Mémoire*. París. Gallimard (1984-1992).
- Ricoeur, P. *Historia y verdad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2015.
- Penna, M. & Zoido Naranjo, A. *El flamenco y los flamencos: historia de los gitanos españoles y su música*. Sevilla. Portada, 1996
- Sánchez Ortega, M. H. *El problema gitano desde una perspectiva histórica*. Madrid. Asociación de Antiguos Alumnos del Instituto Escuela, 1981
- «La oleada anti-gitana del siglo XVII». *Espacio, Tiempo y Forma*, IV (IV), 71-124, 1991 <http://revistas.uned.es/index.php/ETFIV/article/view/3231/3089> (4/12/17)

«Los gitanos españoles desde su salida de la India hasta los primeros conflictos en la península». *Espacio, Tiempo y Forma, IV (7)*, 319-354, 1994.

<http://revistas.uned.es/index.php/ETFIV/article/view/3301/3159> (4/12/17)

«Los gitanos condenados como galeotes en la España de los Austrias». *Espacio, Tiempo y Forma, IV (18-19)*, 87-104, 2005.

<http://revistas.uned.es/index.php/ETFIV/article/view/3466/3324> (4/12/17)

Zoido Naranjo, A. *La Prisión General de los gitanos y los orígenes de lo flamenco*. Mairena del Aljarafe (Sevilla). Portada, 1999.

La Ilustración contra los gitanos. Antecedentes, historia y consecuencias de la Prisión General. Sevilla. Signatura, 2014.

9. Webs y blogs

Pretendemos gitanizar el mundo <https://gitanizate.wordpress.com/>

Historia de los gitanos españoles <http://adonay55.blogspot.com.es/>

Pido la palabra <https://rikardohj.wordpress.com/>

Museu Virtual del Poble Gitano <http://www.museuvirtualgitano.cat/es/>

O Tchatchipen http://www.unionromani.org/tchatchionline/index_es.html

ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN ASUNTOS NO ESTRICTAMENTE JUDICIALES: RELECTURA DE LA LEY DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA PARA UN SERVICIO PÚBLICO INTEGRAL DE ASESORAMIENTO, ORIENTACIÓN Y DEFENSA JURÍDICA¹

Ricardo Juan-Sánchez²

RESUMEN: En España, como consecuencia de una tradicional comprensión procesal del derecho de «justicia gratuita», la aplicación del derecho a una asistencia jurídica gratuita en asuntos no estrictamente procesales presenta cierto retraso que tímidamente se ha tratado de superar a través de recientes reformas. Se analizan cuáles son los cambios que se han realizado a este respecto y se apunta el potencial que las Comunidades Autónomas tienen de desarrollar esta materia al margen de las disposiciones estatales.

PALABRAS CLAVE: justicia gratuita, asistencia jurídica gratuita, vía administrativa previa, mediación, sistemas alternativos de resolución de conflictos.

ABSTRACT: In Spain, due to a traditional understanding of the legal as a procedural issue, its application outside the judicial process presents an important delay which has hesitantly been attempted to overcome through recent reforms. This paper is aimed at analyzing the changes made in this respect, moreover, it points out the potential of the Autonomous Communities in order to develop this matter regardless of national regulations.

KEYWORDS: legal aid, legal aid outside the judicial field, mediation, ADR.

SUMARIO: 1.Introducción: los tribunales de justicia no son el único ámbito de aplicación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.- 2.La asistencia jurídica gratuita en los tratados y convenios internacionales y otras resoluciones internacionales.- 3.El carácter procesalista de la LAJG.- 4.La progresiva aplicación de la asistencia jurídica gratuita en contextos no estrictamente judiciales.- 5.La aplicación de la LAJG en el ámbito de procedimiento administrativo.- 6.El derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos de mediación: en especial su desarrollo autonómico.- 7.La asistencia jurídica gratuita para el asesoramiento de las víctimas de los delitos: la cuarta ampliación.- 8.Las potestades normativas de las Comunidades Autónomas para el desarrollo de la legislación sobre asistencia jurídica gratuita fuera del ámbito estrictamente procesal.- 9.Conclusión: el compromiso pendiente de los poderes públicos en facilitar el acceso a la ley.- 10 Bibliografía.

1 Original del artículo en castellano

2 Ricardo Juan Sánchez es profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia

Artículos

1. Introducción: los tribunales de justicia no son el único ámbito de aplicación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita³

Una interpretación tanto gramatical como sistemática de la normativa sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita apunta a una lectura esencialmente procesal de ese derecho. Sin embargo, se trata de un derecho que, más allá de su base constitucional, también es —ha de ser— de aplicación en cualquier otro contexto jurídico en el que las personas económicamente desfavorecidas necesiten del asesoramiento, orientación y defensa jurídica. Como se podrá comprobar, es habitual que en los informes internacionales sobre asistencia jurídica se haga expresa referencia a esos ámbitos bajo la idea de legal aid outside the judicial procedures.

Como hemos dejado entrever, en la CE 1978, en cambio, solo se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita en sede jurisdiccional (Artículo 119: La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar). Es decir, de una interpretación tanto literal como sistemática del art. 119 CE se deduce que el derecho constitucionalmente consagrado en ese artículo solo alcanza a las necesidades derivadas del ejercicio del derecho a la tutela judicial del art. 24.1 CE y así lo ha destacado el TC en su jurisprudencia (Lorenzo Jiménez, 124).

Habría que ampliar las bases del concepto de acceso a la justicia para poder entroncar en él un fundamento constitucional a la asistencia jurídica gratuita fuera del proceso. Y ese debe ser el reto y el futuro de este derecho desde el compromiso que los poderes públicos están asumiendo para tratar de diversificar la solución de los conflictos jurídicos al margen de los tribunales de justicia y aproximarse a una nueva idea de justicia integral.

Entendemos que tras la aprobación de la Ley de Asistencia Jurídica en 1996 (Ley 1/1996, de 10 de enero, en adelante LAJG) se han dado importantes pasos en ese sentido, que vienen a dar un significado a la asistencia jurídica gratuita completamente distinto al modelo decimonónico vigente hasta entonces y que intuimos que condicionó su reflejo en la Constitución Española.

Primer y decisivo paso en este sentido ha sido la desjudicialización del reconocimiento del derecho, que viene a ser la base para una asistencia jurídica gratuita outside the judicial procedures.

Tras la aprobación de la LAJG, el nuevo sistema de justicia gratuita se caracteriza por tratarse de un servicio público del que se deriva un derecho de naturaleza prestacional, y en el que están implicadas diversas administraciones y entidades públicas, desde el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas con competencias en la materia y los colegios de abogados y procuradores. El deber de las referidas administraciones públicas no es solo de organización del servicio, sino también esencialmente de financiación del mismo, pues descansa sobre la base de la financiación pública y no privada —lo que debe cuestionar alguna de las consecuencias económicas introducidas en las reformas recientes—⁴.

3 Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «Acceso a la Justicia y garantía de los Derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos» (DER2013-48284-R).

4 La Ley 2/2017, de 21 de junio, de modificación de la LAJG, ha sido «vendida» como la Ley que libera a los letrados y procuradores de tener que liquidar el IVA por los servicios prestados en sus actuaciones del turno de oficio. Esa circunstancia ahora normativamente superada —tributar el IVA en estos casos— ya implicaba una primera grieta en la financiación pública del servicio, pero además la mencionada Ley 2/2017 no modifica el art. 30 que puede comportar que los letrados y procuradores tengan que soportar los gastos por sus actuaciones provisionales si posteriormente el derecho no se consolida por su solicitante. Tampoco queda claro tras la reforma del art. 1 por la Ley 2/2017, si al decirse ahora que «Los Colegios Profesionales podrán organi-

Artículos

La Ley 1/1996 no solo extrae del ámbito judicial –y del proceso- el reconocimiento del derecho constitucional a litigar gratuitamente (arts. 24.1 y 119 CE), sino que su objeto no se ciñe a dicho ámbito. Primero la denominación misma de la ley que se refiere a la «asistencia jurídica gratuita» y segundo el contenido material del derecho en su art. 6.1, tras las últimas reformas, del siguiente modo: «Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos, en los casos no prohibidos expresamente por la ley, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión».

Pero ese no ha sido siempre el alcance que ha tendido la LAJG, pues en su redacción originaria, a pesar de su denominación, su aplicación se circunscribía al ámbito procesal, como se verá. El presente artículo tiene por finalidad exponer cuáles son los pasos que se han dado para extender el servicio de justicia gratuita más allá del ámbito de los órganos jurisdiccionales, así como analizar el alcance de los mismos y determinar si todavía cabe una mayor desarrollo al respecto.

Pero con carácter previo quisiéramos dejar constancia de estas reflexiones de carácter general sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Del art. 119 CE se desprenden dos situaciones muy distintas para el reconocimiento de ese derecho: la primera y más evidente es que la justicia ha de ser gratuita «en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar», lo que no empece que tenga que ser el legislador quien concrete dicha circunstancia; pero la segunda es que la justicia también puede ser gratuita «cuando así lo disponga la ley» al margen del anterior criterio estrictamente económico, lo que abre un importante campo de intervención no solo del legislador estatal sino también al legislador autonómico.

Y no puede olvidarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido que se está ante un derecho instrumental del derecho a la tutela judicial efectiva, así como, algo que suele pasar más desapercibido, ante una concreción del derecho a la asistencia letrada (STC 9/2008, de 21 de enero).

2. La asistencia jurídica gratuita en los tratados y convenios internacionales y otras resoluciones internacionales

La impronta judicialista del derecho a la justicia gratuita no es una característica exclusiva española. Las referencias que los principales tratados y convenios internacionales hacen al mismo, también ponen el acento en el ámbito procesal. Veámoslo.

El art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 se refiere a que «todo acusado» tiene derecho «a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan».

En términos muy similares se expresa el art. 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, también para las personas penalmente acusadas: «... a defenderse

zar el servicio...» -cursiva nuestra- se está introduciendo la posibilidad de que también pueda organizarse por otro tipo de entidad (¿pública, privada?, en su caso).

Artículos

personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo».

Aunque también acotado al ámbito judicial, el cambio cualitativo en el Derecho internacional se da en el art. 47-III de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, que tiene por rúbrica del «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial» y que se refiere a la justicia gratuita en los siguientes términos: «Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

En la Unión Europea la sensibilidad por la asistencia jurídica gratuita ya quedó plasmada, pero una vez más circunscrita al ámbito judicial, en la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

Sin embargo, ha sido en el ámbito del Consejo de Europa donde se ha puesto de manifiesto de manera muy destacada la preocupación por la extensión del derecho a una atención jurídica gratuita en ámbitos no estrictamente procesales, aunque el ámbito judicial haya sido el primer desencadenante de su interés por el tema. Véanse la siguientes resoluciones y recomendaciones de dicha Institución:

1. La Resolution (76) 5 on Legal Aid in Civil, Commercial and Administrative Matters⁵. Pero en esta resolución, enfocada a otorgar un mismo trato a nacionales y extranjeros, todavía es patente el enfoque judicial (*Recommends to governments of member states to accord, under the same conditions as to nationals, legal aid in civil, commercial and administrative matters, irrespective of the nature of the tribunal exercising jurisdiction*).
2. La Resolution (78) 8 on Legal Aid and Advice⁶. La primera parte de esta resolución se centra en las bases de una defensa procesal gratuita, pero en la segunda parte de la misma —que tiene por título «Asesoramiento Jurídico»— se invita a los miembros del Consejo a adoptar otro tipo de medidas complementarias a las anteriores en los siguientes términos: «The state should ensure that a person in an economically weak position should be able to obtain necessary legal advice on all questions arising out of the matters mentioned in principle 1, which may affect his rights or interests».
3. La Recommendation N^o. R (93)1 on Effective Access to the Law and Justice for the Very Poor⁷. Aparte la novedad que representa que no se acote la idea de acceso al ámbito de la justicia, sino que se extiende al ámbito de la «Ley» (access to the Law), el contenido de esta recomendación es muy expresivo de la voluntad de extender la ayuda jurídica a otros contextos distintos a los judiciales.

5 Adopted by the Committee of Ministers on 18 February 1976 at the 254th meeting of the Ministers' Deputies.

6 Adopted by the Committee of Ministers on 2 March 1978 at the 284th meeting of the Ministers' Deputies.

7 Adopted by the Committee of Ministers on 8 January 1993 at the 484th meeting of the Ministers' Deputies.

Artículos

A este respecto, la recomendación número 2, bajo el encargo de «Facilitate effective access to quasi-judicial methods of conflict resolution for the very poor by», en su letra b) especifica: «extending the benefit of legal aid or any other form of assistance to such methods of conflict resolution», en referencia al impulso de esos otros métodos «cuasi-judiciales», que centra en la mediación y la conciliación.

Por su parte, la recomendación número 3, destinada a que se «Facilitate effective access to the courts for the very poor, especially by the following means:», en su letra a) establece lo siguiente: «extending legal aid or any other form of assistance to all judicial instances (civil, criminal, commercial, administrative, social, etc.) and to all proceedings, contentious or non-contentious, irrespective of the capacity in which the persons concerned act».

4.- Por último, la Recommendation Rec (2005) 12 Containing an Application from Legal Aid Abroad for Use under the European Agreement on the Transmission of Applications for Legal Aid (CETS No. 092) and its Additional Protocol (CETS No. 179)⁸, cuyo apéndice, de carácter más instrumental que los anteriores, pues trata de establecer los aspectos formales para la cooperación de los Estados miembros en el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, hace constantes referencias a su solicitud en «extrajudicial procedures».

La preocupación y el interés del Consejo de Europa por establecer un marco de asistencia jurídica gratuita en el ámbito extraprocésal se ha visto reflejado también en el comité de expertos creado en su seno bajo la denominación de Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ, en su acrónimo oficial). En los últimos años es reiterado el interés en poner de manifiesto en sus informes «European Judicial Systems», como un elemento clave en la mejora del acceso a la justicia, la generalización y la extensión de la asistencia jurídica gratuita.

En su informe publicado el año 2010 se insiste en la idea de «acces to law» como la manera de favorecer el ejercicio de los derechos de las personas prestando «information and legal advice, aid for an alternative to a judicial hearing» (49).

Sin necesidad de repasar aquí todas las referencias y datos que se ofrecen en esos informes sobre la asistencia jurídica gratuita fuera del contexto procesal, sí consideramos al menos oportuno reproducir la siguiente tabla contenida en el informe presentado el año 2014 (69) —el último hasta la fecha—:

8 Adopted by the Committee of Ministers on 15 June 2005 at the 930th meeting of the Ministers' Deputies.

Artículos

«Table 3.1 Scope of legal aid»

States/entities	Types of legal aid				In criminal cases, possibility to be assisted by a lawyer free of charge		Legal aid outside judicial field
	Representation in court		Legal advice		Accused individuals	Victims	
	Criminal	Other than criminal	Criminal	Other than criminal			
Albania							
Andorra							
Armenia							
Austria							
Azerbaijan							
Belgium							
Bosnia and Herzegovina							
Bulgaria							
Croatia							
Cyprus							
Czech Republic							
Denmark							
Estonia							
Finland							
France							
Georgia							
Germany							
Greece							
Hungary							
Iceland							
Ireland							
Italy							
Latvia							
Lithuania							
Luxembourg							
Malta							
Republic of Moldova							
Monaco							
Montenegro							
Netherlands							
Norway							
Poland							
Portugal							
Romania							
Russian Federation							
Serbia							
Slovakia							
Slovenia							
Spain							
Sweden							
Switzerland							
The FYROMacedonia							
Turkey							
Ukraine							
UK-England and Wales							
UK-Northern Ireland							
UK-Scotland							
Number of countries	47	47	39	38	47	37	18
Israel							
Yes							

9 La tabla en cuestión va seguida de la siguiente explicación, en lo que aquí nos interesa: «Moreover, 18 member states (Armenia, Belgium, Bulgaria, Croatia, Finland, France, Georgia, Germany, Hungary, Lithuania, Republic of Moldova, Montenegro, Netherlands, Norway, Portugal, Slovakia, Slovenia, Switzerland) indicate explicitly that they grant legal aid outside the judicial field, to prevent judicial procedures or facilitate access to law. However, only Germany, Lithuania and Norway are now able to quantify both the budgets and the volume of cases concerned, where France and Switzerland are able to indicate the budgets allocated to this type of legal aid. It will be necessary to refine this analysis in the context of future evaluation exercises. Some systems for instance enable the granting of legal aid within the framework of Alternative Dispute Resolution (ADR) or transactional procedures (Bulgaria, France, the Netherlands, Portugal, Slovakia)» (70).

Artículos

Para concluir este epígrafe cabe señalar que también el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, en su informe número 6 del año 2004, hacen el siguiente apunte: «Teniendo en cuenta que los MARL¹⁰ y el sistema judicial persiguen el mismo objetivo, es imprescindible que una asistencia jurídica sea accesible en caso de recurrir a los MARL, al igual que lo es en el marco de un procedimiento judicial ordinario» (29).

3. El carácter procesalista de la LAJG

La LAJG de 1996, desde su redacción original, ha tenido un marcado carácter procesalista tanto en la determinación del ámbito de aplicación de la asistencia jurídica gratuita como en su sistematización, que mínimamente se ha matizado en recientes reformas como se expondrá más adelante.

Antes de entrar en la exposición de esa impronta procesalista del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la Ley 1/1996, conviene recordar que ese es el contexto constitucional —ya hemos hablado del art. 119 CE y su referencia a que «La justicia será gratuita ...»— y que se refleja así en la legislación orgánica sobre los tribunales, pues la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 lo reitera por partida doble: de una parte en su art. 20.2 al establecer que «Se regulará por Ley un sistema de justicia gratuita que dé efectividad al derecho declarado en los artículos 24 y 119 de la Constitución, en los casos de insuficiencia de recursos para litigar», y en su art. 544.3 que insiste en que «... La defensa o representación de oficio tendrá carácter gratuito para quien acredite insuficiencia de recursos para litigar en los términos que establezca la ley».

Así pues, a pesar de lo que hemos dicho en la introducción sobre la desjudicialización que ha representado la LAJG respecto del modelo histórico en España, lo cierto es que su estructura y redacción está muy condicionada por la cultura procesal que ha predominado en la configuración de ese modelo histórico.

Lo atestiguan diversos artículos, que pasamos a relacionar exhaustivamente, pues ponen de manifiesto las dificultades sistemáticas que provoca la introducción de referencias aisladas a otros sistemas de resolución de conflictos en las últimas reformas:

1. Del art. 1 cabe tener presente que en su primer apartado se dice que esa Ley tiene por objeto determinar el «contenido y alcance» de lo establecido en el art. 119 CE, y si bien en la reforma del año 2015 se ha incluido una referencia a la «vía administrativa previa» —al proceso—, en su redacción original dejaba bien claro que el proceso era su ámbito de aplicación: «Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación general en todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo constitucional, así como el asesoramiento previo al proceso contemplado en el artículo 6.1.11».
2. En el art. 2, todas sus referencias son netamente procesales, pues es frecuente el uso de la expresión «recursos para litigar» y otras referencias a la «defensa en juicio» y en los «procedimientos concursales» de los derechos laborales (art. 2.d), en «litigios transfronterizos» (art. 2.f), en «procesos» (art. 2.g) y al «objeto del litigio» (art. 2.h).

10 «Modos alternativos para la resolución de litigios».

11 Art. 6.1: «Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión» —por lo tanto, siempre enfocado al proceso posterior.

Artículos

3. El art. 5.1 y 2, sobre el reconocimiento excepcional del derecho, alude a las «tasas judiciales» y costes de «iniciación del proceso», así como a que los solicitantes «actúen en un proceso en su nombre».
4. El art. 6.1, sobre el contenido del derecho, lo delimita al «asesoramiento y orientación» previos al proceso que tenga por objeto evitar «el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión» y solo tras la reforma de 2015 se ha ampliado a «así como la información sobre la posibilidad de recurrir a mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos, en los casos no prohibidos expresamente por la ley».
Más adelante, los apartados 8 y 9 de este mismo art. 6 se refieren a los gastos con «relación directa con el proceso».
5. El apartado 1 del art. 7.1 se refiere a que el derecho que se reconoce durante el «transcurso de una misma instancia se extiende a todos sus trámites e incidencias, incluida la ejecución» pero no a un «proceso distinto»; y en su apartado 2 a que alcanza también para «la interposición y sucesivos trámites de los recursos» contra las resoluciones finales del «proceso».
6. El art. 8 contextualiza el derecho en los casos de «presentada demanda», «formulada su contestación» o que «el proceso ya hubiera finalizado», o «su (de la sentencia firme) ejecución», así como en el momento procesal de la «segunda instancia» o del «recurso de casación».
7. El art. 12, sobre la solicitud del derecho, contiene múltiples alusiones procesales en sus diversos apartados: «concurencia de litigante en un proceso» (art. 12.3.); «con arreglo a las leyes procesales» (art. 12.4); «litigar bajo una sola defensa o representación» (art. 12.5); «varios litigantes» (art. 12.6).
8. El art.13 para los requisitos de la solicitud se refiere a «la pretensión que se quiere hacer valer» así como a «la parte o partes contrarias en el litigio».
9. El art. 14.1 para la subsanación de deficiencias se refiere al «curso del proceso».
10. El art. 19.2, sobre la revocación del derecho, se refiere a «el órgano judicial».
11. Por último, el art. 20.1-II, sobre la impugnación de la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica, se refiere exclusivamente ante el «juzgado o tribunal competente» o «Juez Decano», sin que se haya previsto expresamente qué hacer en el caso de estar actuando en la vía administrativa previa, sin perjuicio de que quepa interpretar que en ese caso también se podrá impugnar ante el juez decano.

Ese enfoque predominantemente procesalista de la regulación de la asistencia jurídica gratuita también se puede observar en la normativa autonómica de desarrollo de la LAJG. Así, entre los más recientes, en el Decreto de la Generalitat Valenciana 17/2017, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, así como la orden que desarrolla¹², también son constantes la referencias a las actuaciones procesales, lo que resulta más evidente cuando se establecen los módulos y bases de compensación económica para los

12 ORDEN 1/2016, de 27 de enero, de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, por la que se modifica la Orden 4/2015, de 15 de junio, de la Conselleria de Gobernación y Justicia, sobre módulos de compensación económica aplicables a las actuaciones del turno de oficio y asistencia al detenido o preso por los procuradores y abogados de la Comunitat Valenciana.

Artículos

abogados y procuradores, en los que, tras una extensa enumeración de trámites procesales, solo se hace referencia a la «reclamaciones previas previstas legalmente, ante el INSS, TGSS, las Mutuas, cualquier Administración Pública y/o aseguradoras» y no aparece la mediación.

4. La progresiva aplicación de la asistencia jurídica gratuita en contextos no estrictamente judiciales

Si bien, como se comprobará, han sido las reformas más recientes de la LAJG las que han abierto el campo de aplicación de la asistencia jurídica gratuita en asuntos no estrictamente judiciales, es preciso resaltar que previamente otras leyes estatales ya iban estableciendo ciertas pautas, si bien tímidas, para ello.

En concreto, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su Disposición Adicional 2ª apuntó que «Las Administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes».

A la anterior previsión siguió posteriormente en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, la referencia a que, si bien los gastos relativos al trámite y ejecución de las solicitudes de cooperación jurídica internacional serán a cargo de la autoridad requirente o, en su caso, de la parte a cuya instancia se realicen, «respecto a las actuaciones procesales que se realicen por autoridades españolas, el interesado podrá solicitar las prestaciones que pudieran corresponderle conforme a la normativa sobre asistencia jurídica gratuita» (art. 18.2)¹³ y que «Las partes en el proceso de exequátur podrán solicitar las prestaciones que pudieren corresponderles conforme a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita» (art. 53). Ha de tenerse en cuenta que la cooperación jurídica que se regula en esta Ley alcanza tanto a expedientes judiciales como extrajudiciales y que los trámites que tiene que realizar el solicitante no se realizan exclusivamente ante órganos jurisdiccionales.

Pero como se ha avanzado, han sido las últimas reformas de la propia LAJG las que han ido reconociendo expresamente la posibilidad de aplicar el derecho de pobreza a otros ámbitos no estrictamente procesales. Este fenómeno se aprecia fácilmente en tres contextos: en la ampliación del ámbito del asesoramiento gratuito «preprocesal», en la extensión a ciertos ámbitos de la vía administrativa previa a la jurisdiccional, y, por último, en su extensión al ámbito de la mediación.

a) En su redacción originaria la LAJG ya recogía entre sus objetos el «asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión» (art. 6.1).

Tras la reforma de la LAJG por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, dicho asesoramiento gratuito se hace extensivo a la «información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros

13 Cuando el solicitante de la cooperación esté exento del pago de los gastos de las actuaciones procesales, se aplicará lo previsto para quienes gocen del derecho a la asistencia jurídica gratuita».

Artículos

medios extrajudiciales de solución de conflictos, en los casos no prohibidos expresamente por la ley» siempre dentro del «objeto evitar el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión», como ya se preveía anteriormente.

Dicha reforma además introduce un segundo párrafo en el art. 6.1 para establecer que «Cuando se trate de víctimas de violencia de género¹⁴, de terrorismo y de trata de seres humanos, así como de menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, en los términos establecidos en la letra g) del artículo 2¹⁵, la asistencia jurídica gratuita comprenderá asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querrela». Se trata pues de una ampliación objetiva del ámbito del asesoramiento previo a una actuación procesal.

Todas estas previsiones sobre el asesoramiento preprocesal se acompañan de lo dispuesto —originariamente— en el art. 22.II LAJG: «Los Colegios de Abogados implantarán servicios de asesoramiento a los peticionarios de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de orientar y encauzar sus pretensiones. Dicho asesoramiento tendrá, en todo caso, carácter gratuito para los solicitantes».

b) La segunda ampliación a que nos hemos referido también ha venido de la mano de la reforma operada por la Ley 42/2015, que vino a dar otra redacción al entonces segundo párrafo del art. 1 (actualmente tercer párrafo tras la reforma por la Ley 2/2017). Con la mencionada modificación de 2015 se ha incluido en el art. 1 una referencia expresa «a la vía administrativa previa cuando así se establezca en la legislación específica». Esta mención ha venido acompañada de la modificación del art. 2.e) para especificar que «En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la

14 Esta previsión ya se contenía en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuya versión originaria del art. 20 establecía: «1. Las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, éstas deberán abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención.

2. En todo caso, cuando se trate de garantizar la defensa y asistencia jurídica a las víctimas de violencia de género, se procederá de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita».

El art. 20.1 de la LO 1/2004 también se ha modificado por la Ley 42/2015 para adaptarlo a los nuevos criterios de la LAJG.

15 El art. 2.g LAJG, también reformado por la Ley 42/2015, establece que «Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos.

A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.

En los distintos procesos que puedan iniciarse como consecuencia de la condición de víctima de los delitos a que se refiere esta letra y, en especial, en los de violencia de género, deberá ser el mismo abogado el que asista a aquélla, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa».

Artículos

defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo».

Esta introducción de la vía administrativa previa como ámbito de aplicación del derecho regulado en la LAJG ha comportado que en dicha Ley se hagan nuevas referencias a la suspensión del expediente administrativo (art. 16.1), a la declaración del derecho por el órgano administrativo en caso de silencio por el colegio de abogados (art. 17.2.IV) y al requerimiento por el órgano administrativo de designación de abogado —y procurador— (art. 21).

c) En cuanto a la aplicación de la asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la mediación, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, ya se ha expuesto como el art. 1.1-I, tras su reforma de 2015, contempla que el asesoramiento gratuito también pueda tener como finalidad orientar al peticionario hacia los sistemas de mediación y otros sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, cuando estos no estén expresamente prohibidos. La mención a la mediación es expresa, y por lo tanto exenta de dudas, si bien cabe entender que también podría orientarse gratuitamente al peticionario hacia un arbitraje bajo la referencia genérica que se hace de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos.

La voluntad del legislador estatal de extender la gratuidad de la asistencia jurídica al ámbito de la mediación ya era evidente tras la promulgación de la Ley de Mediación Civil y Mercantil (Ley 5/2012), pues en su DA 2ª se establecía que «Las Administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes».

Pero, como se expondrá más detenidamente en el epígrafe 6 de este artículo, han sido las Comunidades Autónomas las que, dentro de sus ámbitos estrictamente competenciales, han dictado diversas normas legales por las que expresamente se hace extensible la asistencia jurídica gratuita a la mediación.

5. La aplicación de la LAJG en el ámbito de procedimiento administrativo.

Aunque este no es un trabajo sobre la interpretación y análisis las nuevas referencias que la LAJG contiene sobre la vía administrativa previa, sino de mera constatación de la ampliación de la asistencia jurídica gratuita a ese ámbito, sí que es necesario apuntar algunas cuestiones al respecto.

Como se ha dicho, no hay una referencia constitucional directa sobre la que descansa la asistencia gratuita en el ámbito del procedimiento administrativo (Lorenzo Jiménez, 120). Tampoco puede concluirse que dicha prestación se integre en algún derecho fundamental, en particular el derecho a la asistencia letrada, pues expresamente lo ha rechazado, principalmente con motivo de procedimientos administrativos sancionadores, el Tribunal Constitucional (sentencias 74/1985, de 18 de junio; de 2/1987, de 21 de enero; y 229/93, de 18 de octubre).

Por ello, la aplicación de la LAJG en el ámbito de un procedimiento administrativo ha de requerir de un desarrollo normativo expreso que en modo alguno ha colmado la reforma de dicha Ley del año 2015. Además, el art. 1-III especifica que se aplicará a la vía administrativa previa «cuando así se establezca en la legislación específica».

Artículos

Existen ciertos ámbitos jurídicos en que resulta fácil encontrar dichas referencias. Así en materia de asilo y refugio, la LO 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en su art. 16.2 establece lo siguiente: «Para su ejercicio, los solicitantes de protección internacional tendrán derecho a asistencia sanitaria y a asistencia jurídica gratuita, que se extenderá a la formalización de la solicitud y a toda la tramitación del procedimiento, y que se prestará en los términos previstos en la legislación española en esta materia, así como derecho a intérprete en los términos del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000. La asistencia jurídica referida en el párrafo anterior será preceptiva cuando las solicitudes se formalicen de acuerdo al procedimiento señalado en el artículo 21 de la presente Ley».

De igual modo, en materia de extranjería, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, prevé en su art. 22.2 que «Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita» y en su art. 63.3 «Se garantizará el derecho del extranjero a asistencia letrada, que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos».

La LAJG es clara al exigir que la asistencia jurídica gratuita en la vía administrativa ha de contar con una previsión legal expresa, sin embargo, a falta de dicha previsión cabría entender que también debería cubrirse dicha asistencia para las personas sin recursos económicos en aquellos procedimientos administrativos en los que es preceptiva la intervención de un letrado o dicha intervención es altamente recomendable en atención a los intereses o derechos en juego.

Resulta complejo determinar, a este respecto, qué materias y supuestos son los que deberían estar cubiertos por el derecho a la asistencia jurídica gratuita, pero cabe al menos apuntar, como ha hecho la doctrina administrativista, algunos ámbitos en los que así debiera ser.

El primer escollo para ello es la inexistencia en el ámbito administrativo de un derecho constitucional equivalente al de la asistencia letrada en el proceso (Lorenzo Jiménez, 122)¹⁶. Además, la intervención del letrado en el procedimiento administrativo es facultativa (arts. 5 y 53.1.g de la Ley de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; también en el ámbito tributario¹⁷, si bien en un principio era preceptiva).

16 Además, en el procedimiento administrativo el asesoramiento en derecho no está reservado a los abogados en ejercicio. También pueden prestarlo los graduados sociales (materia laboral y seguridad social), gestores administrativos (su normativa reguladora dice que actúan ante la administración en calidad de representantes del administrado), como así ocurre también en el caso de los agentes de la propiedad industrial.

Podrá hacerlo cualquiera de los profesionales a los que se refiere el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado, como por ejemplo los procuradores de los tribunales.

17 El art. 34.1.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece, entre los derechos del contribuyente, el relativo «a ser informado y asistido por la Administración tributaria sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias».

Artículos

Sin embargo, en materia administrativo-sancionadora los tribunales han sido más sensibles al reconocimiento de una garantía de dicho tipo, en concreto en el ámbito penitenciario en el que se ve afectada la libertad deambulatoria (SSTC 18/1981, de 8 de junio; 74/1985, de 18 de junio; 192/1987, de 2 de diciembre; sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2000 -AR 26-); si bien otros pronunciamiento no han reconocido el carácter preceptivo del letrado en los recursos ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, negando expresamente el derecho a la designación de un letrado del turno de oficio (SSTC 9/1997, de 14 de enero; 92/2003, de 19 de mayo; 42/2008, de 15 de abril).

Ahora bien, de una lectura detenida del art. 6 LAJG se desprende que el carácter preceptivo o no de la intervención del abogado lo es a efectos de incluir en el derecho a la asistencia jurídica la «defensa y representación... en el procedimiento judicial» (art. 6.3) y que por lo tanto no puede ser este el criterio a utilizar cuando se trata de un procedimiento administrativo previo.

Una vez más el peso de la impronta procesal que ha tenido el derecho a «litigar gratuitamente» ha hecho perder de vista que para la vía administrativa no es objeto del derecho regulado en la LAJG designar «abogado y procurador» sino ofrecer gratuitamente «asesoramiento», y que necesariamente no tiene por qué tener el mismo contenido el servicio gratuito en un contexto, el administrativo por una parte, y en otro, el procesal. La introducción de una referencia a la vía administrativa previa entre los ámbitos de aplicación de la LAJG según su art. 1 debería haber obligado a adaptar a dichos fines lo dispuesto en el art. 6 de la misma Ley.

Por ejemplo, cuando en el art. 16.1 LAJG se contempla la posibilidad de que, ante la petición de asistencia jurídica gratuita, se suspenda el procedimiento judicial, pero también el expediente administrativo, a continuación establece como límite temporal máximo de esta suspensión uno de estos hechos jurídicos: «se produzca la decisión sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a litigar gratuitamente, o la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuera preceptiva o requerida en interés de la justicia, siempre que la solicitud del derecho se hubiera formulado en los plazos establecidos en las leyes procesales o administrativas». En realidad, repárese, ninguno de esos hechos son propios del procedimiento administrativo previo salvo que se pretenda dar un significado muy amplio a la idea de «interés de la justicia». En términos similares se podrían comentar las previsiones de los arts. 17 y 21 LAJG.

Concluyendo, lo relevante no ha de ser la necesidad de «designar abogado», sino la conveniencia/necesidad de que el ciudadano cuente con un asesoramiento previo, que ya avanzamos no tiene que ser necesariamente prestado por un abogado. Aquí solo podemos limitarnos a apuntar determinado tipo de procedimientos administrativos, además de los netamente sancionadores, que pueden resultar más propensos a este tipo de necesidades y son aquellos en los puedan estar en juego solicitudes asistenciales de todo tipo, la privación de derechos del administrado, cuestiones relativas a menores, adopciones, enfermos mentales, etc.

Pueden ser orientativas a este respecto las diversas previsiones normativas que existen sobre la intervención de un asesor en vía administrativa y que pasamos a relacionar siguiendo a este respecto a Lorenzo Jiménez (2012):

- Legislación penitenciaria: para la presentación del pliego de descargos previsto en el art. 242.2.h) del RD 190/1996, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Artículos

- Régimen disciplinario militar: en el procedimiento por faltas graves, según el art. 53.1 LO 8/89, de régimen disciplinario de la Fuerzas Armadas y para cualquier procedimiento sancionador según el art. 42.2 LO 12/2007, del régimen especial de la guardia civil.
- Régimen disciplinario de la policía nacional: según el art. 19.4 LO 4/2010, extensible a la policía local según DF 6ª LOFCSE)
- Expedientes disciplinarios contra jueces y magistrados: el art. 425.1 LOPJ prevé que estos puedan «valerse de abogado desde el inicio del expediente».
- Responsabilidad disciplinaria de los letrados de la Administración de Justicia y demás personal a su servicio: los art. 468.4.f y 535.6 LOPJ establecen que en los expedientes sancionadores pueden actuar asistidos de letrado o de los representantes sindicales que determine.

6. El derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos de mediación: en especial, su desarrollo autonómico

Bajo la idea de favorecer el acceso a la ley, la asistencia jurídica gratuita en el contexto de los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) está implantada en países como Bulgaria, Francia, Holanda, Portugal y Eslovaquia¹⁸. Sin embargo, en España no ha sido hasta la reforma de la LAJG por la Ley 42/2015 que se ha introducido una referencia expresa en su art. 6.1 sobre la gratuidad del asesoramiento y orientación para acudir a la mediación como alternativa a los tribunales; por lo tanto, obsérvese que no se está reconociendo la gratuidad del propio procedimiento de mediación. En este sentido, téngase en cuenta que la Ley 42/2015 en su Preámbulo trata de advertir que «la obligación de facilitar esta información no supone que deban asumirse los gastos generados en la sesión informativa a que se refiere la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles».

Por lo tanto, la conclusión es evidente: del alcance del derecho a la asistencia jurídica gratuita previsto en el art. 6 de la LAJG no hay base suficiente para su reconocimiento íntegro en los procesos de mediación.

No obstante, dicha limitación ha venido siendo superada –incluso antes de la reforma de Ley 42/2015– por las previsiones de ciertas leyes autonómicas, que por lo tanto tienen un efecto territorial limitado. Como se ha avanzado, y sobre todo se expondrá más adelante, siempre y cuando las Comunidades Autónomas no incidan en el ámbito propio de la legislación procesal reservada al Estado, lo que en modo alguno debe ocurrir si se trata de establecer las bases para la potenciación de sistemas de ADR, no encontramos obstáculos competenciales para que las Administraciones Autonómicas puedan regular y desarrollar el derecho a la asistencia jurídica gratuita en procedimientos no jurisdiccionales.

Así ha venido ocurriendo en Cataluña con la previsión del art. 27 de su Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, que reconoce que «1. Las personas que se dirijan al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, en los supuestos establecidos por la presente Ley, pueden disfrutar del beneficio de gratuidad, siempre y

18 CEPEJ (2010, 2014).

Artículos

cuando se den las condiciones materiales establecidas por las normas reguladoras de la asistencia jurídica gratuita. El beneficio de gratuidad deben concederlo los órganos que se determinen reglamentariamente, por medio del procedimiento que se establezca también reglamentariamente.»

En términos parecidos, en la Comunidad Valenciana son diversas las previsiones de este tipo. Por una parte la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, en su art. 6.2 establece que «Tendrán derecho a la gratuidad en la mediación aquellas personas que sean beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita», previsión que ha sido desarrollada en el Decreto 41/2007, de 13 de abril, del Consell, que a su vez fija que «Para tener derecho a la mediación familiar gratuita, prevista en el artículo 6.2 de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de la Generalitat, Reguladora de la Mediación Familiar en el Ámbito de la Comunitat Valenciana, se estará a lo dispuesto en la normativa específica sobre reconocimiento de asistencia jurídica gratuita, siendo necesario cumplir los requisitos que dan derecho a esta última para poder optar a la mencionada gratuidad. El reconocimiento de que se cumplen estos requisitos para el supuesto de la mediación familiar gratuita se realizará por el Centro de Mediación Familiar de la Comunitat Valenciana.

No obstante, si el solicitante tiene ya reconocido el derecho a la justicia gratuita para un proceso judicial, el reconocimiento del derecho a la mediación familiar gratuita será automático para las actuaciones de esta índole que se realicen en el mismo proceso (...)».

En la actualidad, en la Comunidad Autónoma de Valencia se está tramitando un proyecto de ley sobre mediación privada en cuyo art. 39 se recoge la posibilidad de mediación gratuita en los términos que reglamentariamente se establezcan¹⁹.

Llama la atención que ni en el ámbito nacional ni en el autonómico se haya realizada la más mínima previsión para sostener económicamente la mediación en el ámbito del derecho penal.

7. La asistencia jurídica gratuita para el asesoramiento de las víctimas de los delitos: la cuarta ampliación

Al margen de la LAJG se ha producido un desarrollo del ámbito de aplicación del derecho en ella regulado a través de la legislación sobre víctimas de los delitos.

En concreto el art. 16 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito se recoge expresamente que «Las víctimas podrán presentar sus solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita ante el funcionario o autoridad que les facilite la información a la que se refiere la letra c) del artículo 5.1, que la trasladará, junto con la documentación aportada, al Colegio de Abogados correspondiente. La solicitud también podrá ser presentada ante las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de la Administración de Justicia, que la remitirán al Colegio de Abogados que corresponda».

19 Dice así el artículo en cuestión del referido proyecto: «Artículo 39. Supuestos de mediación gratuita. 1. Tendrán derecho a la gratuidad en la mediación aquellas personas que lo soliciten y cumplan con los criterios y requisitos para ser beneficiarias del derecho de mediación gratuita en los términos que se establezcan en el desarrollo reglamentario de esta ley, y que en todo caso comprenderán, como mínimo, los establecidos para ser persona beneficiaria del derecho de asistencia jurídica gratuita.

2. La gratuidad de la mediación será asignada de forma individual teniendo en cuenta la capacidad económica y las circunstancias de la unidad familiar de la persona solicitante. La persona o personas a las que no se les haya asignado el beneficio de la gratuidad abonarán la proporción correspondiente del coste de la mediación.

3. No podrá iniciarse una nueva mediación con reconocimiento del beneficio de gratuidad si anteriormente ha existido otra con el mismo objeto y el mismo beneficio, que no terminó en acuerdo».

Artículos

Por su parte el art. 21 RD 1109/2015, de 11 de diciembre, de desarrollo de la Ley 4/2015 se acuerda que «1. Las Oficinas prestarán la atención jurídica a las víctimas, y en concreto, facilitarán información sobre el tipo de asistencia que la víctima puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales, los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso, la forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico y el tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo (...) 4. Las Oficinas también informarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas que lo tuvieran, y les asistirán para poder solicitarlo».

Como se puede comprobar no se trata de reconocer directamente y por ley el derecho de asistencia jurídica gratuita para cualquier víctima de un delito. La LAJG en su art. 6.1-II sí lo hace respecto de ciertas víctimas - violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos, así como de menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental-, pero sí de establecer una serie de servicios auxiliares que faciliten el acceso a aquel derecho por las víctimas que reúnan las condiciones económicas generales previstas en la propia LAJG.

Este ámbito de aplicación del derecho a la asistencia jurídica gratuita también ha recibido una especial atención en la legislación autonómica. Así, una vez más en la Comunidad Valenciana, su Ley 7/2012, de 23 de noviembre, Integral contra la Violencia sobre la Mujer en el Ámbito de la Comunitat Valenciana, en su art. 63 L. 7/2012 GV ya apuntaba en esa idea: «1. Las oficinas de atención a las víctimas del delito constituyen un servicio público y gratuito cuyo principal objeto es ofrecer a los ciudadanos y ciudadanas información y asistencia jurídica en los supuestos en que hubieran sufrido directa o indirectamente las consecuencias de una infracción penal (...)».

8. Las potestades normativas de las Comunidades Autónomas para el desarrollo de la legislación sobre asistencia jurídica gratuita fuera del ámbito estrictamente procesal

Como se ha podido comprobar en los epígrafes anteriores, el desarrollo normativo del derecho recogido en el art. 119 CE se ha llevado a cabo por el legislador estatal; pero la asistencia jurídica gratuita excede del ámbito de dicho artículo constitucional.

Ambas circunstancias plantean interesantes cuestiones relativas al papel que las Comunidades Autónomas pueden realizar tanto en el ámbito estricto de la «justicia gratuita», como en el más amplio de la asistencia jurídica gratuita. Se trata por lo tanto de dos aspectos diferentes: el de analizar sus atribuciones respecto al derecho a litigar gratuitamente, como de sus atribuciones para ofrecer un servicio público e integral de asistencia jurídica gratuita. Tratémoslos por separado.

Respecto del primero, el hecho de que el derecho a la «justicia gratuita» del art. 119 CE incida en el desarrollo de los procedimientos judiciales —estamos ante la manifestación estrictamente procesal de la asistencia jurídica gratuita- pone sobre la mesa si el mismo solo puede ser desarrollo por el legislador estatal atendiendo a lo previsto en el art. 149.1.5ª CE, por el que se le atribuyen al mismo competencias exclusivas en materia procesal, «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónoma». Esta circunstancia obliga a hacer diversas distinciones.

Artículos

Primera, resultará extremadamente difícil justificar en las peculiaridades del derecho sustantivo autonómico una especialidad procesal en materia de justicia gratuita por parte de las Comunidades Autónomas (Juan-Sánchez, 2014).

Pero además, segunda distinción, la regulación de la «justicia gratuita» no es íntegramente procesal; dicho de otra manera, la LAJG no es una ley procesal, sino una ley que contiene algunas normas con efectos en el proceso y por lo tanto solo ellas pueden considerarse estrictamente procesales, entre otros, a los efectos competenciales que establece la Constitución.

Y, tercera distinción, el resto de normas sobre la justicia gratuita que no inciden en el desarrollo de un procedimiento judicial no son estrictamente procesales, y por lo tanto no debieran ser del exclusivo ámbito competencial del Estado. Por ejemplo, el procedimiento administrativo para el reconocimiento del derecho, las condiciones económicas para acceder al mismo o su reconocimiento ex lege al margen de ese tipo de consideraciones, etc. Cuestión distinta es que se quiera justificar un tratamiento estatal uniforme que garantice «la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1ª CE), pero hecha esta consideración, debiera ser posible que las Comunidades Autónomas, respetando los mínimos estatales, pudieran ofrecer al ciudadano un servicio de justicia gratuita más avanzado y ambicioso que el estatal, por ejemplo estableciendo umbrales más bajos para acceder al servicio.

Así pues, al hecho de que la regulación de la «justicia gratuita» no es íntegramente procesal, debemos añadir la circunstancia de que la asistencia jurídica gratuita excede del ámbito de los tribunales. Este es el segundo aspecto que se ha resaltado al principio de este epígrafe.

Si se trata de desarrollar normativamente el derecho a una asistencia jurídica gratuita fuera de los formatos procesales no existe ningún condicionante constitucional a modo del art. 119 y 149.1.5ª CE. Por lo tanto, es más evidente que las Comunidades Autónomas encuentran un mayor espacio para el desarrollo de sus políticas a favor del acceso a la ley y un reconocimiento autonómico integral del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Así puede ocurrir, como de hecho hemos visto que ha tenido lugar, con la posibilidad de establecer criterios de gratuidad para diversos mecanismos de ADR.

9. Conclusión: el compromiso pendiente de los poderes públicos en facilitar el acceso a la ley

Así pues, dicho lo que se ha expuesto en los anteriores epígrafes, es evidente que caben dos conclusiones iniciales: que el derecho a la asistencia jurídica gratuita fuera de los procesos jurisdiccionales cuenta con un insuficiente reconocimiento y desarrollo y que todavía se observa en los legisladores —estatal y autonómicos— un excesivo apego a una visión judicialista de un derecho a «litigar gratuitamente» que ha de ser sustancialmente distinto de un derecho a una asistencia jurídica gratuita integral.

Por lo tanto, más que una relectura de la LAJG, como proponíamos en el título de este artículo, cabría una proponer una «reescritura» de la misma.

Por otra parte, hemos tratado de fundamentar como las Comunidades Autónomas pueden ser las verdaderas protagonistas en el desarrollo del derecho a acceder a la ley para sus ciudadanos. Entre sus facultades está la posibilidad, utilizada por alguna de ellas, de reconocer y desarrollar normativamente ese derecho mediante la extensión de el asesoramiento y apo-

Artículos

yo legal, ante cualquier trámite e instancia jurídica, para el ciudadano con escasos recursos económicos.

Pero dicha potencialidad no debe limitarse a un sistema «formal» de asistencia jurídica gratuita, sino que puede desarrollarse en ciertos contextos, por ejemplo, para la asistencia jurídica a colectivos especialmente desfavorecidos o con riesgos de exclusión social, mediante la promoción y el apoyo de actuaciones que en el ámbito de la asistencia jurídica pueden prestar desinteresadamente tanto organizaciones no gubernamentales como asociaciones e instituciones privadas o incluso a través de la colaboración con las facultades de derecho de las universidades españolas o, por último, por lo propios bufetes de abogados

Existen ejemplos de todas y cada una de esas realidades. Desde iniciativas como que la desarrolla específicamente en este campo la fundación Hazlo posible (www.probonos.net), el proyecto de responsabilidad social promovido por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (<http://crsa.icam.es>) o el desarrollo de las clínicas jurídicas en las facultades de derecho (<http://clinicas-juridicas.blogspot.com.es>), o por último, iniciativas de ámbito internacional como la red PILnet.org. Todos esos ejemplos ponen de manifiesto que las Administraciones públicas, sin abandonar sus obligaciones formales y presupuestarias en este terreno, también han de favorecer e implicarse en el asesoramiento jurídico de amplios sectores sociales mediante el reconocimiento y apoyo de iniciativas como las apuntadas.

10. Bibliografía:

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) (2010), Evaluation report of European judicial systems - Edition 2010 (2008 data): Efficiency and quality of justice.

(http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/archives_en.asp).

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) (2014), Report on «European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice».

(http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/archives_en.asp).

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) (2016), European judicial systems. Efficiency and quality of justice, Edition 2016 (2014 data). (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/default_en.asp).

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) (2011), Access to justice in Europe: an overview of challenges and opportunities, Luxembourg. (<http://fra.europa.eu/en/publication/2011/access-justice-europe-overview-challenges-and-opportunities>).

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) (2015), Fundamental rights: challenges and achievements in 2014, Luxembourg (<http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-challenges-and-achievements-2014>).

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) (2016), Handbook on European Law relating to acces to justice, Luxembourg (http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_ENG.pdf).

Juan-Sánchez, R. (2013), Legislación procesal y Comunidades Autónomas: análisis del art. 149.1.6ª CE y las leyes autonómicas de casación civil, Thomson Reuters-Aranzadi.

Artículos

- Juan-Sánchez, R. (2016), «El derecho a la asistencia jurídica gratuita», en *Introducción al Derecho Procesal* (Ortells Ramos y otros), Thomson Reuters-Aranzadi (pp. 284-293).
- Lorenzo Jiménez, J.V. (2012), «La asistencia jurídica gratuita en el procedimiento administrativo», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 82, enero-abril, pp. 119-160.
- Llopis Nadal, P. (2016), La asistencia jurídica gratuita en el ordenamiento de la Unión Europea: un derecho fundamental reconocido por el artículo 47 de la carta», en *Los recursos en el proceso civil: continuidad y reforma/ coord. por Manuel Ortells Ramos, Rafael Bellido Penadés*, págs. 159-175.
- Rodríguez Lainz, J.L. (2014), «El nuevo régimen jurídico de la justicia gratuita de las víctimas de violencia de género», en *Diario La Ley*, núm. 8242.

LA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA EN EL DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNITAT VALENCIANA¹

Julia Carceller Stella²

RESUMEN: Este artículo pretende ser una exposición del tratamiento de la vía administrativa por el sistema de asistencia jurídica gratuita y una reflexión en torno a la posible inclusión de la misma dentro las prestaciones reconocidas y comprendidas en el derecho. Las actuaciones en vía administrativa, aun fuera del proceso judicial, podrían estar contenidas en el mismo por: estar conectadas o vinculadas al proceso, por tener especial incidencia en él o porque, por sí, permiten el comienzo y, en definitiva, el acceso e inicio al procedimiento posterior ante los tribunales. También por ser estas vías herramientas o instrumentos con valor para la defensa y garantía de los derechos y libertades, como modo alternativo, observado en términos más amplios al estricto proceso judicial institucionalizado, para la resolución de conflictos: contemplándolos como una forma más de acceso a la justicia.

PALABRAS CLAVE: justicia gratuita, vía administrativa, acceso a la justicia.

ABSTRACT: This article intends to show how previous judicial administrative review assistance is treated in free legal aid system. Also it intends to be a reflection about the possibility to include this instrument in free legal aid right, as a recognized, accepted and assumed service. Previous judicial administrative review assistance, although if it is not a court proceeding, it should be included in this free legal aid, so in fact, it is closely linked to legal process, it has special effects and impacts on him, and because it permits starting and begin proceedings and access to court. It is a tool and a real valuable instrument for safeguard and defense rights and freedom of citizens, an alternative dispute resolution system and a way to access to justice.

KEYWORDS: legal aid, previous judicial administrative review, access to justice.

SUMARIO: 1.Introducción.- 2.Razones para la inclusión de la vía administrativa en el alcance objetivo de la asistencia jurídica gratuita: una cuestión de justicia.- 3.La vía administrativa como contenido material del derecho de asistencia jurídica gratuita. Su tratamiento como prestación por la Ley de asistencia jurídica gratuita.- 4.Tratamiento por parte de la normativa autonómica y de desarrollo.- 5.Especial referencia al Decreto de asistencia jurídica gratuita de la Comunitat Valenciana.- 6.Conclusiones.- 7.Referencias bibliográficas

1 Original del artículo en castellano

2 Julia Carceller Stella es licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración Pública por la Universidad Cardenal Herrera CEU. Graduada en Derecho por la Universidad Jaume I de Castellón. Máster de abogacía por la Universidad Jaume I de Castellón. Título profesional de abogada del Ministerio de Justicia. Abogada en ejercicio. Prácticas profesionales en la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas. Proyecto de tesis doctoral inscrito en el programa de doctorado en derecho de la Universidad Jaume I de Castellón.

Artículos

1. Introducción

La justicia gratuita, prevista en nuestra Constitución en su artículo 119, constituye un derecho prestacional de configuración legal íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva contemplada en el artículo 24³.

La asistencia jurídica gratuita se presenta como un instrumento esencial para la garantía de los derechos de los ciudadanos, en especial sobre aquellos que, debido a la falta de recursos económicos o especiales circunstancias, pueden encontrar mayores dificultades para la defensa y reclamar su tutela. La asistencia jurídica gratuita se convierte, en muchas ocasiones, en el primer estadio para el reconocimiento y la garantía del resto de derechos, por lo que constituye una herramienta esencial, aunque no la única, para garantizar el acceso de los ciudadanos a la justicia⁴. Una justicia en la que se contempla el sistema judicial institucionalizado como principal medio para la garantía y reivindicación de los derechos, pero que no debemos identificar como el único.

A la asistencia jurídica gratuita, como derecho prestacional, el Estado le ha otorgado operatividad construyendo todo un sistema, en el que se han desarrollado procedimientos, estructuras administrativas y movilizado recursos, para dar cumplimiento al mandato constitucional y conferir efectividad al derecho. Pero no sólo el Estado, sino también sus Comunidades Autónomas, han asumido el ejercicio de competencias sobre la provisión de medios materiales y económicos de la Administración de Justicia, cuestión que contribuye a dar mayor complejidad y diversidad al sistema.

Como derecho de configuración legal, actualmente está regulado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante LAJG). Esta ley determina el contenido del derecho e identifica, tanto los requisitos que deben cumplir los beneficiarios, como las prestaciones que se comprenden en su reconocimiento.

Sin embargo, el contenido, tal y como veremos, no está tan definido como parece. Las previsiones legales plantean algunas dudas y las diferentes políticas de gasto de los entes públicos que gestionan sus recursos, han contribuido a dibujar de manera variada la realidad de la asistencia jurídica gratuita como derecho. Los servicios que pueden obtener y derivarse (entre los que se encuentra la vía administrativa previa), para los que han obtenido el reconocimiento de la justicia gratuita, pueden ser diversos dependiendo de la normativa de la comunidad autónoma donde se ejercite el derecho. Y así, veremos como su extensión puede variar según se garanticen, prevean y contemplen en los módulos y bases de compensación económica de la normativa unas u otras de las actuaciones que llevarán a cabo los profesionales para la defensa y tutela de los derechos de los beneficiarios.

Ante un panorama complejo, dónde no queda del todo clara la inclusión de la vía administrativa previa y en qué supuestos, este artículo reflexiona en torno a la propuesta de incluirla, sin matices, en la justicia gratuita. Justificando esta posición por la incidencia, conexión o

3 Sentencias Tribunal Constitucional 16/1994, de 20 de enero, FJ3; 97/2001, de 5 de abril, FJ5; 182/2002, de 14 de octubre, FJ3; 95/2003, de 22 de mayo, FJ4; 187/2004, de 2 de noviembre, FJ3; 217/2007, de 8 de octubre, FJ5.

4 «La perspectiva de acceso a la justicia es más amplia que el acceso a la defensa, bien sea ante los tribunales o fuera de ellos, y su enfoque se extiende a todas las instituciones y recursos, el personal, así como los procedimientos orientados a tratar o prevenir conflictos». AÑÓN, María José, «El acceso a la justicia de las personas inmigrantes: la asistencia jurídica gratuita» en Integración y derechos. A la búsqueda de indicadores, Icaria, Barcelona, 2013, p. 291.

Artículos

vínculo que la misma puede tener en un proceso judicial posterior, permitiendo en muchas ocasiones su inicio y, en definitiva, el acceso a los tribunales. Pero también por ser estas vías, en sí mismas, mecanismos para la defensa y garantía de los derechos y libertades⁵ y, en cierta medida, modo alternativo para la resolución de conflictos, observado en términos más amplios al estricto proceso judicial institucionalizado; contemplándolos como una forma más de acceso a la justicia y de control administrativo⁶. Favoreciendo la igualdad entre las partes en conflicto y pretendiendo limitar o paliar las consecuencias que la escasez de recursos implica en la reivindicación de los derechos. Y más, cuando una de las partes adquiere una posición tan dominante y con prerrogativas tan extraordinarias como para juzgar sus propios actos. Y pretendiendo garantizar la adopción de decisiones acordes con la legalidad y los derechos de los ciudadanos partiendo de que «es primordial tener en cuenta que el conflicto que suscita el particular actúa de palanca o instrumento para vehicular también la adecuación al derecho de la actividad de la administración»⁷.

En este artículo, en primer lugar, se plantean las razones para la inclusión de la vía administrativa en el derecho de asistencia jurídica gratuita.

En segundo lugar, se analiza del tratamiento que la ley de asistencia jurídica gratuita da a la vía administrativa. Se examina su inclusión en el contenido material del derecho y el asesoramiento letrado en esta vía como prestación comprendida por el mismo.

En tercer lugar, se expone su tratamiento por parte de la normativa autonómica y de desarrollo. En especial de los anexos, relativos a los módulos y baremos o bases de compensación económica sobre las actuaciones llevadas a cabo por los letrados para con los beneficiarios del derecho.

Por último, se presentan las conclusiones a la luz de lo expuesto en los apartados anteriores; de las previsiones normativas, la realidad, la tendencia de *lege ferenda* y los argumentos a favor del reconocimiento del asesoramiento letrado en la vía administrativa previa.

2. Razones para la inclusión de la vía administrativa en el alcance objetivo de la asistencia jurídica gratuita; una cuestión de justicia

Los tradicionales recursos en vía administrativa son y han sido una institución controvertida. En la actualidad éstos han perdido para muchos su razón de ser y se muestran inútiles e ineficaces⁸, habiendo dejado de ser un privilegio atractivo para las administraciones y diluyéndose

5 CIERO SEIRA, César, «El procedimiento de recurso administrativo: su virtualidad y la necesidad de reforma», en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2016, p. 678. «...no podemos ignorar que el recurso administrativo incorpora en su sustancia una garantía para el particular o, lo que es lo mismo, un contrapeso al poder de la Administración. Por pequeña que sea su incidencia, es llano que sirve a una causa: la batalla contra las inmunidades del poder, en la que hay que perseverar sin desmayo.»

6 Justicia y control administrativo en una conceptualización más amplia que el estricto control jurisdiccional. AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (dir.), *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, Innap Investiga, Madrid, 2016.

7 MALARET GARCÍA, Elisenda, «Hacia un modelo de justicia administrativa dual: tribunales administrativos y jurisdicción contencioso administrativa. Justicia administrativa: instituciones administrativas e instancias jurisdiccionales, una perspectiva necesariamente de conjunto del control de la actividad administrativa», en *Control administrativo y justicia administrativa*, Innap Investiga, Madrid, 2016, p. 52.

8 José María BAÑO LEÓN nos recuerda la unanimidad del rechazo a la figura del recurso administrativo en su concepción actual, manifestada por autores como Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Luciano PAREJO AL-

Artículos

como instrumento de garantías para los ciudadanos. Sin embargo son muchas las voces que buscan mecanismos para revitalizarlos⁹.

Suprimidas, como hemos visto, por la nueva ley de procedimiento administrativo¹⁰, las reclamaciones en vía administrativa previas¹¹ a la jurisdicción laboral y civil¹², los recursos administrativos previos a la jurisdicción contencioso-administrativa son a los que prestamos atención en el presente artículo¹³.

El carácter potestativo se manifiesta esencialmente a través del recurso de reposición. Sin embargo, otros como el de alzada o las reclamaciones económico-administrativas¹⁴ son obligatorios o más propiamente, suponen un cauce necesario para agotar la vía administrativa y abrir (ex novo) la vía del recurso contencioso-administrativo.

La no presentación de los mismos cierra la posibilidad de acudir a la jurisdicción pudiendo plantearse y suponer una restricción al derecho de tutela judicial efectiva contemplado por el artículo 24 de la CE como luego veremos. Éstos constituyen una vía de entrada a los tribunales para la defensa y protección de los derechos, garantías e intereses de la ciudadanía frente a la actuación de los poderes públicos. En consecuencia, se trata un cauce de acceso a la justicia en el sentido más institucionalizado del término.

Pero la importancia de los mismos no solo reside en la exigencia del recurso como trámite esencial para el acceso a la jurisdicción, sino que el propio recurso y su contenido condicionan en cierta medida también el éxito de las posteriores actuaciones procesales ante los tribunales de justicia. El recurso debe ser claro a la hora de determinar las pretensiones, pues recordemos en este sentido, que: «...una reiterada jurisprudencia de esta Sala, reflejada entre otras, en las Sentencias de 30 de abril de 1996 y 11 de julio, 3 de mayo, 28 de febrero de 1994, según la cual el carácter revisor de esta Jurisdicción impide que puedan plantearse ante ella cuestiones no suscitadas antes en vía administrativa, aunque sí puedan alegarse en favor de la misma pretensión ejercitada ante la Administración cuantos motivos procedan, se hubieran o no invocado antes, correspondiendo la distinción, no siempre fácil, entre cuestiones nuevas y nuevos motivos a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas

FONSO, Fernando GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, Sarmiento ACOSTA. Véase BAÑO LEÓN, José María, «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho público español» en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), Las vías administrativas de recurso a debate: actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 2016, p. 648.

9 LÓPEZ RAMÓN, Fernando, Presentación de Las vías administrativas de recurso a debate, LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 2016, p. 13.

10 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

11 Debemos tener en cuenta el mantenimiento de la obligatoriedad de otras reclamaciones previas en otras jurisdicciones como es el caso de las reclamaciones previas obligatorias a la presentación de la demanda en materia de prestaciones de la Seguridad Social previstas en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

12 Véanse notas al pie 74 y 75 de este artículo.

13 Debemos tener en cuenta, no obstante, las dificultades para delimitar conceptualmente en nuestro ordenamiento las vías administrativas. MOREU CARBONELL, Elisa, «Valoración del sistema español de recursos administrativos: Conclusiones» en López Ramón, Fernando (coord.), Las vías administrativas de recurso a debate: actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 2016, pp. 827 a 838.

14 Artículos 235 y siguientes de la Ley 58/2003, General Tributaria y en los artículos 48 y siguientes del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, en materia de revisión en vía administrativa.

Artículos

pretensiones y los fundamentos que las justifican, de tal modo que mientras aquéllos no pueden ser alterados en vía jurisdiccional, sí pueden adicionarse o cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la única pretensión ejercitada»¹⁵

Si tenemos presente además que, pese a la completa juridificación del control de la actuación administrativa, la autotutela se justifica hoy, fundamentalmente, por el principio de eficacia de la actuación administrativa. El mismo, se encuentra consagrado por el artículo 103, apartado primero, de la Constitución y así lo mantiene el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia¹⁶. El recurso en vía administrativa, desenvuelto con rigor, podría permitir, con gran sencillez de procedimiento y con bajo coste económico, solucionar muchas controversias, con la finalidad de dar una pronta, barata y fiable solución, evitando embarcarse en un costoso procedimiento judicial¹⁷.

Pero la eficacia administrativa no responde solo a los costes del procedimiento contencioso y la posible condena en costas, sino las consecuencias de responsabilidad patrimonial que la ejecutividad directa de los actos puede plantear, en especial cuando las medidas cautelares en este orden puede presentar deficiencias y que la tutela judicial efectiva llegue a posteriori puede tener consecuencias irreversibles y negativas para los administrados y para la propia Administración. El fortalecimiento de esta revisión previa de la legalidad de la actuación administrativa para la defensa de los derechos de los administrados podría aportar grandes beneficios y constituir un gran refuerzo en el ahorro de costes para ambos¹⁸.

15 Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª, 1 de julio de 1997, n.º recurso 13226/1991, FJ 3, ponente Ricardo Enríquez Sancho.

16 MÍGUEZ MACHO, Luís, «Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo», Revista General de derecho administrativo, Iustel, número 38, 2015, p.5 y ss.

17 Y es que, además, los recursos administrativos pueden considerarse, en cierto modo, como medio alternativo de resolución de conflictos. MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier y JUAN LOZANO, Ana María, «Los conflictos tributarios en España: propuestas para la conciliación en vía económico-administrativa y jurisdiccional», 2017. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/fiscal/Conflictos-tributarios-conciliacion-economico-administrativa-desembolsamiento-deudas_11_1084930001.html «...se termina por reconocer, al realizar un análisis de los acuerdos de resolución de conflictos (en adelante, ADR) en un entorno comparado, que la esencia de los métodos alternativos para la resolución del conflicto en realidad es bastante coincidente con la esencia de los recursos administrativos (...) en sí, la existencia, en nuestro sistema, de las instituciones del recurso de reposición y las reclamaciones económico-administrativas, responde a una respuesta del Derecho interno, cronológicamente ya lejana, pero que, en lo sustantivo, ofrece elementos clave no tan alejados de los que informan las tendencias actuales en determinados ADR» Obviar la actual tendencia a su desarrollo y el impulso por la normativa nacional e internacional, supone despreciar en bloque el conjunto de beneficios que estos métodos reportan.

Lo que se pretende con estas vías es que el legislador prevea procedimientos eficaces para la tutela de los intereses legítimos evitando que los mismos impliquen un obstáculo de acceso a la justicia ante los órganos jurisdiccionales pero a su vez constituirse como alternativas que eviten como única solución posible la Jurisdicción. Véase BARONA VILAR, Silvia, Solución Extrajudicial de conflicto «Alternative dispute resolution» ADR) y Derecho Procesal, Tirant lo Blach, València, 1999.

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: «... El principio de acceso a la justicia es fundamental y, con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial...»; Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Disposición adicional segunda. Impulso a la mediación.

18 «Los datos que permiten sostener la ineficacia del modelo actual son bien conocidos, pero hasta la fecha el foco se ha situado únicamente en la jurisdicción, (...); a esta problemática habría que añadir los problemas derivados de un acceso que no es igual para todos, pues las exigencias de representación y defensa, así como las actuales tasas judiciales, operan como barreras disuasorias en todos aquellos supuestos en los que no se produce una lesión de un derecho que tenga una relevancia significativa. Sin que el suministro de la prestación de asistencia jurídica gratuita prevista en la Ley1/1996 permita resolver esta carencia...». MALARET GARCÍA, Elisenda, «Hacia un modelo de justicia administrativa dual: tribunales administrativos y jurisdicción contencioso administrativa. Justicia administrativa: instituciones administrativas e instancias jurisdiccionales, una perspectiva necesariamente de conjunto del control de la actividad administrativa», en Control administrativo y justicia administrativa, Innap Investiga, Madrid, 2016, p. 44 a 45.

Artículos

Y es que «El término «gratuita», como siempre en la provisión de determinados bienes por parte del sector público, es engañoso. El que la justicia sea gratuita no supone que no tenga costes, sino que éstos deben ser sufragados por otro agente diferente al que recibe los servicios, en este caso la Administración Pública, que financia sus recursos a través, principalmente, de los impuestos¹⁹.»

La interpretación restrictiva del contenido del derecho surge rechazando la previsión del artículo 1 de la LAJG, argumentando su inaplicabilidad hasta que no se promulgue y entre en vigor normativa que desarrolle la previsión legal. Es decir, normativa que determine y regule específicamente la gratuidad para determinados procedimientos administrativos, tal y como se hizo para los supuestos de extranjería.

Sin embargo, no debemos olvidar, que esta actuación en vía administrativa, ha quedado ya también contemplada expresamente por algunos módulos y bases de compensación de la normativa de desarrollo como veremos. Bien como tal, bien pudiendo englobarse dentro de otras formas como vías previas en las que se estime la pretensión y se ponga fin al procedimiento.

Pero la interpretación restrictiva, a la hora de poder incluir otros procedimientos y actuaciones de los letrados a las prestaciones del derecho, pasa por descartar también las previsiones del artículo 6.1 de la LAJG relativas al asesoramiento y las orientaciones previas al proceso. Parece dejarse al margen, al no especificar la norma, los procedimientos concretos a los que se refiere pero se obviaría, en ese caso, la literalidad de la primera de las prestaciones reconocidas. El asesoramiento letrado, para la vía administrativa, tendría plena cabida en este asesoramiento y orientación previos al proceso cuyo fin es, según señala expresamente el artículo 22 de la LAJG, el de encauzar las pretensiones a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses²⁰.

Limitar además la asistencia jurídica gratuita a los supuestos de preceptividad de defensa letrada, tal y como a simple vista pudiera desprenderse del 6.3 de la LAJG, no solo creemos que se suple con las previsiones del apartado primero del mismo artículo, sino que dicha limitación puede afectar de forma directa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, tan íntimamente ligado al derecho a la justicia gratuita, y al derecho de acceso a la justicia.

La preceptividad, en todo caso, debe entenderse únicamente con respecto al procedimiento judicial, pero no fuera de él porque, obviamente, fuera, tanto la defensa letrada como el asesoramiento no son obligatorios y cada uno puede actuar por sí mismo. Pero incluso dentro del mismo proceso judicial, la asistencia por abogados puede no ser preceptiva y sin embargo tener lugar en la práctica. Esto ocurre si no se lleva a cabo la concreta comprobación de la preceptividad para cada procedimiento a la hora de realizar las designaciones, o simplemente si se obvia tal preceptividad y se presta defensa por parte de los profesionales amparando su actuación por verse el procedimiento contemplado directamente en las actuaciones previstas en los anexos. En su mayoría²¹, no se prevé explícitamente tal preceptividad, tal y como ocurre

19 AGUILAR GONZÁLEZ, José María, «La justicia gratuita en España: aproximación a un análisis cuantitativo», Foro, Nueva Época, Vol. 16, Número 1, 2013, pp. 25 a 48.

20 Las actuaciones de los letrados en este servicio no se hallan especificadas por los baremos puesto que su financiación corre a cargo de las subvenciones para el funcionamiento de los servicios en general; véase el artículo 38 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

21 La previsión expresa la encontramos, sin embargo, un algún caso. Por ejemplo, en los módulos y bases de compensación de

Artículos

para el caso del procedimiento monitorio²² o la primera instancia de la jurisdicción social.

La obligatoriedad de la defensa y representación de las partes descansa, en gran medida, en la voluntad de garantizar la igualdad de las mismas en el proceso²³. Precisamente en ello parece fundarse la previsión en este mismo artículo 6.3 de la LAJG: «... o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso».

Y aún así, «...la solución que ofrece la ley para garantizar la igualdad de las partes en el proceso cuando la intervención de letrado no es preceptiva es inadecuada. El Juzgado o Tribunal que ha de requerir la designación de letrado es aquel que conoce o va a conocer de la cuestión a debatir, lo cual, como ya se ha explicado, puede funcionar cuando se trata de designaciones para contestar, pero no para el caso de demandar, pues aquí el juez o tribunal estaría obligado a tener un conocimiento previo del contenido de la demandada y en definitiva a prejuzgar la cuestión. La solución pasa por establecer una diligencia preliminar o vista ante órgano jurisdiccional distinto del que ha de resolver la cuestión y, en cualquier caso, otorgar a los Servicios de Orientación un mayor protagonismo en esta cuestión²⁴».

El derecho a la tutela judicial efectiva recoge una serie de garantías en el procedimiento judicial, entre las que se encuentra la asistencia y defensa letrada. Pese a que éstas están pensadas esencialmente para el proceso judicial y fundamentalmente al proceso penal, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido que son aplicables estos principios al resto de órdenes jurisdiccionales. E incluso lo ha extendido directamente, aunque de manera restrictiva, a determinados procedimientos administrativos sancionadores, en consideración

abogados de Andalucía. « Delitos leves cuando su intervención sea preceptiva o se requiera expresamente por la autoridad judicial, de conformidad con el artículo 6.3 de la LAJG». Lo mismo se prevé para delitos leves de violencia de género (aunque con el inciso de que se le prestará en asesoramiento previo necesario en los procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida), para los juicios verbales, monitorios o expedientes de jurisdicción voluntaria. Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Encontramos también previsión sobre la preceptividad, en el Anexo III sobre módulos y bases de compensación para procuradores de Navarra del Decreto foral 17/2012, de 21 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita Aplicable en la Comunidad Foral de Navarra, distinguiendo entre: juicio verbal (cuando sea preceptiva la intervención del procurador) y Juicio verbal cuando la demanda no exceda 901,52€ y no se refiera a materia del apartado 1 del artículo 250 LEC (siendo preciso en este caso, resolución judicial sobre la necesidad de ser asistido por abogado).

22 Si que hay previsión de preceptividad para el proceso monitorio, por ejemplo, en el sistema de módulos de Cataluña, Anexo II criterios interpretativos de los módulos de compensación del Acuerdo de colaboración entre el Departamento de Justicia y el Consell de l'Advocacia Catalana para el establecimiento del marco de actuación en materia de prestación de asistencia jurídica gratuita durante el año 2017.

23 STC 47/1987, de 22 de abril, FJ 2: Entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el art. 24.2 de la Constitución consagra de manera singularizada, con proyección especial hacia el proceso penal, pero también de aplicación a los demás procesos, este derecho tiene por finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión, prohibido en el número 1 del mismo precepto constitucional.

24 SOLER CAMPOS, Salvador, «El derecho a la defensa técnica en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita: una interpretación maliciosa y un desequilibrio en pro del principio de igualdad», Diario La Ley, Sección Doctrina, Ref. D-259, tomo 7, 2000. «Esta salvedad al principio general de la preceptividad responde al planteamiento del Tribunal Constitucional en el sentido de que no es aceptable denegar el nombramiento de Abogado de oficio por el solo hecho de que su intervención no sea preceptiva, añadiendo que es preciso examinar esta cuestión y su posible incidencia sobre el principio de igualdad. La sentencia del Tribunal Constitucional, inspirada en precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Casos Pakelli, Airey) alude a tres criterios que permiten calibrar la desigualdad entre las partes en el proceso: el tipo de postulación que las partes utilicen (autodefensa o defensa técnica), la complejidad de las cuestiones a debatir y la propia capacidad del interesado».

Artículos

a la analogía con el procedimiento penal como manifestación del poder punitivo del Estado, «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto (artículo 24 CE), y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 CE²⁵».

La «no preceptividad» de la defensa y representación letrada, no significa que no sea necesaria, y que no se proceda a la designación de abogado. Su ausencia puede implicar vulneración de otros derechos al ver coartadas las posibilidades de su defensa y reivindicación. Esta perspectiva exige contemplar la defensa en términos más amplios que la estricta intervención del letrado en instancias judiciales para la resolución del litigio. La asistencia no es, en muchas ocasiones, una cuestión de preferencias, de voluntad o de responder al cumplimiento de una obligación: aquellos que disponen de recursos suficientes acudirían sin duda a un profesional, ante la complejidad del asunto y por la magnitud de los intereses en juego, para un asesoramiento previo así como para cualquier actuación que pudiera resolver el litigio de la mejor manera posible, y también, para la formulación del recurso en vía administrativa.

Ante la posibilidad de defender uno mismo sus derechos y de renunciar a la ayuda de profesionales, debemos plantearnos siempre los motivos de la decisión, e interpretarlo de manera garantista, pues es probable que el que renuncie no se percate de las consecuencias que la decisión entraña. Y puede no ser extraño que de tal decisión se cree indefensión o desigualdad entre las partes. Pero si podemos observar que en el proceso judicial hay previstas garantías para prevenirlo, como hemos visto, mayores son los riesgos fuera de él.

Especialmente relevante es, precisamente, esta supuesta desigualdad de partes, en los recursos en vía administrativa pues la Administración goza siempre, en este sistema de autotutela, de una posición muy superior a la del administrado que a ella se enfrenta.

Y es precisamente por ello, que mayor es la necesidad y justificación de prestar asistencia letrada en la vía administrativa previa²⁶. En este sentido, parece interesante recordar que «Existen una serie de normas específicas que contemplan expresamente la intervención de abogado o de otro asesor en el procedimiento administrativo²⁷».

La exclusión de la vía administrativa de las prestaciones de justicia gratuita afectaría, sin duda, al derecho contemplado por el 119 de nuestra Constitución, ya que pese a la configuración legal y la determinación del contenido prestacional por parte del legislador, el derecho de asistencia jurídica gratuita debe ser garantizado sobre todo en su contenido esencial²⁸ o parte

25 LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente, «La asistencia jurídica gratuita en el procedimiento administrativo», Revista Andaluza de administración pública, núm. 82, enero-abril, 2012, p.122.

26 Se plantea, en este sentido, aunque de manera un tanto ilusa, la posibilidad de que pueda realizarse el requerimiento, de forma análoga al judicial previsto en el 6.3, por el órgano administrativo, en los recursos previos aquí tratados, cuando pueda apreciar indefensión del sujeto.

27 «En general se refieren a procedimientos administrativos sancionadores» LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente, «La asistencia jurídica gratuita en el procedimiento administrativo», op. cit. p. 135. Véanse: Art. 242.2.i) del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Art 50.2 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Art. 42.2) de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil. Art.19 de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía. Art. 425.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Art. 468.4.f y 535.6 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

28 Sobre el contenido esencial indisponible de los derechos, importado de la ley fundamental de Bonn, y con influencia directa en el artículo 53 de nuestra Constitución, se ha desarrollado toda una doctrina y también se ha pronunciado nuestro tribunal constitucional; STC 11/1981, de 8 de abril, FJ8, lo definió como «aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también

Artículos

constitucional indisponible²⁹ a raíz de su literalidad: «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar»³⁰.

Esta visión se manifiesta como fruto de una preocupación y voluntad de que nuestros sistemas jurídicos sean capaces de solucionar los problemas de aquellos que durante un largo tiempo han tenido mayores dificultades para reivindicar sus derechos³¹ y, en esencia, pretende favorecer la igualdad de medios entre las partes.

3. La vía administrativa como contenido material del derecho de asistencia jurídica gratuita; su tratamiento como prestación por la Ley de asistencia jurídica gratuita

El contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita contemplado en la ley se encuentra fundamentalmente recogido por el artículo 6 y por el artículo 1, pero también en el artículo 2, donde se mezclan contenidos y prestaciones en atención a específicos beneficiarios del derecho.

El artículo 1 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, relativo al objeto, señala expresamente: «La presente Ley tiene por objeto determinar el contenido y alcance del derecho a la asistencia jurídica gratuita al que se refiere el artículo 119 de la Constitución (...) Las disposiciones de esta ley serán de aplicación general a todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo constitucional, la vía administrativa previa cuando así se establezca en la legislación específica, así como el asesoramiento previo al proceso contemplado en el apartado 1 del artículo 6».

Concretamente, la frase «la vía administrativa previa cuando así se establezca en la legislación específica», fue introducida por la disposición final 3.1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

No se encuentra en la exposición de motivos de la misma, referencia alguna o justificación de esta modificación concreta. Únicamente una genérica referencia de la modificación en bloque de la LAJG sobre la «necesidad de resolver las diversas dudas interpretativas que se han venido planteando y que han terminado por poner en peligro la uniformidad en la aplicación del modelo y, por consiguiente, la igualdad en el acceso al derecho a la asistencia jurídica gratuita». Pero, precisamente aquel añadido, no parece sino perjudicar o agravar la cuestión.

aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga». De ahí que el contenido esencial de un derecho se viole «cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección». Véanse también: Sentencias Tribunal Constitucional 16/1994, de 20 enero, FJ 3; 117/1998, de 2 de junio, FJ3; 144/2001, de 18 de julio, FJ 2; 183/2001, de 17 de septiembre, FJ2; 95/2003, de 22 de mayo, FJ 3; 180/2003, de 13 de octubre, FJ 2; 127/2005, de 23 de mayo, FJ 3; 217/2007, de 8 de octubre, FJ 2.

29 MAQUEO RAMÍREZ, M. Solange, «¿Profundización o retroceso de la asistencia jurídica gratuita?», Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 133, enero-abril 2012, p. 158.

30 «...la garantía de un contenido esencial en determinados derechos constitucionales ofrece, como es claro, tanto un aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario cuanto positivo de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos...» PAREJO ALONSO, Luciano, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», Revista española de derecho constitucional, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Vol 1, núm. 3, septiembre-diciembre, Madrid, 1981.

31 CAPPELLETI, M. y GARTH, B.G., El acceso a la Justicia, Movimiento mundial para la efectividad de los derechos, Informe General, Colegio de abogados departamento judicial de la Plata, Buenos Aires, 1983, p 179.

Artículos

Tampoco el precepto parece tener interpretación por parte de la jurisprudencia hasta la fecha. Y tampoco se ha podido encontrar en los diarios de sesiones del Congreso referencia alguna de su debate. Los argumentos para su introducción han quedado pues en la oscuridad, in pectore de los redactores de la enmienda 226 de adición de disposición final (nueva), como así se introdujo en el trámite parlamentario.

Sin embargo, es llamativo, y a la vista de todos, que la modificación haya sido introducida por una disposición final de la ley que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, y más, cuando en 2014 ya fue presentado el Proyecto de Ley de asistencia jurídica gratuita que contemplaba ya este añadido del artículo primero. La crítica y oposición al proyecto lo dejaron apartado y paralizado en la agenda parlamentaria, pero parte de su contenido ha visto la luz a través de esta disposición adicional.

Y tampoco se encuentra una justificación³² referida expresamente a este complemento en la exposición de motivos del proyecto, ni en las dos memorias de análisis de impacto normativo que lo acompañan, ni en los informes del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado. En éste último, sin embargo, si se recoge que el Consejo General de la Abogacía propuso la inclusión de determinados apartados en el proyectado artículo 6, relativo al contenido del derecho, con la intención de ampliarlo especialmente a la conciliación y en la vía administrativa previa por la influencia que éstas tienen o deberían tener en el resultado del ulterior proceso³³ y en el proceso mismo.

La interpretación literal del artículo 1 hace pensar que la vía administrativa previa está incluida en el contenido de la asistencia jurídica gratuita. La ley señala que «sus disposiciones serán de aplicación general en todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo constitucional, la vía administrativa..., así como el asesoramiento previo al proceso...». Sin embargo, y de manera más restrictiva, podríamos pensar que se requiere de previsión legal expresa para incluir determinados supuestos, al señalarse: «cuando así se establezca en la legislación específica».

Entendemos por legislación específica leyes reguladoras de otras materias, sin embargo, al plantearnos cuales son estos supuestos son difíciles de localizar, hallándose expresamente recogido por la propia ley 1/1996, el de la vía administrativa en materia de extranjería, contemplado en su artículo 2 apartado e)³⁴. Éste hace referencia a dos supuestos determinados por previsión legal específica: una por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España³⁵ y su integración social y otra por la Ley 12/2009, de

32 Documentos asociados a la elaboración del Proyecto de ley de asistencia jurídica gratuita en el portal de Transparencia del Gobierno de España. Disponibles en: <http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV08L0-20125101&fcAct=2016-1026T17:17:45.107Z&lang=es>

33 Consejo de Estado, Dictamen n.º 1.059/2013, del 19 de diciembre de 2013, al anteproyecto de ley de asistencia jurídica gratuita, p. 15.

34 Artículo 2 e) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita: En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo.

35 Artículo 22.2. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

Artículos

30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria³⁶. Su extensión en un futuro por esta vía, supondría incurrir en una dispersión o deslocalización normativa contraria al principio de seguridad jurídica y los principios de buena regulación, implicando dificultades de aplicación para los operadores jurídicos, o también vulnerar el principio de igualdad si su ampliación se realiza por parte de la normativa autonómica.

La inclusión de la vía administrativa en la justicia gratuita para los supuestos de extranjería no presenta pues dificultades o controversias por su previsión expresa tal y como hemos visto, pero sigue viva la duda sobre su inclusión general.

El artículo 6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita es el que contempla expresamente el contenido del derecho. Se indican en él una serie de prestaciones, entre las que se incluyen los servicios profesionales de los abogados, concretamente en los tres primeros apartados. Si dejamos de lado la asistencia de abogado al detenido preso o imputado contemplada en el 6.2, nos quedarían el 6.1 y el 6.3 para clarificar la inclusión de la vía administrativa como parte de las prestaciones comprendidas en la asistencia jurídica gratuita.

Uno de los argumentos utilizados para rechazar la inclusión de la vía administrativa en la justicia gratuita lo encontramos en el apartado tercero del artículo 6: Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

De su redacción podría desprenderse que la defensa y representación por abogado se entienden exclusivamente para el proceso judicial. Y es más, sólo «cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso».

Cabe sin embargo, una interpretación alternativa o distinta del artículo 6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita en relación al contenido o prestaciones comprendidas.

Esta interpretación descansaría justamente en apartado primero de este artículo 6 donde sí se contempla el asesoramiento y orientación gratuita previa.

La defensa y representación gratuita por abogados y procurador estarían pensadas para el procedimiento judicial, y también para éste procedimiento, la preceptividad. Pero nada obsta para que fuera del procedimiento judicial, se realice un asesoramiento previo por parte de los letrados, tal y como se prevé en el apartado primero del artículo 6 de la LAJG.

Este artículo 6.1 contempla, dentro de las prestaciones comprendidas por el derecho de asistencia jurídica gratuita, el «Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses...», y es precisamente aquí donde podría incardinarse la asistencia del letrado en vía administrativa.

Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.

36 Artículo 18. Derechos y obligaciones de los solicitantes. 1. El solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene en los términos recogidos en la presente Ley, en los artículos 16, 17, 19, 33 y 34, los siguientes derechos: (...) b) a asistencia jurídica gratuita e intérprete...

Artículos

Por último, también del apartado g) del artículo 2 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, podrían derivarse y comprenderse actuaciones profesionales en vía administrativa y fuera del procedimiento judicial. El legislador ha querido destacar y ampliar las prestaciones para determinados sujetos, reforzando las garantías y capacidades de defensa de los derechos de determinados colectivos especialmente vulnerables. Junto al caso previsto para extranjería, ya comentado, se determina en artículo 2 g)³⁷ de la ley de asistencia jurídica gratuita: «Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato. (...)»

Esta «prestación inmediata de asistencia» debe relacionarse necesariamente con la previsión del segundo párrafo del artículo 6.1 de la Ley: «Cuando se trate de víctimas (...) en los términos establecidos en la letra g) del artículo 2, la asistencia jurídica gratuita comprenderá asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querrela». Nos encontramos, una vez más aquí, con un supuesto de actuación de los letrados, previa al propio procedimiento judicial³⁸, donde por tanto sería posible la comprensión de la vía administrativa como parte de las actuaciones de asistencia jurídica gratuita y dimanantes del contenido del derecho.

La Ley reguladora del derecho a la justicia gratuita, opta por la denominación de asistencia jurídica gratuita, sin embargo en ella, su artículo 6, se distingue: el asesoramiento y orientación previa (del apartado primero), la asistencia letrada (del apartado segundo) y la defensa y representación en el procedimiento judicial (del apartado tercero). Parece interesante añadir sobre estos términos una breve reflexión.

Nuestro ordenamiento se refiere generalmente por asistencia letrada, a la prestada al detenido o preso³⁹ y, la defensa letrada sería aquella parte de la postulación procesal que se encomienda específicamente al abogado frente a la representación que puede ser llevada a cabo también por los procuradores. E incluyendo en esta defensa y para su dirección profesional, el asesoramiento o consejo jurídico. Textos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas

37 Se introduce por Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta Ley orgánica motivó también la aprobación del Real Decreto 1455/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio donde se incluyó en los módulos y bases de compensación económica «vía previa administrativa o conciliación previa en materia laboral» dentro del asesoramiento y asistencia inmediata a la mujer víctima de violencia de género.

38 Véase artículo 27.3 del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita: En el supuesto de asistencia a las mujeres víctimas de violencia de género, la orientación jurídica, defensa y asistencia se asumirán por una misma dirección letrada desde el momento en que se requiera, y abarcará todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida hasta su finalización, incluida la ejecución de sentencia. Este mismo derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima.

39 Artículo 6.2 e la Ley de asistencia jurídica gratuita o artículo 520.2 c del Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículos

das a cualquier forma de detención o prisión⁴⁰ parecen decantarse por el término asistencia⁴¹. Éste parece tener un contenido más amplio, consistente en la ayuda técnica para mejorar la capacidad y el funcionamiento de la defensa, pudiendo incluso prestarse por personas sin el título de abogado pero con conocimientos jurídicos⁴². La defensa, desde una perspectiva más estricta, supondría la actuación propiamente procesal encaminada a desarrollarla.

Entendemos que para garantizar la eficacia de la intervención de los letrados en el ejercicio de sus funciones, éstos realizan un conjunto de actuaciones tanto fuera como dentro de los cauces del procedimiento judicial.

En este sentido, es la Ley de Enjuiciamiento Civil la que encomienda al abogado el ejercicio de la defensa técnica⁴³ y sus funciones las encontramos en el artículo 6 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001 de 22 de junio, y viene a coincidir con la definición que de Abogado contempla la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 542, apartado número 1.

Según estas normas, podemos definir al Abogado como aquella persona licenciada en derecho, que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico⁴⁴. La actuación de estos profesionales en el ámbito de recurso administrativo previo a la vía contencioso-administrativa, se inserta plenamente en el contenido esencial de sus funciones.

El artículo 31 de la LAJG respecto a las obligaciones de estos profesionales señala que «Los abogados y procuradores designados desempeñaran sus funciones de asistencia y representación de forma real y efectiva hasta la terminación del proceso en la instancia judicial de que se trate...» Pese a que habla de proceso en la instancia judicial, se refiere a la terminación del mismo, no negando ni especificando que la asistencia pueda tener comienzo fuera o antes del procedimiento. El desempeño y asistencia real y efectiva puede suponer el asesoramiento previo, incluyendo las acciones tendentes a solucionar el litigio por cualquier instancia, entre las que cabría la vía administrativa previa.

Se sostendrá de este modo, en las conclusiones finales, que la escasez de medios de una de las partes, no puede ser un motivo para que la actuación letrada no comporte toda acción necesaria para la correcta defensa de la parte y resolución de la controversia planteada.

40 NU, Naciones Unidas, Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, «Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión», Principio 17.1: Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado (...)

41 NU, Naciones Unidas, Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos, artículo 14.3: Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo (...)/«To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it» ; disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

42 UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y contra el delito, Acceso a la Justicia. Asistencia y defensa letrada, Manual de instrucciones para evaluación de la justicia penal, Nueva York, 2010, p. 15.

43 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Libro I De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles, Título I De la comparecencia y actuación en juicio, Capítulo V De la representación procesal y la defensa técnica.

44 Además, el Abogado, por imperativo legal, tiene la exclusividad de la defensa y asesoramiento de las partes en toda clase de procedimientos.

Artículos

4. Tratamiento por parte de la normativa autonómica y de desarrollo

El contenido del derecho de asistencia jurídica gratuita está recogido en lo esencial en el Capítulo I de la Ley 1/1996, que comprende los artículos 1 a 8. Se determina en estos artículos las prestaciones concretas que pueden ser reconocidas a los beneficiarios y sus condiciones para serlo. Esta regulación estatal, responde a la competencia exclusiva del Estado relativa a relaciones internacionales, Administración de Justicia y legislación procesal, atribuida en el artículo 149.1 (3ª, 5ª y 6ª) de la Constitución Española, respectivamente tal y como se señala en la Disposición adicional primera de la Ley.

Sin embargo, son muchas la Comunidades autónomas que han desarrollado normativa específica tras asumir el ejercicio efectivo de las competencias en materia de provisión de medios para la Administración de Justicia.

Las Comunidades Autónomas con competencias transferidas, a día de hoy son: Galicia, Madrid, Asturias, Navarra, Andalucía, Cantabria, Aragón, Cataluña, País Vasco, Canarias, La Rioja⁴⁵ y la Comunitat Valenciana.

Por su parte, Castilla León, Castilla-la Mancha, Murcia, Baleares, Extremadura y Ceuta y Melilla se rigen por la normativa común desarrollada por el Estado⁴⁶.

La mayoría de los textos autonómicos remiten al contenido de las prestaciones que se contemplan en la ley estatal⁴⁷. Respecto a la vía administrativa es especialmente relevante la previsión del RD 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, para las autonomías que se rigen por el sistema común, en su artículo 1.2 apartado b relativo al objeto y ámbito de provisión: Este reglamento será de aplicación...en relación con (...) Los procedimientos administrativos cuya tramitación y resolución corresponda a órganos de la Administración General del Estado, siempre que se encuentren legalmente comprendidos en el derecho de asistencia jurídica gratuita.

Además, el contenido concreto del derecho, en lo que a la actuación de los abogados se refiere y los servicios que se prestan al beneficiario de la justicia gratuita, podríamos decir que responde en rigor, y más detalladamente, no solo a los contemplados como tales por el artículo 6, el artículo 1 o el artículo 2 de la ley, sino a todas las concretas actuaciones realizadas por parte de los profesionales.

Es, fundamentalmente, a través de los módulos y bases de compensación económica (que desglosan las concretas intervenciones y las remuneraciones que por las mismas reciben abogados y procuradores por las realizadas para la defensa de los beneficiarios de asistencia jurídica gratuita) dónde se acaba por dar materialidad al derecho.

Entrando en el contenido de estos baremos, nos encontramos detalladas no sólo las actuaciones de los abogados, sino incluso elementos conexos a la propia actuación que no pertenecen

45 El traspaso de competencia se hizo efectivo en esta comunidad autónoma a través del Real Decreto 1800/2010, de 30 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Sin embargo a día de hoy todavía esta Comunidad Autónoma sigue rigiéndose por la normativa común. En diciembre de 2016 el *Boletín Oficial de la Rioja* publicó la Resolución por la que se sometía a información pública el anteproyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

46 Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

47 En algún caso, incluso podríamos decir, que el contenido se ve también ampliado por el reglamento autonómico, como en el caso de Andalucía, donde su reglamento prevé por ejemplo la solicitud para una segunda opinión para las víctimas de violencia de género.

Artículos

estrictamente en el contenido del derecho desarrollado por la ley.

Todo ello, pese a la previsión del artículo 30 de la LAJG, relativo a la indemnización por servicio, que señala: «...El importe de la indemnización se aplicará fundamentalmente a compensar las actuaciones profesionales previstas en los apartados 1 a 3 del artículo 6 de esta ley, ...».

Así, por ejemplo, salidas o desplazamientos, retribuciones que atienden a la magnitud o complejidad de las actuaciones o «plus por macrocausas», plus según número de folios, la disponibilidad para los servicios de guardias y asistencias, traslado a islas menores⁴⁸... Incluso alguno como el de Asturias, contempla «otros procedimientos» sin especificar cuales o el de Cataluña⁴⁹ en el módulo 24 relativo a «Gestions prèvies».

En este sentido, se prevén en los módulos o bases de compensación actuaciones de asistencia letrada más allá de las realizadas en el seno del proceso judicial, y otras formas de resolución o acuerdo extraprocésal o extrajudicial de conflictos, donde la intervención de los abogados queda fuera del estricto proceso judicial.

Como ejemplos podemos citar el mutuo acuerdo, la vía previa en que se estime la pretensión y ponga fin al procedimiento, mediación intrajudicial⁵⁰, reclamaciones previas previstas legalmente, ante el INSS, TGSS, las Mutuas, cualquier administración pública y o aseguradores⁵¹, transacciones extrajudiciales⁵², reparación extrajudicial en menores⁵³, la conciliación previa en la vía laboral, los informes motivados de insostenibilidad, el estudio y preparación del asunto previo a la presentación de la demanda en relación al desistimiento previo al proceso por pasividad de la persona enjuiciable⁵⁴ ...

48 Decreto 100/2012, de 28 de Diciembre, con entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2013 que modifica el Decreto 57/1998, de 28 de abril, por el que se regulan la composición y el funcionamiento de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita de Canarias, así como el procedimiento para el reconocimiento de la misma.

49 Módulo 24 del Anexo II del Acuerdo de colaboración entre el Departamento de Justicia y el Consell de l'Advocacia Catalana para el establecimiento del marco de actuación en materia de prestación de asistencia jurídica gratuita durante el año 2017.

50 Decreto 110/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón. Orden PRE/1856/2016, de 19 de diciembre, sobre modificación de la Orden de 30 de diciembre de 2014, por la que se aprobó el Catálogo de Referencia y Bases de Compensación de los Módulos, Servicios y Actuaciones de los Profesionales que incluyen las Prestaciones de Asistencia Jurídica Gratuita

51 Decreto 17/2017, de 10 de febrero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

52 Una de las más importantes, y reconocida por todos los baremos, es la figura de las transacciones extrajudiciales. La compensación económica de las mismas se establece en el 75% sobre la cuantía del procedimiento, en el RD 996/2003, el de Madrid, Asturias, Navarra, Canarias, Comunitat Valenciana, Andalucía, Cataluña y Galicia y el 70% de la cuantía para Cantabria. País Vasco y Aragón establecen cantidades fijas (212,80€ y 80€ respectivamente). Y Aragón establece el término únicamente de transacciones y pretende aclarar el significado de la actuación como: actuaciones del procedimiento en los supuestos previstos en la ley.

Con la intención arrojar algo de luz sobre a esta terminología o concepto, o tipo de actuaciones, debemos aclarar que «La transacción es un sistema autocompositivo de resolución de controversias, por el que los propios contendientes pueden resolver su conflicto, incluso aunque hayan iniciado un proceso judicial o arbitral. Se basa en el principio general de la libertad de contratación (art. 1255 del Código Civil), por el que las partes pueden disponer de todo aquello que tengan por conveniente, en tanto no se vulneren normas de orden público. El contrato de transacción tiene por objeto evitar un proceso judicial o arbitral, o poner fin al ya iniciado, cuando por la autonomía de la voluntad, los contendientes resuelven su conflicto, siempre que este sea disponible (art. 1814 CC). El contenido del citado contrato, queda fijado por las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa. (art. 1809 CC).»

La vía administrativa previa podría desembocar, en algunos casos, a una transacción preprocesal cuya finalidad es evitar el proceso judicial frente a las transacciones que pretenden poner fin a un juicio ya iniciado. Este tipo de actuaciones se definen mayoritariamente por el término extrajudiciales y sólo algún baremo como extraprocésal (o dentro de tal categoría), lo que refuerza todavía más la idea de resolución al margen del proceso jurisdiccional propiamente concebido.

53 Decreto 110/2012, de 19 de junio de asistencia jurídica gratuita del País Vasco.

54 Orden de 30 de marzo de 2017 por la que se prorroga durante el primer trimestre de 2017 el acuerdo entre la Xunta de Galicia y el Consejo de la Abogacía Gallega sobre la compensación económica por la asistencia jurídica gratuita.

Artículos

Abordando en concreto el contenido de este artículo, podemos decir que varios son los módulos que contemplan la vía administrativa entre las actuaciones de los abogados que tienen prevista la compensación económica. Y ello, aparte de las previstas explícitamente por la LAJG relativas a extranjería o las comprendidas en el asesoramiento y asistencia inmediata a la mujer víctima de violencia de género de los apartados e) y g) del artículo 2 respectivamente.

Así sucede, por ejemplo, en el RD 996/2003⁵⁵, anteriormente citado, en su Anexo II (Módulos y bases de compensación económica para abogados) contempla: la vía previa administrativa o la conciliación previa en materia laboral dentro del asesoramiento y la asistencia inmediata a la mujer víctima de violencia de género, la vía administrativa previa para extranjería y asilo (común y ante la Audiencia nacional) y los procedimientos en vía administrativa dentro del apartado de normas generales. Se distinguen en ellos dos clases, las «solicitudes y reclamaciones» (con 20€ de base de compensación) y «recursos en vía administrativa» (con 60€ de base de compensación). Idéntica previsión encontramos en la normativa de Asturias⁵⁶, con la única diferencia en la cuantía prevista para el recurso en vía administrativa (90€).

Un caso similar lo encontramos también para Navarra⁵⁷ donde, dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa, el baremo distingue la vía administrativa para el supuesto de extranjería «procedimiento ley de extranjería con desestimación en vía administrativa» y una «vía previa en la que se estime la pretensión y ponga fin al procedimiento» cuya tarifa supone el 75% de la cuantía del procedimiento. Idéntico supuesto se contempla también en el apartado de la jurisdicción social.

También en la Comunidad de Madrid⁵⁸ aparece la previsión «vías (sic) previa contencioso administrativa» dentro de las actuaciones de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, cierto es que, en este caso, no hay previsión específica para los supuestos de extranjería y de asistencia inmediata para violencia de género, lo que nos podría llevar a pensar que únicamente estos dos supuestos podrían estar comprendidos en este apartado⁵⁹.

55 Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

56 Decreto 273/2007, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el Principado de Asturias.

57 Anexo III del Decreto foral 17/2012, de 21 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita Aplicable en la Comunidad Foral de Navarra.

58 Anexo II del Decreto 86/2003, de 19 de junio, del consejo de gobierno, por el que se regula la asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la Comunidad de Madrid. Determinación de las cuantías: Ley 6/2017, de 11 de mayo, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2017 DA 17ª

59 Desconocemos como se gestionan y aplican en la práctica.

Artículos

Cantabria⁶⁰, Cataluña⁶¹, Aragón⁶², Andalucía⁶³, País Vasco⁶⁴, Canarias⁶⁵ y Galicia⁶⁶ no la contemplan de manera específica y únicamente la vía administrativa está prevista para los casos de extranjería (y para violencia de género, prevista aparte en alguno de ellos, sobreentendida en el asesoramiento y la asistencia previa).

Llegados a este punto, se considera conveniente hacer una breve reflexión en torno al instrumento jurídico utilizado y fuerza normativa de dichos baremos que, si bien son contemplados como instrumentos para la gestión de la subvención o indemnización de los servicios, en la práctica acaban teniendo una relevancia considerable con respecto a las prestaciones concretas incluidas en el derecho y, por ende, en la extensión del mismo. La política de gasto, acaba por tener una gran influencia y ser decisiva en el alcance real del derecho de asistencia jurídica gratuita. Las concretas prestaciones y las cuantías destinadas a sufragarlas son determinadas por los baremos, conforme esencialmente a disponibilidades presupuestarias, por parte de los órganos ejecutivos en coordinación con los Colegios Profesionales. El impulso que desde estos órganos se dé, respecto de las actuaciones concretas y su financiación, determina en definitiva la real dimensión y extensión del derecho; y la inclusión de la vía administrativa por algunas de estas actuaciones es un claro ejemplo.

La LAJG establece en su artículo 37 que el derecho de asistencia jurídica gratuita quedará asegurado por las Administraciones Públicas subvencionando, con cargo a sus dotaciones presupuestarias, la implantación, atención y funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los Colegios de Abogados y de Procuradores⁶⁷.

Generalmente el contenido subvencionable parece dividirse en dos tipos de gastos, los de funcionamiento y gestión de los servicios e infraestructura, y las retribuciones a abogados y procuradores.

60 Decreto 86/2008, de 11 de septiembre, de Asistencia Jurídica Gratuita de Cantabria. Decreto 5/2017, de 16 de febrero, por el que se modifican las bases de compensación previstas en el Anexo V del Decreto 86/2008, de 11 de septiembre, de Asistencia Jurídica Gratuita.

61 Decreto 252/1996, de 5 de julio, de creación de las comisiones de asistencia jurídica gratuita, de regulación del procedimiento para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita y de la subvención para las actuaciones profesionales de los abogados y los procuradores
Acuerdo de colaboración entre el Departamento de Justicia y el Consell de l'Advocacia Catalana para el establecimiento del marco de actuación en materia de prestación de asistencia jurídica gratuita durante el año 2017

62 Decreto 110/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón. Orden PRE/1856/2016, de 19 de diciembre, sobre modificación de la Orden de 30 de diciembre de 2014, por la que se aprobó el Catálogo de Referencia y Bases de Compensación de los Módulos, Servicios y Actuaciones de los Profesionales que incluyen las Prestaciones de Asistencia Jurídica Gratuita

63 Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía
Orden de 17 de septiembre de 2012...cit.

64 Decreto 110/2012, de 19 de junio, de asistencia jurídica gratuita.

65 Decreto 100/2012, de 28 de Diciembre, con entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2013 que modifica el Decreto 57/1998, de 28 de abril, por el que se regulan la composición y el funcionamiento de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita de Canarias, así como el procedimiento para el reconocimiento de la misma.

66 Orden de 30 de marzo de 2017 por la que se prorroga durante el primer trimestre de 2017 el acuerdo entre la Xunta de Galicia y el Consejo de la Abogacía Gallega sobre la compensación económica por la asistencia jurídica gratuita.

67 La subvención se concede de forma directa por venir su otorgamiento o cuantía impuesto a la Administración por una norma de rango legal, como es el caso, y se seguirá el procedimiento de concesión que le resulte de aplicación de acuerdo con su propia normativa Artículo 22 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Artículos

El desarrollo reglamentario está previsto expresamente por la ley para los gastos de funcionamiento⁶⁸ operativo de los servicios de asistencia jurídica gratuita, de las unidades encargadas del asesoramiento y la orientación previos al proceso a los ciudadanos y de la calificación provisional de las pretensiones solicitadas. Para la intervención y los servicios prestados por los profesionales, el artículo 30 de la LAJG determina que sólo podrá ser indemnizada cuando exista reconocimiento expreso del derecho a la asistencia jurídica gratuita efectuado en los términos contemplados en esta ley. Y que «El importe de la indemnización se aplicará fundamentalmente a compensar las actuaciones profesionales previstas en los apartados 1 a 3 del artículo 6 de esta ley, cuando tengan por destinatarios a quienes hayan obtenido el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. El que la indemnización de las actuaciones profesionales se aplique fundamentalmente a las tres previsiones del artículo 6 parece exigir que estas prestaciones contempladas lo sean de forma completa y en toda su amplitud y desarrollada frente a otras.

Respecto de los baremos que detallan las actuaciones y su remuneración para procuradores y abogados habla el artículo 40 de la LAJG, relativo a las indemnizaciones por baremo, que señala: «En atención a la tipología de procedimientos en los que intervengan los profesionales designados de oficio, se establecerán, previo informe del Consejo General de la Abogacía Española y del Consejo General de los Colegios de los Procuradores de los Tribunales de España, las bases económicas y módulos de indemnización por la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita».

Esta previsión tiene una clara aplicación para aquellas comunidades autónomas con competencias no transferidas, pues en ellas, son estos órganos de carácter estatal a los que compete la gestión de los servicios en relación con el artículo 22 de esta misma ley. Pero para el resto, la normativa autonómica ha establecido un sistema análogo.

Los módulos o bases de compensación se encuentran, en su mayoría, comprendidos como anexos de los Reglamentos de desarrollo de asistencia jurídica gratuita. En la actualidad, muchos han sido aprobados junto a los propios Decretos de asistencia gratuita, aunque otros son fruto de Órdenes de los departamentos competentes en cada comunidad autónoma, y otros adoptan la naturaleza de acuerdo, como el de Cataluña⁶⁹. Algunos como el de Madrid⁷⁰ han visto actualizadas sus cuantías por las leyes de presupuestos.

Analizando las disposiciones normativas de desarrollo, parece ser lo más común, salvo algún caso, que la determinación de los baremos se realice a través de los anexos en los decretos y la actualización de los cuantías⁷¹ se venga realizando conforme a las disponibilidades presu-

68 Artículo 38 Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita: Gastos de funcionamiento «Reglamentariamente se establecerá el sistema a través del cual se subvencionará, con cargo a las dotaciones presupuestarias de las Administraciones públicas competentes, el coste que genere a los Consejos Generales y Colegios profesionales de Abogados y Procuradores el funcionamiento operativo de los servicios de asistencia jurídica gratuita, de las unidades encargadas del asesoramiento y la orientación previos al proceso a los ciudadanos y de la calificación provisional de las pretensiones solicitadas. Dicho sistema se ajustará en todo caso a las siguientes reglas: a) La subvención se determinará para cada Colegio con un sistema de módulos compensatorios por expediente tramitado. b) Hasta tanto no se cumpla el mencionado requisito, los Colegios percibirán la cuantía que resulte de aplicar el 8 por 100 al coste económico generado en cada período de liquidación por las actuaciones profesionales mencionadas en el artículo anterior.»

69 Acuerdo de colaboración entre el Departamento de Justicia y el Consell de l'Advocacia...cit.

70 Ley 6/2017, de 11 de mayo, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2017 Disposición Adicional 17ª.

71 En las comunidades autónomas con competencia no transferida, los módulos y bases de compensación se aprobaron directamente por el RD 996/2003 estando previstos por su anexo II, tal y como señala su artículo 37. El apartado segundo de este artículo determina que para años sucesivos, el Ministro de Justicia, previo informe del Consejo General de la Abogacía Española, del Consejo General de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y del Ministerio de Hacienda, determinará, en función de las

Artículos

puestarias por parte de los departamentos competentes⁷² a través de órdenes.

Traemos a colación, en relación con esto, una especial referencia al caso de la Comunidad autónoma de Canarias. El decreto canario⁷³ en su artículo 24 relativo a las retribuciones por baremo señala que ésta se realizará conforme a las bases económicas y módulos de compensación fijados en atención a la tipología del procedimiento. El apartado segundo hace referencia a su actualización conforme al IPC.

El Tribunal Supremo⁷⁴, anuló la Orden de la Consejería de Presidencia, justicia y seguridad, del Gobierno de Canarias, de 29 de julio de 2010, por la que se establecen disposiciones de aplicación de módulos y bases de compensación económica de asistencia jurídica gratuita⁷⁵.

dotaciones presupuestarias, el importe económico que, en atención a su complejidad, se asignará a cada una de las actuaciones previstas en el citado anexo II. Recordar la modificación del Real Decreto 1455/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio vista por la nota al pie 12 de este artículo. Este decreto deja claro que las actuaciones son las contempladas por el anexo y que corresponde a los poderes ejecutivos actualizar las cuantías de los mismos. También el decreto de 2012 del País Vasco remite a su anexo y establece las actualizaciones al mismo a través de resolución del departamento competente (artículo 38 del decreto 110/2012, de 19 de junio, de Asistencia Jurídica Gratuita). Las mismas previsiones se establecen por el decreto cántabro (Artículo 37.2 y 38.1 y 38.3 del Decreto 86/2008, de 11 de septiembre, de asistencia jurídica gratuita de Cantabria), entre otros. Véase también la aprobación de Decreto 5/2017, de 16 de febrero, por el que se modifican las bases de compensación previstas en el Anexo V del Decreto 86/2008, de 11 de septiembre, de Asistencia Jurídica Gratuita en cuya introducción señala: En la redacción original del Decreto se preveía que el consejero competente en materia de Justicia podría actualizar anualmente dichas cantidades, sin que tal posibilidad se materializara hasta que la Ley de Cantabria 6/2015, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, eliminó esa posibilidad estableciendo en su artículo 31, un sistema de actualización automático vinculado al Índice de Precios al Consumo interanual, disponiendo lo siguiente: «Los módulos y bases de compensación económica contenidos en el anexo V del Decreto 86/2008, de 11 de septiembre, de Asistencia Jurídica Gratuita, así como los gastos de funcionamiento e infraestructura previstos en el artículo 40 y la compensación a la que se refiere el artículo 41 del mismo Decreto, serán actualizados anualmente de manera automática en virtud de la del Índice de Precios al Consumo interanual.» Sin embargo, esta actualización automática prevista legalmente se ha considerado insuficiente...»).

72 Algunos decretos autonómicos contemplan la naturaleza de Orden para estas actualizaciones, así por ejemplo el de la Comunidad de Madrid es uno en los que se dispone en su artículo 32.2: Los módulos y bases económicas de referencia serán los que se detallan en el Anexo II. Mediante orden del titular de la Consejería competente en materia de justicia los módulos y bases podrán ser objeto de actualización, en función de las disponibilidades presupuestarias de la Administración autonómica. Sin embargo en la práctica ésta se ha venido realizando a través de las leyes anuales de presupuestos.

73 Decreto 57/1998, de 28 de abril, por el que se regulan la composición y el funcionamiento de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita de Canarias, así como el procedimiento para el reconocimiento de la misma.

74 Sentencia del Tribunal Supremo, anuló de 3 de marzo de 2015, por el que la Sala anula la Orden de la Consejería de Presidencia, justicia y seguridad, del Gobierno de Canarias, de 29 de julio de 2010, por la que se establecen disposiciones de aplicación de módulos y bases de compensación económica de asistencia jurídica gratuita; núm. de recurso 4329/2012.

75 Destacamos su Fundamento de Derecho Segundo: «... Es necesario reconocer, llegados a este punto, que no se limita la Orden a una mera actualización de las cuantías, porque si se confrontan los contenidos de uno y otro Anexo, se constata que en el ámbito civil, se modifica la descripción del módulo de «procedimiento de familia» y se incorporan los del «monitorio» y «cambiarío», que no estaban en aquel Anexo de 2003. En el módulo referido al recurso de apelación se introduce el añadido «contra resoluciones que pongan fin al proceso en 1.ª instancia», que tampoco estaba en aquel Anexo. Y se hace una descripción muy diferente en el Anexo introducido en la Orden del módulo específico para el turno especial en materia de extranjería, que el Anexo de 2000 había establecido con carácter único y para «Fuerteventura» y el de la Orden incorpora tres módulos y sin limitación territorial. (...) Es decir, la Orden no se limita a una reproducción de los Anexo ya existentes en el originario Decreto de 1998 -con la reforma de 2003-, que es el que estaba vigente hasta la promulgación de la Orden, sino que ciertamente que actualiza sus cuantías, en todo caso, y modifica su definición en algunos de dichos módulos y bases de compensación.

Es importante también hacer constar que así como los Decretos de 2000 y de 2003 lo que hacen es modificar el originario Decreto de 1998, por tener el mismo rango normativo y suponían la modificación del originario Decreto, debe concluirse que cuando se promulga la Orden impugnada, es ese Decreto el que estaba vigente, con las reformas ya mencionadas que habían establecido los Anexos y sus cuantías. Ello comporta que cuando se promulga la Orden impugnada y se dispone en su artículo primero que «se aprueban los módulos y bases de compensación económica de abogados y procuradores por las actuaciones del turno de oficio y asistencia jurídica gratuita que se insertan en el Anexo I a la presente Orden»; lo que se está haciendo es derogar el Anexo que ya existía en el Decreto de 1998. (...) la Orden no solo se limita a actualizar los módulos y bases sino que los altera en su contenido. (...) De lo antes expuesto en el devenir normativo que concluye con la promulgación de la Orden impugnada, deberá concluirse que la misma no hace sino una derogación del Decreto del Consejo de Gobierno de 1998. Y no puede estimarse que esa derogación pudiera quedar

La sentencia señala, atendiendo a una cuestión de jerarquía normativa, que los cambios de contenido de los módulos y el detalle de las actuaciones no pueden modificarse por normas de menor jerarquía a las que los aprobaron. No siendo lo mismo para las meras modificaciones de cuantía, cuya actualización podría realizarse si así lo estableció la norma superior, por parte de las órdenes de los departamentos competentes, con el fin de que se facilite el adecuado ajuste a las cambiantes circunstancias económicas y sociales. Y ello, atendiendo a la responsabilidad de los poderes públicos de asegurar el derecho a través de la evaluación periódica de los costes destinados a los servicios⁷⁶. Esta previsión de actualización por parte de los ejecutivos se encuentra contemplada expresamente en muchos de los decretos analizados.

Pero la sentencia nos recuerda que los anexos o baremos contenidos por la normativa de desarrollo constituyen derecho material en sentido estricto y parte del contenido material del decreto. Y así, que los baremos recojan no sólo las cuantías, sino el detalle de las actuaciones realizadas (o contenido material del derecho), hace que nos planteemos, por un lado, si no sería más conveniente que estas actuaciones queden determinadas por normas con rango legal o cuanto menos de decreto y no mediante orden. Y ello para guardar cierta homogeneidad entre los territorios de aplicación y, por otro, cómo el desglose de las actuaciones puede otorgar a los ejecutivos capacidad para moldear el derecho.

Respecto a la fuerza normativa o poder vinculante de los baremos, podemos señalar siguiendo las directrices de técnica normativa⁷⁷, los anexos de una norma se encuentran dentro de la parte dispositiva de la misma, y dentro de ella, tras el articulado en la denominada como parte final. Sobre los anexos se señala: En la parte dispositiva de la norma habrá siempre una referencia clara y expresa al anexo o, si son varios, a cada uno de ellos⁷⁸. Cuestión que se cumple en la normativa analizada.

Se prevé que los anexos contendrán⁷⁹: (...) b) Relaciones de personas, bienes, lugares, etc., respecto de los cuales se haya de concretar la aplicación de las disposiciones del texto. (...). La relación de actuaciones y la previsión de sus respectiva cuantías monetarias se ubicarían

purgada por autorización alguna, porque una norma sólo puede ser derogada por otra posterior del mismo rango; en otro caso, lo que se estaría produciendo es una vulneración del principio de jerarquía normativa que, como uno de los principios de nuestro ordenamiento, se recoge en el artículo 9.2.º de la Constitución».

76 La sentencia de instancia desestimaba el recurso entendiendo la Orden válida atendiendo a varios motivos, entre los que merece la pena destacar el siguiente: ... fija la obligación de la administración de subvencionar el servicio público, y que la cuantía en la que se subvencione pueda, a través de norma de inferior a rango, ajustarse a las cambiantes circunstancias sociales y económicas.

Pero es más el art. 37, de la meritada Ley (LAJG), fija la competencia para la subvención de dicho servicio al Ministerio de Justicia, siendo competente, dado la transferencia de competencias efectuada a la CA Canaria, el Consejero de Presidencia y Justicia, de modo que a él le corresponderá ejercer las funciones antes mencionadas, siendo de su exclusiva competencia y quedando, por tanto, dentro de su ámbito de actuación.

Precisamente dicho ajuste es lo que se verifica a través de la orden objeto de impugnación, que ajusta la cuantía económica de las diversas actuaciones que letrados y procuradores efectúan en dicha asistencia jurídica gratuita.

Por otra parte, ordena, igualmente, a las administraciones a establecer mecanismos de control a fin de asegurar el adecuado destino de los fondos previstos.

Por tanto la actuación de la administración a dictar la orden impugnada no hace más que cumplir el mandato tanto constitucional como legal, de adecuar el módulo económico y adecuar y asegurar que los fondos se destinen al fin previsto, y en conformidad con el art. 40 de la Ley 1/96.

77 Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa.

78 Directriz 45 de la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa.

79 Directriz 46, ídem.

Artículos

por ello en esta parte de la norma. Pero es claro, que los anexos contienen disposiciones con pleno valor jurídico, a diferencia de la parte expositiva a la que la jurisprudencia ha dotado de mero valor interpretativo⁸⁰.

Las actuaciones objeto de remuneración, contempladas en los anexos, delimitan así directamente el contenido material del derecho, determinando prestaciones concretas y vinculadas al propio contenido de la asistencia jurídica gratuita en cada territorio. La subvención aparejada a cada una de las actuaciones supone la efectiva materialización del derecho y en consonancia, la normativa que las determina adquiere también un valor significativo. La trascendencia de los baremos en este sentido nos lleva a recordar las primeras líneas de este artículo donde, además de su concepción legal, el derecho de asistencia jurídica gratuita se vislumbra, más claramente ahora, como un «derecho social de contenido prestacional y, por ende, depende para su efectividad de su financiamiento con fondos públicos y del desarrollo que haga de la misma la legislación secundaria»⁸¹.

La configuración legal del derecho fue tratada, como ya hemos visto, por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, pero la normativa de desarrollo establece concreciones al contenido, ampliando en este caso su extensión.

El artículo 199 de la CE establece la gratuidad de la justicia «cuando así lo disponga la ley», lo que hace suponer la previsión de su desarrollo por ley y podría llevar a objetar la necesidad de reserva de ley. Y ello a tenor de lo dispuesto en el mismo artículo, como por la asimilación que la jurisprudencia y el tratamiento legislativo le ha dado con respecto al artículo 24 de nuestra norma fundamental. «...el derecho a la asistencia jurídica gratuita, que inicialmente carece de estatuto propio de los derechos fundamentales, lo alcanza en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a través de su conexión con el artículo 24 de la Constitución»⁸².

La reserva de ley no sería aplicable conforme al artículo 53 de la CE, al no encontrarse la asistencia jurídica gratuita reconocida como un derecho fundamental en nuestro texto constitucional; sin embargo sí lo sería a través de su relación, estrecho vínculo y carácter instrumental del artículo 119 con el artículo 24 de la CE. Pero en este caso, debemos recordar conforme a la jurisprudencia del artículo 53 de la CE, que la limitación parece que debe interpretarse en términos restrictivos⁸³, y no cuando se amplían prestaciones.

5. Especial referencia al Decreto de asistencia jurídica gratuita de la Comunitat Valenciana

El Decreto 17/2017, de 10 de febrero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita contiene la regulación de la Comunitat Valenciana. En él, apa-

80 Sentencias Tribunal Constitucional 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 4; 116/1999, de 17 de junio, FJ 2; y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8.

81 MAQUEO RAMÍREZ, M.ª Solange, «¿Profundización o retroceso de la asistencia jurídica gratuita?», Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XLV, núm 133, enero-abril de 2012, p. 143.

82 COLLADO MARTÍNEZ, Rosa María, «La configuración constitucional y legal del derecho de defensa: la asistencia jurídica gratuita como servicio público», en Historia de la abogacía española, volumen II, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1795.

83 STC 83/1984, de 24 de julio: «Lo que se persigue con esta habilitación al legislador (estatal o autonómico) para el desarrollo de derechos y libertades es excluir al Ejecutivo de toda posibilidad de regulación de los mismos, quedando limitada la potestad reglamentaria «a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley»

Artículos

rece una nueva redacción en lo que respecta a la vía administrativa. Su artículo 2.1 relativo a su ámbito de aplicación determina: «Este reglamento será aplicable al procedimiento de reconocimiento o denegación por parte de la Generalitat del derecho a la asistencia jurídica gratuita, en relación con todo tipo de procesos judiciales que se produzcan en el territorio de la Comunitat Valenciana, incluidos los recursos de casación y amparo, en todos los supuestos en que sea preceptiva la vía administrativa previa, que se encuentren legalmente comprendidos en el derecho a la asistencia jurídica gratuita, y a los servicios de asesoramiento previo al proceso contemplados en el apartado 1 del artículo 6 de la Ley...»

El «que se encuentren legalmente comprendidos en el derecho» nos remite a las reflexiones anteriores sobre lo contemplado por la ley estatal. Pero lo llamativo, es la expresión «en todos los supuestos en que sea preceptiva la vía administrativa previa».

La exigencia de preceptividad de la vía, única y especial en el tratamiento autonómico valenciano, puede hacer pensar que se incrementa la restrictividad para su inclusión como actuación, comprendida y compensada, excluyendo todos aquellos supuestos de recursos potestativos. Sin embargo, esta previsión también puede responder a la voluntad de que la justicia gratuita incluya específicamente estos recursos en vía administrativa previa, preceptivos para el acceso a la contencioso-administrativa. Y ello, por ser éstos un trámite indispensable para acceder a la tutela de los derechos ante los tribunales. Al señalar específicamente los supuestos preceptivos, parece que el legislador ha querido incluir expresamente éstos por el perjuicio que pudiera ocasionar su exclusión al derecho a la tutela judicial efectiva tan íntimamente ligado a la justicia gratuita.

Siguiendo la exposición comparativa de previsión para la retribución por baremos de comunidades autónomas, el actual baremo ha sido aprobado como anexo del nuevo Decreto de 2017⁸⁴. Parece interesante señalar también esta específica previsión autonómica, por la que en el mismo decreto se prevé no solo la revisión de las cuantías sino la propia modificación de los módulos y bases de compensación mediante orden de la conselleria competente en materia de justicia⁸⁵.

El régimen de módulos y bases de compensación en nuestro ámbito autonómico, hasta llegar al actual, ha sufrido numerosas modificaciones. Cuatro decretos y cuatro ordenes constituyen la evolución normativa de este tema en la Comunitat Valenciana⁸⁶.

84 Artículo 46 del Decreto 17/2017, de 10 de febrero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

85 Cuestión que podría merecer atención específica puesto que la delegación reglamentaria no es una cuestión del todo pacífica doctrinalmente. Véase MANTECA VALDELANDE, Víctor, «La potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas», Actualidad Administrativa, núm. 2, Sección Práctica Profesional, tomo 1, LA LEY, 2012, p. 231.

86 Decreto de asistencia jurídica gratuita 229/1997, de 9 de diciembre, del Gobierno Valenciano, de asistencia jurídica gratuita. Decreto 29/2001, de 30 de enero, del Gobierno Valenciano, de asistencia Jurídica Gratuita. Decreto 28/2003, de 1 de abril, del Consell de la Generalitat, por el que se modifica el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por el Decreto 29/2001, de 30 de enero, del Consell de la Generalitat y Decreto 67/2003, de 3 de junio. Orden de 7 de noviembre de 2005, de la Conselleria de Justicia, Interior y Administraciones Públicas, por la que se modifican los Anexos I y II del Decreto 29/2001, de 30 de enero del Gobierno Valenciano, para la actualización de los módulos de compensación económica aplicables a las actuaciones que se prestan por los servicios de turno de oficio, y asistencia al detenido o preso, por los Procuradores y Abogados de la Comunidad Valenciana. Orden 2/2012, de 17 de enero, de la Conselleria de Justicia y Bienestar Social, por la que se modifica la Orden de 7 de noviembre de 2005, de la Conselleria de Justicia, Interior y Administraciones Públicas, sobre módulos de compensación económica aplicables a las actuaciones del turno de oficio y asistencia al detenido o preso por los procuradores y abogados de la Comunitat Valenciana. Orden 4/2015, de 15 de junio, de la Conselleria de Gobernación y Justicia, por la que se modifica la Orden 2/2012, de 17 de enero, de la Conselleria de Justicia y Bienestar Social, sobre módulos de compensación económica aplicables a las actuaciones del turno de oficio

Artículos

Respecto en lo que aquí concierne, los módulos y bases de compensación económica previstos por el decreto actual no establecen una previsión de actuación específica de actuaciones en vía administrativa, como sí lo hacen otros decretos. Sin embargo se incluye el siguiente módulo: Reclamaciones previas previstas legalmente, ante el INSS, TGSS, las Mutuas, cualquier Administración Pública y/o aseguradoras.

Puede pensarse que, por reclamaciones previas previstas legalmente, alude a las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales previstas por la ley de procedimiento administrativo común⁸⁷, pero que al haber sido ya éstas suprimidas por la ley 39/2015⁸⁸, obligan a descartar esta interpretación y pensar, si quiere sostenerse, que se debe a un error del autor de la norma⁸⁹.

6. Conclusiones

El derecho de asistencia jurídica gratuita constituye uno de los pilares esenciales del derecho de acceso a la justicia y uno de los grandes instrumentos para materializar el derecho a la tutela judicial efectiva.

La inclusión de la asistencia letrada para los recursos en vía administrativa previa como parte del contenido y prestaciones comprendidas en el derecho, supone dar un paso más para reforzar la protección de los derechos de los ciudadanos ante los poderes públicos (como complemento del control por parte de los tribunales en el orden contencioso administrativo), fortalecer el derecho a la tutela judicial efectiva y facilitar el acceso a la justicia en armonía con el derecho internacional que lo sustenta⁹⁰.

y asistencia al detenido o preso por los procuradores y abogados de la Comunitat Valenciana. Orden 1/2016, de 27 de enero, de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, por la que se modifica la Orden 4/2015, de 15 de junio, de la Conselleria de Gobernación y Justicia, sobre módulos de compensación económica aplicables a las actuaciones del turno de oficio y asistencia al detenido o preso por los procuradores y abogados de la Comunitat Valenciana. Todo un historial normativo para la regulación de la asistencia jurídica gratuita en nuestro ámbito autonómico.

87 Artículos 120 y ss. del Título VIII «De las reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales» de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hoy derogada.

88 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

89 Todo esto, ha llevado a que se introdujera la cuestión, como objeto de debate, en el orden del día de la primera reunión constitutiva del, recientemente creado, Consejo Asesor de Justicia Gratuita. Se prendió con ello, clarificar los criterios de la Comisión respecto a la inclusión de la vía administrativa en la justicia gratuita en nuestro ámbito autonómico. Únicamente se logró consenso para aceptar el pago, previsto también por el baremo, de actuaciones en conciliaciones previas en materia laboral, tal y como también se contemplan en el baremo. Anexo II del decreto 17/2017 de asistencia jurídica gratuita, módulos y bases de compensación económica para abogados: Por la redacción, presentación de la papeleta y asistencia al acto de conciliación en vía laboral, cuando sea preceptiva sin avenencia (50€) y Por la redacción, presentación de la papeleta y asistencia al acto de conciliación en vía laboral, cuando sea preceptiva con avenencia (75% módulo del procedimiento).

90 También en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, párrafo 3 del artículo 6, y en el apartado tercero del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se reconoce el acceso a la justicia como derecho básico, otorgando el derecho de asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos. Resolución 76 (5) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre asistencia jurídica en materia civil, mercantil y administrativa. Resolución 78 (8) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre asistencia y consejo jurídico. Recomendación No. R (81) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembro sobre Medidas para facilitar el acceso a la justicia. Recomendación n. R (93) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembro sobre el acceso efectivo a la ley y a la justicia para las personas en situación de gran pobreza. Recomendación Rec (2005) 12 conteniendo un formulario de demanda de asistencia jurídica en el extranjero en virtud del Acuerdo europeo sobre la transmisión de demandas de asistencia jurídica (STCE n.º092) y de su Protocolo adicional (STCE n.º179). Principios Básicos sobre la Función de los abogados, adoptado en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 en La Habana (Cuba), principio 6. Declaración de Bangkok sobre sinergias y respuestas: alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal, adoptada en 2005 por Naciones Unidas, cuyo párrafo 18 insta a los Estados Miembro a la

Artículos

En referencia a un concepto integral y amplio de acceso a la justicia, como «aquel que incluye no solo el derecho a tener derechos sino también el acceso a su reconocimiento efectivo y garantía»⁹¹. De forma que englobaría el conjunto de mecanismos para el reconocimiento de los derechos, para su protección y para la reparación en el caso de que se vean vulnerados, mecanismos que son muchos y variados. La apuesta por la inclusión responde también al fomento e impulso de las vías extrajudiciales de solución de conflictos, favoreciendo el espíritu conciliador y de parte de la Administración, promoviendo la cultura del diálogo y el entendimiento, siendo la Administración más capaz de asumir con rapidez sus propios errores cuando los tenga, o llegar a acuerdos sobre materias que sean disponibles, y, permitiendo por otra parte, aligerar la carga de los saturados y sobrecargados sistemas judiciales y ahorrar costes para todas las partes implicadas, fundamentalmente para las arcas públicas sea de uno u otro modo. La asistencia letrada en esta vía favorece de algún modo la revitalización del instrumento, potenciando un control, que debería ser fiable, sencillo y riguroso, de bajo coste y rápido de la actuación administrativa. Implicando a su vez, un refuerzo de los derechos de la ciudadanía y fortalecimiento en la protección de los intereses generales frente a la incorrecta actividad de las administraciones en consonancia con el derecho a la buena Administración. Por que la diferencia de armas entre litigantes de un procedimiento justo nunca ha sido tan grande.

adopción de medidas que promuevan el acceso a la justicia de acuerdo con sus legislaciones nacionales, recomendando concretamente facilitar la asistencia jurídica para aquellas personas que lo requieran. Resolución 67/187 de la Asamblea General de la ONU, Principios y Directrices sobre el acceso a Asistencia Jurídica en Sistemas de Justicia Penal. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Ibero-Americana de 2008.

91 Véase DE LUCAS, Javier y SOLANES, Ángeles, (eds), La igualdad en los derechos: claves de la integración, Dykinson, Madrid, 2009.

7. Referencias bibliográficas

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (dir.), *Control Administrativo y Justicia Administrativa*, Innap Inves-tiga, Madrid, 2016.
- AGUILAR GONZÁLEZ, José María, «La justicia gratuita en España: aproximación a un análisis cuantitativo», *Foro, Nueva Época*, Vol. 16 Número 1, 2013, pp. 25 a 48.
- AÑÓN ROIG, M.^a José, «El acceso a la justicia de las personas inmigrantes: la asistencia jurídica gratuita», en Javier de Lucas y María José Añón (eds.), *Integración y derechos, A la búsqueda de indicadores*, Icaria, Barcelona, 2013.
- BARONA VILAR, Silvia, *Solución Extrajudicial de conflicto «Alternative dispute resolution» ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blach, València, 1999.
- BAÑO LEÓN, José María, «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho público espalo» en López Ramón, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2016, pp. 647 a 675.
- BARCELONA LLOP, Javier, «Las vías administrativas de recurso: panorama desde la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos» en López Ramón, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2016., pp. 27 a 66.
- CAPPELETTI, Mauro y GARTH, Bryant.; *El acceso a la Justicia, Movimiento mundial para la efectividad de los derechos*, Informe General, Colegio de abogados departamento judicial de la Plata, Buenos Aires, 1983. («Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective», *Buffalo Law Review*, vol. 27,1978, 181 a 292)
- CIERO SEIRA, César, «El procedimiento de recurso administrativo: su virtualidad y la necesidad de reforma», en López Ramón, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2016, pp. 675 a 786.
- COLEGIO DE ABOGADOS DE VALLADOLID, Martín García, Javier, Álvarez Rodríguez, Carlos (coord), *La justicia gratuita: guía del abogado de oficio*, Fundación Lex Nova, Valladolid, 2010.
- COLLADO MARTÍNEZ, Rosa María, «La configuración constitucional y legal del derecho de defensa: la asistencia jurídica gratuita como servicio público», en *Historia de la abogacía española*, volumen II, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1775 a1836.
- DE LUCAS, Javier y SOLANES, Ángeles, (eds), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009.
- GARCÍA AÑÓN, José, «Acceso a la justicia y protección judicial efectiva: estándares en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance del derecho a un recurso efectivo», Colección «Diálogos Constitucionales», Observatorio Interamericano de Derechos Humanos, Tirant Lo Blanch, 2017.

Artículos

- GARCÍA BLESA, Juan, «El acceso efectivo a un tribunal: la asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles y otros medios de garantía en el marco del convenio europeo de derechos humanos», en *Anuario de derecho europeo*, núm. 4, 2004, págs. 125-134. http://institucional.us.es/revistas/derecho/4/art_8.pdf
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de junio)*, Volumen I, Tercera edición, Civitas, Madrid, 1998.
- JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, «Asistencia jurídica gratuita e intervención no preceptiva de abogado y procurador (artículo 32 y 6 LAJG)», *Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil: doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi, 2003, páginas, 193 a 200
- LINO TATNELL, Rebeca; «Tutela judicial efectiva vs justicia gratuita», en coord. I. Reig, *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, 2014, pp. 377 a 384.
- LLOPÍS NADAL, Patricia, «La asistencia jurídica gratuita en el ordenamiento de la Unión Europea: un derecho fundamental reconocido por el artículo 47 de la Carta», en Ortells Ramos, Manuel, Bellido Penadès, Rafael (directores), *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*, Colección Práctica Procesal, Dykinson, 2017.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2016, p. 13.
- LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente, «La asistencia jurídica gratuita en el procedimiento administrativo», *Revista Andaluza de administración pública*, núm. 82, enero-abril, 2012, pp. 119-160.
- MANTECA VALDELANDE, Víctor, «La potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, Sección Práctica Profesional, Quincena del 16 al 31, Editorial LA LEY, Ene. 2012, tomo 1, pág. 231.
- MAQUEO RAMÍREZ, M. Solange, «¿Profundización o retroceso de la asistencia jurídica gratuita?», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 133, enero-abril 2012, pp. 141 a164.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier y Juan Lozano; Ana María, «Los conflictos tributarios en España: propuestas para la conciliación en vía económico-administrativa y jurisdiccional», 2017. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/fiscal/Conflictos-tributarios-conciliacion-economico-administrativa-desembolsamiento-deudas_11_1084930001.html
- MÍGUEZ MACHO, Luís, «Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo», *Revista General de derecho administrativo*, número 38, lustel, 2015.
- MOREU CARBONELL, Elisa, «Valoración del sistema español de recursos administrativos: Conclusiones» en López Ramón, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2016, pp. 827 a 838.
- NU, Naciones Unidas, *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118.

Artículos

- PAREJO ALONSO, Luciano, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *Revista española de derecho constitucional*, Vol 1, núm. 3, septiembre-diciembre, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1981.
- PONCE SOLÉ, Juli, «Mecanismos de resolución alternativa de conflictos y su aplicación en el ámbito de la administración tributaria», en López Ramón, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2016, pp. 267-302.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luís, «El nuevo régimen jurídico de la justicia gratuita de las víctimas de violencia de género», *Diario la Ley*, n.º 8242, Sección Doctrina, 3 de febrero de 2014, año XXXV, La Ley, 2014.
- SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, «La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense XLIV*, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, 2011, pp. 277 a 302.
- SEOANE IGLESIAS, José, «Algunas reflexiones sobre la organización del turno de oficio por los Colegios de Abogados», *Diario La Ley*, tomo 4, 1988, LA LEY, p. 848.
- SOLER CAMPOS, Salvador, «El derecho a la defensa técnica en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita: una interpretación maliciosa y un desequilibrio en pro del principio de igualdad», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-259, tomo 7, LA LEY, 2000.

LA JUSTICIA EN MEDIACIÓN: ANÁLISIS, CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS DE LA JUSTICIA PARTICIPATIVA¹

Silvia Piquer Manzanedo²

RESUMEN: El presente artículo pretende reflexionar sobre la justicia en mediación y plantear que este mecanismo alternativo de resolución de conflictos puede, en atención a las características metodológicas propias de su procedimiento y a la relevancia y protagonismo que adquieren las partes implicadas, ser considerado y denominado como Justicia Participativa. El estudio trata de profundizar y desarrollar el concepto de Justicia Participativa y a este fin se realiza un análisis comparativo con el concepto de democracia participativa. Además, expone cómo se representa la Justicia Participativa en las leyes de mediación y los posibles efectos que ésta puede producir en tres diferentes ámbitos: el personal, el judicial y el sociológico.

PALABRAS CLAVE: Justicia - Mediación - Justicia Participativa - Democracia Participativa - Participación - Paz social.

ABSTRACT: This article is focused on mediation in justice and proposing that this kind of ADR can, considering the methodological characteristics of its procedure and the relevance and role played by the parties involved, be considered and called Participatory Justice. The study seeks to deepen and develop the concept of Participatory Justice and, in order to accomplish this purpose, performs a comparative analysis of the concept of participatory democracy. In addition, it explains how Participative Justice is represented in the mediation laws and the possible effects that this can produce in three different areas: the personal, the judicial and the sociological one.

KEYWORDS: Justice - Participatory Justice - Participatory Democracy - Participation - Social Peace.

SUMARIO: 1.Introducción.- 2.La crisis de la denominada «justicia tradicional».- 3.La justicia en mediación.- 4.Análisis del concepto de Justicia Participativa.- 5.Características y efectos de la Justicia Participativa.- 5.1.Características de la Justicia Participativa.- 5.2. Efectos de la Justicia Participativa.- 6.Conclusiones.- 7.Referencias bibliográficas.

1. Introducción

Hablar de justicia nunca resulta fácil a causa de la complejidad y solemnidad que envuelven y acompañan este término. Históricamente, la idea y el ideal de justicia han sido conceptos estudiados y analizados de manera recurrente por filósofos, teóricos o académicos; si bien, la magnitud y relevancia del propio concepto han provocado que, actualmente, no podamos decir que exista una sola visión del concepto de justicia sino múltiples y variadas corrientes

¹ Original del artículo en castellano

² Silvia Piquer Manzanedo es graduada en Derecho por la Universidad Jaume I de Castellón. Máster de abogacía en la misma Universidad y título profesional de abogada por el Ministerio de Justicia. Ha realizado prácticas profesionales en la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas.

Artículos

o teorías, que se encuentran, además, en constante cambio, evolución e interpretación.

Pues bien, aún siendo conscientes de la complejidad que puede entrañar, hemos querido en este estudio abordar la idea del concepto de justicia, delimitando, no obstante, el ámbito de actuación de nuestro análisis en un campo específico: la mediación. El propósito principal de este trabajo consiste, pues, en reflexionar sobre aquella justicia que puede darse, crearse u obtenerse en el procedimiento de mediación. Nuestro objetivo se centrará en analizar si puede establecerse que la justicia en mediación equivale, en definitiva, a una Justicia Participativa, concepto que plantearemos y desarrollaremos; así como, en caso afirmativo, identificar qué implicaciones prácticas y efectos puede suscitar.

Para poder dotar a este planteamiento de una conclusión, en la primera parte de nuestro estudio realizaremos un conciso análisis sobre la situación actual de aquella justicia a la cual denominamos «justicia tradicional», esto es, aquella justicia gestada en los juzgados y tribunales dependientes de la Administración de Justicia. En este apartado se ofrecerán datos estadísticos sobre la opinión de la ciudadanía acerca de la Administración de Justicia, sobre la tasa de litigiosidad y sobre el tiempo duración de los asuntos, los cuales revelarán cifras preocupantes acerca del estado de la justicia. Asimismo, se expondrá la opinión de una parte de la doctrina para la cual, la mediación, puede suponer un importante refuerzo para mejorar esa situación.

En el segundo apartado defenderemos la mediación como una verdadera vía de acceso a la justicia a disposición de la ciudadanía y analizaremos el concepto de justicia en mediación. Se centrará la atención en el papel proactivo y protagonista que adquieren las partes en el proceso de mediación, en cómo ellas mismas, son capaces de crear y conseguir su propia justicia, participando de forma directa en el procedimiento y en el resultado del mismo, lo que nos conducirá a afirmar de forma realista que la justicia en mediación es, en suma, una Justicia Participativa.

En la tercera parte del estudio profundizaremos en el concepto de Justicia Participativa y nos preguntaremos si resulta razonable afirmar que el mismo tiene cierta vinculación con el fenómeno de la Democracia Participativa. Para ello realizaremos una comparativa entre ambos conceptos en base al planteamiento de cuatro preguntas: ¿Qué es?, ¿A qué se debe?, ¿Qué implica? y ¿Qué pretende? La contestación a las mismas revelará una sugerente descripción de similitudes o coincidencias entre ambos conceptos.

En la última parte nuestra intención será mostrar qué evidencias o características de la Justicia Participativa podemos encontrar realmente en la práctica de la mediación. Para ello, se realizará un análisis desde una perspectiva legislativa en el que se pondrán de manifiesto los principios y características de la Justicia Participativa en las normas reguladoras de la mediación. Finalmente, reflexionaremos sobre las consecuencias o efectos que la Justicia Participativa puede producir tanto en un plano judicial como, de un modo más general, en el conjunto de nuestra sociedad.

2. La Crisis de la denominada «justicia tradicional»

Para poder llegar a responder la cuestión principal de este trabajo realizaremos un breve análisis de la situación actual de la justicia. Concretamente, nos referiremos en este apartado

Artículos

a aquella justicia que hemos denominado como «justicia tradicional», es decir, aquella que emana de los juzgados y tribunales de justicia, la cual se incardina en la denominada Administración de Justicia.

Conviene aclarar el por qué de esta distinción, ya que no resulta extraño que el lector pueda preguntarse si existe algún otro tipo de justicia. Pues bien, tal y como más adelante se desarrollará, partimos de la base de que, en contraposición a la «justicia tradicional», existen otros medios o vías de acceso a la justicia, de obtención de justicia en un sentido sustantivo, más novedosos, recientes y, a menudo, desconocidos, como pueden ser los métodos alternativos de resolución de conflictos (entre ellos la mediación), las instituciones nacionales e internacionales de derechos humanos, los organismos de igualdad, los Defensores del Pueblo, las universidades, las clínicas jurídicas e incluso las ONG³.

Con tal de ofrecer una visión general del estado de la Justicia se expondrán, en primer lugar, algunos datos estadísticos acerca del funcionamiento de la Administración de Justicia y de la opinión que la ciudadanía tiene de la misma. Con posterioridad, se reflejará el parecer de una parte de la doctrina para la cual la «justicia tradicional» sufre lo que podría denominarse una etapa deficiente o de crisis, los motivos que pueden causar esta situación, así como los métodos o sistemas que podrían contribuir a su mejora.

Las tablas que se muestran a continuación han sido elaboradas a partir de los estudios ubicados en la sección de «Estadística Judicial» de la página web del Consejo General del Poder Judicial. Las mismas son el resultado de una recopilación y clasificación de aquellos datos estadísticos con mayor significación para el objeto de este estudio y en ellas pueden observarse cifras preocupantes sobre el estado de la Administración de Justicia y la percepción que la ciudadanía tiene de la misma:

Sobre la opinión de la ciudadanía acerca el funcionamiento de la justicia⁴

<i>Año de la encuesta</i>	<i>Fuente</i>	<i>Dato</i>
2008	Barómetro opinión CGPJ	57% consideró que el funcionamiento de la Justicia funciona mal o muy mal
2013	Instituto Nacional de Estadística (INE)	El grado de confianza en el sistema judicial es de 3,1 sobre 10
2015	Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)	42,2% considera que la Adm. de Justicia funciona de manera poco satisfactoria
2017 (Marzo)	Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)	El 4% incluye a la Adm. De Justicia entre los tres principales problemas del país (frente al 1,3% en el mismo periodo del año anterior)

Fuente: Sección de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

3 GARCÍA-AÑÓN, J.; "Acceder a la justicia y hacer justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del Derecho" en Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempo de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos, Coord.: GARCÍA, C. (en prensa 2017).

4 Consejo General del Poder Judicial, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/> [Consultado en fecha 5 de septiembre de 2017]

Artículos

De los datos expuestos se desprende que durante un periodo de tiempo constante la ciudadanía ha valorado negativamente el funcionamiento de la Administración de Justicia, incluso en marzo del 2017 llega a suponer uno de los principales problemas del país para el 4% de la población.

*Sobre la tasa de litigiosidad*⁵

2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
199	191,6	189,8	183,2	185	181,9	124,9

Fuente: Sección de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

La base numérica de la tasa de litigiosidad se mide por asuntos ingresados cada mil habitantes. Se observa como la misma parte de una cifra bastante elevada en 2010. Aunque va reduciéndose de manera moderada con los años, debe tenerse en cuenta la influencia de las tasas de pendencia de los asuntos, la cual en el año 2016 fue un 33,1% mayor que en 2015⁶. La elevada cantidad de asuntos pendientes junto con un descenso leve e insuficiente de la litigiosidad propicia la saturación de asuntos en los juzgados. En consecuencia, como vemos a modo de ejemplo en el siguiente cuadro, los tiempos de duración de los asuntos en la mayor parte de las jurisdicciones y juzgados se ven incrementados.

*Sobre la estimación de tiempos medios de los asuntos terminados*⁷

	Juzgados de lo Penal	Juzgados de lo Social	Recursos Audiencias Provinciales Civil			
Año	2006	2016	2006	2016	2006	2016
C.V	7,0	13,8	6,3	12,5	3,1	3,9
ES	5,8	10,2	5,3	10,2	5,8	7,1

* Las cifras se refieren a meses. *C.V = Comunidad Valenciana, ES = España

Fuente: Sección de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Como se observa, en diez años el incremento de la duración del tiempo de los asuntos resulta

5 Elaborada por la Sección de Estadística Judicial del CGPJ en base a información propia o recopilada de fuentes externas, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/> [Consultado en fecha 5 de septiembre de 2017]

6 Elaborada por la Sección de Estadística Judicial del CGPJ en base a información propia o recopilada de fuentes externas, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/> [Consultado en fecha 5 de septiembre de 2017]

7 www.poderjudicial.es/http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-los-asuntos-terminados/ Datos elaborados por el CGPJ a partir de los datos de movimiento de asuntos reportados en los boletines estadísticos trimestrales. [Consultado en fecha 5 de septiembre de 2017].

Artículos

ser más del doble en algunas jurisdicciones. Llama la atención, por ejemplo, que un asunto social en la Comunidad Valenciana tarde de media más de un año en resolverse.

Quizá por la preocupante información que nos aportan estos datos, parte de la doctrina viene a considerar que el estado de la justicia se encuentra, cuanto menos, lejos de ser el idóneo. Algunos autores hablan incluso de crisis en la justicia, en aquella justicia a la que nos referimos como «justicia tradicional». Con tal de limitarnos al objeto del presente artículo, los autores expuestos se sitúan en aquella parte de la doctrina que aboga por los métodos alternativos de resolución de conflictos para superar, o cuanto menos, mermar, las debilidades del sistema. Ellos son: BARONA VILAR⁸ la cual habla de «Crisis y evolución del paradigma de justicia», ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA⁹ los cuales se refieren a «El derrumbe del mito de la justicia», y GARCÍA VILLALUENGA¹⁰ quien apunta a una «Crisis de la Administración de Justicia».

Para la primera autora hoy en día estamos asistiendo a un cambio de paradigma¹¹ de justicia, el cual se debe, en parte, a «la glocalización: la aplicación en lo local de lo pensado globalmente, la cual ha alterado los parámetros de Justicia, tanto en el ámbito de la tutela efectiva penal como en sede civil. Así, elementos endógenos han penetrado y han alterado los viejos postulados de la Justicia como elemento intrínsecamente vinculado a «lo público», al «Estado», a lo nacional». Siguiendo su razonamiento, este nuevo paradigma, de planteamiento global y no local, genera, por un lado, «una magnificación de la idea de seguridad, que cada vez genera más inseguridad, más control, más represión, menos seguridad y menos decisiones democráticas. Por otro lado, una tendencia a la dejación nacional que lleva a considerar necesarias o posibles las intervenciones de nuevos actores en la consecución de la tutela (notarios, registradores, mediadores, negociadores, árbitros)»¹².

Para los segundos autores, una de las flaquezas del sistema judicial radica en la idea de que el proceso judicial merma, en cierta manera, la capacidad de decisión de las partes, su libertad a la hora de decidir sobre la solución a sus conflictos. Consideran que durante mucho tiempo se ha mantenido y transmitido la idea de que la única vía ante un conflicto es acudir a los tribunales y que la civilización occidental no ha fomentado «las capacidades de la propia sociedad de resolver, sin intervención del aparato del Estado, los problemas privados, antes al contrario, ha potenciado el mito de la justicia como único mecanismo idóneo que puede reportar una solución beneficiosa¹³».

En su argumentación, citan a Folberg y su teoría de Let the clients decide, en la que arguye

8 BARONA VILAR, S., «Justicia Integral» y «Access to Justice» crisis y evolución del «paradigma», en BARONA VILAR, S., (Dir.), Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia, Pamplona, Thomson Reuters, 2016, p.55

9 ORTUÑO MUÑOZ, J.P; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», Fundación Alternativas, 2007, p.15

10 GARCÍA VILLALUENGA, L., «La mediación familiar: una aproximación normativa», Portularia, vol.VII, núm. 1-2, 2007, pp. 4-5

11 BARONA VILAR, S.; «Justicia Integral» y «Access to Justice» crisis y evolución del «paradigma...» cit., p.49, referenciando a KUHN.

12 BARONA VILAR, S.; «Justicia Integral» y «Access to Justice» crisis y evolución del «paradigma...» cit.p.50. Más en BARONA VILAR, S., «Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la Mediación», Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - nº 1, 2011, pp. 185-211

13 ORTUÑO MUÑOZ, J.P; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; «Sistemas alternativos a la resolución...», cit., p.16

Artículos

«que el ciudadano debe recuperar la capacidad de gestión de sus propios problemas, como facultad que el Estado feudal le arrebató hace siglos, y que el Estado de la «razón», de la Ilustración, no terminó nunca de devolverle». También desarrollan la postura de Ambrose Bierce, quien en su obra «satírica y despiadada «El Diccionario del Diablo» (1914), define la justicia como una función ajena a los ciudadanos, y como poder, que es monopolio del estado que lo ejerce de manera exclusiva y excluyente».

Para GARCÍA VILLALUENGA, las causas de la «crisis de la Administración de Justicia» están provocadas por «la aprobación constante de normas, la mayor conciencia de los ciudadanos para exigir sus derechos, los nuevos tipos de conflictos o la demanda de una mayor agilidad y eficacia del sistema jurisdiccional por parte del justiciable». En opinión de la autora esta situación hace que los ADR (Alternative Dispute Resolution) sean valorados como ampliamente ventajosos ya que, en efecto, «estos métodos descongestionan los Tribunales; economizan tiempo, aumentan la participación de los actores y con ellos su responsabilidad para comprometerse y cumplir dichos pactos, posibilitando relaciones posteriores entre ellas y favorece que las partes adquieran la capacidad de solucionar otros futuros conflictos del mismo modo¹⁴».

En síntesis, debemos considerar, por un lado, que la continua y elevada tasa de litigiosidad, junto con la tasa de pendencia de los asuntos, ha elevado la carga de trabajo de la mayor parte de los Tribunales de Justicia, aumentando de forma considerable el tiempo medio de resolución de los asuntos. Estas circunstancias, junto con otras de índole económico y social, han contribuido a la mala percepción de la ciudadanía para con el funcionamiento de la Administración de Justicia. Por otro lado, tal y como se ha expuesto, parte de la doctrina considera que los métodos alternativos de resolución de conflictos son una buena herramienta para contribuir a solucionar, o cuanto menos, mejorar, las debilidades manifestadas en la «justicia tradicional».

3. La justicia en mediación

Como hemos expresado en el apartado anterior, la mediación, además de poder contribuir a la mejora de las deficiencias que presenta el sistema judicial, supone una vía, un cauce, un medio más a disposición de la ciudadanía de acceso a la Justicia, y es que debe superarse la creencia de que la necesidad de buscar una solución justa a un conflicto inter partes se satisface de manera exclusiva acudiendo a los Tribunales de Justicia.

Así, para GARCÍA-AÑÓN¹⁵ el concepto de acceso a la justicia puede tener dos sentidos interconectados entre sí: «uno procesal y otro de justicia sustantiva. El primero se refiere al acceso a la asistencia jurídica y al sistema de procedimientos jurisdiccionales en los que se reivindicar derechos o se resuelven disputas (esto es, a lo que en este estudio se ha tratado como Justicia Tradicional). El segundo, a que los resultados sean individual y socialmente justos». Podemos afirmar que la mediación se incardina en este segundo sentido y a continuación se expone el porqué.

14 GARCÍA VILLALUENGA, L., «La mediación familiar: una aproximación...» cit., pp. 4-5

15 GARCÍA-AÑÓN, J.; «Acceder a la justicia y hacer justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas...», cit.; referenciado a Garth y Cappelletti 1978:182; Francioni 2007: 1; Rhode 2013:532.

Artículos

Pese al necesario apoyo e impulso, tanto institucional como legislativo, que debe asistir a la mediación en su condición de vía de acceso a la justicia¹⁶, cuando hablamos de justicia en mediación nos estamos refiriendo a un concepto de justicia individualista. La consecución de justicia en un procedimiento de mediación es entendido como la satisfacción igualitaria y personal de un conflicto inter partes. Esto es, no se concibe como una justicia social, no se aspira a una justicia solidaria, general, pública o comunitaria, sino a la conformación de una justicia interna, limitada al ámbito personal de las partes. La justicia en mediación es buscada, creada y satisfecha de manera privada por los propios participantes.

Aunque el alcance de la justicia en mediación siempre se materializará y culminará mediante el acuerdo, libre y consensuado, entre las partes; resulta necesario realizar una distinción entre, por un lado, la percepción subjetiva y personal que pueden tener las partes de la justicia alcanzada y, por otro lado, la percepción objetiva de la misma, pues puede que ambos puntos de vista no coincidan. Se explica:

Desde un punto de vista subjetivo, cabe la posibilidad de que la solución alcanzada en el procedimiento de mediación no se considere justa, tanto por las propias partes implicadas como a la vista de terceras personas ajenas al procedimiento. Es decir, las partes, según su propio fuero interno, opinión y criterio, pueden considerar que la solución a la cual se ha llegado, pese a que ellas mismas la han aceptado, no es completamente justa. Esto es, sienten que la solución de su propio conflicto no alcanza su visión idealista de «aquello que es justo». Por consiguiente, la justicia en mediación en términos subjetivos dependerá de la percepción de la parte, de sus sentimientos, de su postura frente al conflicto y frente a la otra parte, de su convicción interna, de sus emociones y de otras influencias externas e internas que pueden condicionar su propia opinión y postura. Pese a que alguna o ambas partes pueda pensar que el acuerdo logrado no es perfectamente justo, el éxito de la mediación lleva implícito una serie de concesiones y cesiones efectuadas de manera consciente bajo el imperio del diálogo, la comunicación, y, de manera significativa, la voluntariedad. Por ese motivo, desde un prisma objetivo o externo a la esfera interna de las partes, mediante el logro del acuerdo (esa solución convenida de forma libre y voluntaria) siempre se conseguirá la producción u obtención de justicia en el conflicto, pues las partes, de motu proprio, de forma libre y según sus propias experiencias, posturas y conocimientos habrán creado su propia justicia, aceptando las disposiciones del acuerdo como razonables y favorables para ellas mismas¹⁷.

Esta reflexión nos conduce a hablar de la importancia de la autocomposición: característica principal de la mediación y de otros sistemas como pueden ser la conciliación o la negocia-

16 A pesar de la esfera individualista que caracteriza la mediación, las instituciones (judiciales y legislativas) no pueden olvidar su promoción y fomento dado su particularidad de vía de acceso a la Justicia. Como ejemplo, en el plano judicial podemos hacer referencia a la Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial elaborada por el CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/MEDIA-CI%C3%93N/FICHERO/20161108%20GU%C3%8DA%20PARA%20LA%20PR%C3%81CTICA%20DE%20LA%20MEDIACI%C3%93N%20INTRAJUDICIAL.pdf>; en el plano legislativo, a la DIRECTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y a las distintas regulaciones autonómicas que existen en la materia.

17 Esta reflexión puede relacionarse y fundamentarse con la Teoría de la Justicia de Hume (HUME, D.; Tratado de la Naturaleza Humana, ed. preparada por Félix Duque, Madrid, Tecnos, 1988) quien afirmaba que «las impresiones que dan lugar al sentido de la justicia no son naturales al espíritu del hombre, sino que surgen del artificio y las convenciones humanas, pues ya que una alteración considerable del temperamento y las circunstancias destruye igualmente la justicia y la injusticia, y ya que una alteración tal tiene efecto tan sólo por cambiar nuestro interés y el interés público, se sigue que el primer establecimiento de las reglas de la justicia depende de estos diferentes intereses».

Artículos

ción. En los métodos autocompositivos son las propias partes implicadas las que, de manera consensuada y voluntaria, alcanzan una solución para su controversia. Conceptualmente, se contraponen a los denominados sistemas heterocompositivos de resolución de conflictos, los cuales se caracterizan porque una tercera persona individual (juez o árbitro) o colegiada (tribunal), resuelve y decide la solución al conflicto que le ha sido planteado por las partes mediante una sentencia o resolución.

Aún la autocomposición del método, las partes en el procedimiento de mediación están asistidas durante todo momento por la figura de la persona mediadora, cuya intervención es neutral e imparcial, pues su actuación debe limitarse a guiar, orientar y coadyuvar a las partes en su proceso hacia la búsqueda del acuerdo, del arreglo, de la propia justicia satisfactoria para sí mismas. Pese a la imprescindible función que detenta esta figura, en lo que aquí nos ocupa queremos enfocarnos en destacar la posición de absoluto protagonismo que adquieren las partes mediadas en el procedimiento de mediación, ya que, sin lugar a dudas, éstas adquieren una postura privilegiada respecto a cualquier otro sistema de resolución de conflictos. Las partes en mediación son las principales protagonistas del procedimiento, son partes activas del mismo, puesto que van construyendo su propia solución y moldeando (o no) sus respectivas posturas, bajo su propio criterio y palabra, según su conveniencia¹⁸. La posición de las partes en mediación experimenta un importante empoderamiento, pues ellas tienen durante todo el procedimiento un enorme control sobre sus posturas, opiniones, tiempos, etc. El empoderamiento, como ocurre en la mayoría de casos, implica libertad a título individual para las partes, al mismo tiempo que asegura igualdad de posiciones entre ellas. Por tanto, cabe hacer énfasis en la singular y trascendental posición de participación que las partes adquieren en la resolución del conflicto en mediación, pues, puede decirse que, gracias a las características que ofrece este método, ellas mismas participan de forma directa en la solución del conflicto, esto es, participan en la satisfacción de su propia justicia.

La mediación es el único de éstos métodos en el que las partes ostentan en todo momento el control, el gobierno, el poder sobre su propio problema, son las gestoras del mismo y, de este modo, deciden voluntariamente, cómo y cuándo acuerdan una solución. En este tipo de procedimiento, las partes tienen libertad para decir hasta dónde están dispuestas a llegar para alcanzar una posible solución y cuánto de sus respectivas posturas son capaces de ceder o dar. Esta es una de las grandes ventajas del sistema y aquello que lo hace único respecto a otros. Por ejemplo, en el arbitraje, en última instancia el árbitro dictamina una solución, un laudo que las partes deben acatar; en la Justicia Tradicional ocurre lo mismo, ya que las partes confían la solución de su controversia a una tercera persona. Sin embargo, en la mediación, con el apoyo del papel facilitador de la comunicación que ejerce la persona mediadora, las partes por sí mismas pueden llegar a solventar la situación de discordia y alcanzar, en su caso, un acuerdo mutuo.

Así, en palabras de ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA¹⁹, «frente a la imposición de una decisión por un tercero, basada en una referencia autoritaria y coactiva, que es lo que representa en definitiva la sentencia judicial o el laudo arbitral, la mediación ofrece un producto totalmente diferente, puesto que el mediador, el tercero, no debe ni siquiera expresar su

18 En este sentido véase ORTUÑO MUÑOZ, J.P; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; «Sistemas alternativos a la resolución...», cit., p.35.

19 ORTUÑO MUÑOZ, J.P; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; «Sistemas alternativos a la resolución...», cit., p.12

Artículos

opinión personal o técnica, sino que su intervención se centra en restaurar la comunicación entre las partes, y en propiciar que sean ellas mismas, las que pongan los medios para superar el problema con un acuerdo que, realmente, puede ser la solución del conflicto, que deja de existir porque se supera». En efecto, aunque los intereses de las partes en un procedimiento judicial están representados por su defensa y representación letrada, las partes involucradas no dejan de adoptar una postura pasiva y delegan la solución de su conflicto en una tercera persona (juez o tribunal)²⁰ que impone una solución basada en la legalidad y, de manera innegable, también en su propio criterio y subjetividad a la hora de interpretar.

Llegados a este punto del estudio y teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, podemos afirmar:

1. Que las partes en mediación tienen una actuación activa y protagonista en el procedimiento de mediación ya que ellas mismas participan de forma directa en la búsqueda de la solución del conflicto y, en consecuencia, en la consecución de su propia Justicia.
2. Que teniendo en cuenta esta característica participativa, exclusiva y fundamental del procedimiento de mediación, parece razonable plantear que la justicia en mediación se concibe, y a su vez, puede denominarse, como Justicia Participativa.

4. Análisis del concepto de justicia participativa

En este apartado profundizaremos en el concepto de Justicia Participativa exponiendo el desarrollo cognitivo, relacional y creativo que nos ha conducido hasta él. Con la intención de aumentar la fundamentación de las conclusiones extraídas en el punto anterior creemos útil e ilustrativo plantear un paralelismo entre el concepto de democracia participativa y la idea de Justicia Participativa, pues, bajo nuestro punto de vista, entre ambas nociones pueden converger similitudes significativas.

Con tal de exponer los puntos de conexión entre estos dos conceptos de una manera metódica y clara vamos a dar respuesta, en cada uno de los conceptos, a las mismas cuatro preguntas, a saber: ¿Qué es?, ¿A qué se debe?, ¿Qué implica? y ¿Qué pretende?

Conceptualmente (¿Qué es?), la democracia participativa se ha definido²¹ como «aquel conjunto de instrumentos jurídicos (refrendos, iniciativas populares, etc.) mediante los cuales se busca una mayor participación de los ciudadanos en el Gobierno, así como un mayor control de éstos sobre sus gobernantes y representantes políticos, siendo el objetivo último conseguir una mejora y profundización en la democracia²²». También ha sido definida como el «sistema que ofrece a los ciudadanos, individualmente o a través de representantes de intereses sociales, la posibilidad de presentar opiniones y propuestas en los procesos de adopción de decisiones públicas con la finalidad de influir en los mismos²³».

20 Vid. en este sentido, MORALES FERNÁNDEZ, G.; «La mediación, contenido de la tutela judicial efectiva», Revista La Toga, n.º 188, 2013, p.47-50.

21 Sobre Democracia Participativa vid. HELD, D.; Modelos de democracia (versión española de Teresa Albero, preparación de la segunda edición a cargo de Adolfo Gómez Cedillo), Madrid, Alianza Editorial, 2007.

22 RAMÍREZ NÁRDIZ, A., «La democracia participativa como elemento del modelo democrático del siglo XXI», *Advocatus*, Volumen 11, núm. 23, 117 -131, 2014, disponible en <https://dialnet.unirioja.es> a 1/07/2017.

23 CASTEL GAYÁN, S., «Descentralización política, participación ciudadana y renovación jurídica: ¿Hacia una democracia participativa».

Artículos

Para algunos autores la causa del surgimiento de la democracia participativa (¿A qué se debe?) puede atribuirse a las debilidades, insuficiencias e incluso crisis de la democracia representativa, entre las que se encuentra el incesante aumento del sentimiento de falta de legitimidad y confianza para con las instituciones democráticas²⁴ provocado, en gran medida, por el incremento de los casos de corrupción política²⁵. Así, la democracia participativa se erige como una respuesta social a las deficiencias que, con el paso del tiempo, se han ido revelando en la democracia representativa, pues, el sentimiento de falta de representación junto con los vicios desvelados, provocan en la ciudadanía una reacción de mayor implicación y control en la vida política.

Sobre democracia participativa (¿Qué implica?), RÁMIREZ NÁRDIZ²⁶, indicaba que la misma «implica la apertura al cambio, el pluralismo es uno de sus elementos necesarios e irrenunciables, la aparición de novedades y variaciones sobre el modelo original es, en gran medida, tan inevitable como deseable y necesario, pues, al modo de un ser vivo, la democracia, si quiere mantenerse viva, debe moverse y adaptarse al medio siempre cambiante que la envuelve». Y procedía «la democracia participativa aparece como un elemento más en este desarrollo y evolución constante de la democracia como todo». La democracia participativa supondría, de este modo, una adaptación a nuevas formas de organización y demanda sociales. Se trata de una progresión evolutiva positiva que perfecciona y enriquece el modelo de democracia y representación, una evolución que se produce inevitablemente por los cambios y progresiones inherentes al avance de cualquier metodología.

Con lo que parece coincidir gran parte de la doctrina es en el hecho de que la democracia participativa (¿Qué pretende?) no pretende sustituir ni reemplazar a la democracia representativa, sino, más bien, «complementarla, mejorarla, acercarla a los ciudadanos. No busca su eliminación, sino, muy al contrario, su profundización mediante la incorporación de instrumentos participativos que la hagan más atractiva al ciudadano²⁷». Es decir, aquellas formas de participación englobadas dentro de la democracia participativa buscan enriquecer y mejorar, de manera general, el sistema democrático. En definitiva, dotan a la ciudadanía de un mayor acceso a las instituciones democráticas y a la vida política, hecho que contribuye a una mejora de la calidad democrática.

Pues bien, planteemos ahora las mismas cuestiones para el concepto de Justicia Participativa

va?», Revista catalana de dret públic, núm. 43, 2011, pp.279-316. Si se quiere profundizar en el término, interesante a este respecto resulta el completo trabajo de COLINO, C. y DEL PINO, E., «Democracia Participativa en el nivel local: debates y experiencias en Europa», Revista catalana de dret públic, núm. 37, 2008, pp.247-283, recuperado de <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2165/n37-delpino-colino-es.pdf> en 5/07/2017

24 CHAVES GIRALDO, P., «Democracia participativa», Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, núm.3, septiembre 2012-febrero 201, pp. 213-217, recuperado de <http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2013/11/Eunomia3-final-revisado.pdf> en 5/07/2017

25 En julio de 2017 el 45,3% de las personas encuestadas consideró «La corrupción y el fraude» como el segundo mayor problema de España, tras el paro. Fuente: CIS

26 RAMÍREZ NÁRDIZ, A., «La democracia participativa como elemento del modelo democrático del siglo XXI», *Advocatus*, Volumen 11, núm.23: 117-131, 2014, disponible en <https://dialnet.unirioja.es> a 1/07/2017.

27 RAMÍREZ NÁRDIZ, A., «La democracia participativa como elemento del modelo...», cit. También en este sentido, CHAVES GIRALDO, P., «Democracia participativa...», cit. pp. 213-217; y CASTEL GAYÁN, S., «Descentralización política, participación ciudadana...», cit., pp.279-316.

Artículos

con tal de comprobar si, efectivamente, podemos mantener la existencia de una conexión entre ambos conceptos.

La Justicia participativa (¿Qué es?), supone una mayor participación de la ciudadanía en el acceso, producción y obtención de justicia. Esta forma de justicia, materializada mediante el instrumento de la mediación, persigue el retorno del control y el protagonismo directo sobre el conflicto a las propias partes implicadas, aspecto que en la «justicia tradicional» se deja en manos del Juez o Tribunal e incluso, en cierta medida, en sus defensores y representantes. Es, en definitiva, un sistema o modo de justicia que ofrece una mayor participación y gestión a las partes sobre su propio conflicto, peculiaridad que les reporta un incremento de libertad, así como una mayor satisfacción y nivel de acuerdo para con la solución del conflicto.

Doctrinalmente se han vinculado las causas (¿A qué se debe?) del desarrollo de los métodos alternativos de resolución de conflictos, de la mediación y, por tanto, también de la Justicia Participativa, al aumento de la consciencia de la ciudadanía acerca de sus derechos, a una mejor educación y cultura y al incremento de las relaciones jurídicas, económicas y sociales a nivel nacional e internacional²⁸. Estas circunstancias pudieron favorecer el crecimiento cualitativo y cuantitativo de conflictos y controversias, los cuales, a su vez, han ido, progresivamente, saturando y sobrecargando los Tribunales de Justicia hasta el punto de ver afectada su eficacia²⁹. De este modo, podríamos afirmar que el nacimiento y posterior desarrollo de la mediación y la Justicia Participativa se ha producido, al igual que en democracia participativa, como respuesta a las debilidades, insuficiencias y crisis de la «justicia tradicional».

Las causas del apartado anterior deben completarse con la respuesta a la tercera cuestión (¿Qué implica?) y es que lo cierto es que ningún sistema, por muchas virtudes que haya demostrado, puede considerarse perfecto, pues no resulta extraño que, con el paso del tiempo, los considerados «paradigmas» vayan sacando a la luz vicios, carencias o deficiencias y experimenten algunos cambios o variaciones. Así, los sistemas no suelen mantenerse estancos o invariables, sino que tienden a adaptarse a las demandas sociales, a las circunstancias históricas, económicas o ideológicas de cada época. En consecuencia, resulta razonable manifestar que, tal y como ocurre con la democracia representativa, el modelo de justicia tradicional está abierto al cambio, a novedades y evoluciones, que surgen como adaptaciones al medio social que la envuelve y que contribuyen a mejorar, completar y enriquecer el modelo «original».

Por último cabe decir que, al igual que ocurre con la democracia participativa con respecto a la democracia representativa, la mediación o Justicia Participativa (¿Qué pretende?) no pretende sustituir o reemplazar a la «justicia tradicional», sino ser una vía alternativa o complementaria a la misma con el objetivo de ampliar las opciones de la ciudadanía a la hora de resolver los conflictos y de mejorar, con carácter general, el acceso a la justicia. Durante mucho tiempo, e incluso hoy en día, parece primar en la sociedad la idea de que la única vía para la solución de los conflictos son los juzgados y los Tribunales de Justicia. Sin embargo, como se ha expuesto en este artículo, existen otras vías o modos de acceso a la justicia que conviene potenciar con el objetivo de mejorar, enriquecer y dotar de una mayor calidad todas las posibles vías a disposición de la ciudadanía de acceso a la justicia.

28 BARONA VILAR, S.; Mediación, arbitraje y jurisdicción..., cit., p.40-41

29 Vid. apartado 2 de este artículo.

Artículos

En definitiva, existen suficientes puntos de conexión que nos permiten unir el todavía joven (al menos en la práctica) modelo de democracia participativa con aquello que en este estudio hemos planteado como Justicia Participativa, esa justicia que se crea y obtiene mediante la mediación. Seguidamente, y a modo de recopilación de lo anteriormente expuesto, mostramos un cuadro comparativo que resume las similitudes entre la democracia participativa y la Justicia Participativa:

¿Qué es?	¿A qué se debe?	¿Qué implica?	¿Qué pretende?
Ambos son sistemas que, mediante una serie de métodos, permiten una mayor participación y protagonismo de la ciudadanía en la democracia o en la justicia, respectivamente	Ambos son consecuencia de las debilidades, insuficiencias o crisis manifestadas en los modelos de democracia o justicia «tradicionales u originales»	Ambos implican un cambio, variación o evolución sobre los sistemas de democracia y justicia con el fin de enriquecerlos, mejorarlos y ampliar sus capacidades.	Ninguno de los dos pretende sustituir o desplazar a sus respectivos modelos «tradicionales u originales», sino ser una alternativa o un complemento a los mismos que amplíe las opciones de la ciudadanía.

No quisiéramos terminar este apartado sin antes hacer referencia a una cuestión que, aún sin incluirla en los puntos comunes anteriores, nos parece relevante a la hora de hablar tanto de democracia participativa como de Justicia Participativa, esa cuestión es la relación entre participación y educación. Debe tenerse en cuenta la importancia de la educación, la cultura y la formación de la ciudadanía a la hora de participar en asuntos políticos, legislativos y también judiciales o de justicia, como es el caso de la Justicia Participativa. La participación puede hacer más libres, independientes e iguales a las partes, pero el saber y la aptitud de éstas, consigo mismas y con la cultura que les rodea, pueden tener una gran influencia en el buen hacer de la participación.

En este mismo sentido escribía MORALES FERNÁNDEZ³⁰ y afirmaba «cuanto más poderosa es la inteligencia general, mayor es la facultad para tratar los problemas desde una actitud crítica, utilizando la lógica, la educación, la inducción y la argumentación en la comunicación inteligente». También DE LA TORRE OLID y CONDE COLMENERO³¹ apuntaban que la participación de la ciudadanía, tanto en la esfera pública como en la privada, necesita de «la madurez de una sociedad que se encuentre capacitada para negociar. El riesgo es asumir una competencia careciendo de las habilidades para desplegar tal labor».

En consecuencia, también desde nuestra perspectiva, consideramos muy importante la educación y la formación de la ciudadanía para que su participación, tanto en los asuntos públicos como privados, se realice de la forma más razonada, consciente, responsable y libre posible. Esta formación y educación para participar responsablemente puede provenir: de influencias externas (educación académica, medios de comunicación, entes públicos, etc); de la autoformación (aquella que la persona haya adquirido por su propios medios o en base a su experiencia), y también, de terceras personas profesionales a modo de asesoramiento u orientación (la cual resulta bastante frecuente en los procedimientos de mediación).

30 MORALES FERNÁNDEZ, G., «La mediación, contenido de la tutela judicial efectiva...», cit.; pp. 47-50

31 DE LA TORRE OLID, F. y CONDE COLMENERO, P., «El principio de participación en la mediación», *Diario La Ley*, Nº 8469, Sección Doctrina, 29 de enero de 2015, Ref. D-34, Editorial LA LEY.

5. Características y efectos de la justicia participativa

Siguiendo con el desarrollo de la Justicia Participativa, en este apartado se realiza un análisis más práctico del concepto. En apartados anteriores nuestro objetivo ha sido argumentar una visión teórico-conceptual, sin embargo, a continuación, vamos a analizar qué aspectos, características o propiedades podemos encontrar en la practicidad del método de mediación que nos permiten plantear la idea de la Justicia Participativa. Con tal de organizar nuestro planteamiento, hemos dividido este apartado en dos bloques: Características de la Justicia Participativa en mediación y Efectos generales de la Justicia Participativa.

5.1. Características de la Justicia Participativa en mediación

¿Cómo se traduce en la práctica la teoría de la Justicia Participativa? ¿Qué evidencias o características de Justicia Participativa podemos encontrar realmente en la práctica de la mediación? ¿Cómo se materializa la participación de las partes en la mediación? Con tal de ofrecer respuesta a estas cuestiones vamos a repasar las características comunes y propias de este tipo de procedimiento desde el punto de vista legislativo, ya que muchos de los principios, derechos, deberes y actuaciones recogidos en las leyes de mediación que han ido promulgándose en nuestro país, tanto familiares como generales³², demuestran y evidencian la voluntad participativa de este tipo de métodos.

La finalidad y el objeto de las leyes de mediación

Por lo que se refiere a la finalidad y al objeto de las leyes de mediación cabe resaltar el importante cambio de tendencia que se está produciendo en los últimos años. Estas dos características tienen más que ver con el término de justicia que con el concepto de la participación, pues podríamos decir que los cambios efectuados en estas características modifican el alcance de la justicia en mediación, veámoslo.

Tradicionalmente el uso de la mediación se aplicó a aquellos conflictos surgidos en el ámbito de la familia, por este motivo las primeras leyes autonómicas promulgadas en España sobre mediación limitaron su finalidad y objeto entorno a esta institución. Resulta frecuente encontrar en la exposición de motivos de estos textos normativos que la finalidad de la norma es «buscar solución a los posibles problemas surgidos en la familia o minimizar las consecuencias de los mismos³³» y así, en este mismo sentido, también se formula el objeto de las leyes.

No obstante, la última tendencia normativa, influida en buena medida por dictámenes de la Unión Europea³⁴, se dirige hacia la ampliación de los objetos de las leyes de mediación superando el limitado y escueto ámbito de los conflictos familiares. De este modo, a raíz

32 Entre ellas destacamos aquellas leyes con objeto más generalista, como la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, y sobre todo la Ley de Cantabria 4/2017, de 19 de abril, por la que se modifica la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria y también, aunque resulta todavía un anteproyecto de Ley, el Anteproyecto de Ley de Mediación de la Comunitat Valenciana.

33 Vid. en este sentido el preámbulo de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana o la exposición de motivos de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León, entre otras.

34 Vid. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Artículos

de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se superó el ámbito familiar y se amplió, de forma general, a asuntos civiles y mercantiles. En España esta Directiva fue transpuesta mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, el verdadero salto cualitativo en este asunto fue liderado por la comunidad de Cantabria la cual en su Ley 4/2017, de 19 de abril, por la que se modifica la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria, ampliaba de forma general el objeto de la mediación al incluir todas aquellas materias que fueran «de libre disposición para las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación³⁵».

Pues bien, como decíamos al inicio, esta ampliación en el objeto de las leyes de mediación nos parece fundamental para entender la mediación como una completa y efectiva vía alternativa y complementaria a la Administración de Justicia. Esto es, si entendemos la mediación como una auténtica vía de obtención de justicia, tal y como hemos defendido en el presente artículo, no podemos limitar el objeto de esta justicia únicamente a conflictos familiares, sino que el objeto debe abarcar el mayor número de ámbitos y de conflictos que la ley permita. Los conflictos pueden surgir en cualquier tipo de ámbito y donde haya conflicto podrá haber justicia. Por este motivo, si verdaderamente se quiere fomentar el uso de la mediación como vía de acceso a la justicia y utilizar todas las posibilidades que puede ofrecernos este sistema, el objeto de la misma debe abarcar un ámbito de actuación lo más amplio posible. De lo contrario, no podríamos considerarla una vía de acceso a la justicia, tampoco una forma de justicia, de Justicia Participativa; sino, simplemente, un método alternativo de resolución de conflictos familiares.

Los principios de la mediación y el procedimiento en las leyes de mediación

Realmente es en estos puntos donde podemos empezar a apreciar las implicaciones de la Justicia Participativa. Ésta puede ejemplificarse teniendo en cuenta algunos de los principios de la mediación y su procedimiento, los cuales se recogen en la mayor parte de las leyes sobre esta materia, a saber:

La voluntariedad. Es uno de los principios más importantes en mediación. Implica que las partes, en todo caso, tiene libertad para participar o no en la mediación, también para alcanzar o no un acuerdo.

La flexibilidad. Las partes participan en la organización del procedimiento de mediación, toman parte en la decisión de cuántas sesiones tendrá la mediación y cada cuánto tiempo se van a desarrollar.

Libertad en la elección de la persona mediadora. Suele establecerse de forma prioritaria la elección libre y consensuada por las partes a la hora de escoger la persona que mediará la mediación. Las partes también pueden participar, pues, en la elección de la persona que les ayudará a encontrar solución a su conflicto.

Igualdad de las partes. Las partes actúan en igualdad de condiciones a la hora de expresar sus opiniones, ante la persona mediadora, en la participación e implicación en el proceso, en el

35 Artículo 3.1 de la Ley 4/2017, de 19 de abril, por la que se modifica la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria.

Artículos

logro del acuerdo... Las partes participan en la mediación como iguales, pues la persona mediadora asegura esta participación igualitaria, así como la igualdad en el acuerdo del conflicto.

Las partes en mediación

Es en la actuación de las partes donde se hace más notoria esta característica de participación en mediación. Tal y como se ha comentado en este estudio³⁶, las partes en mediación adoptan una postura proactiva y protagonista, la cual les permite participar en primera persona en el procedimiento, expresarse y comunicarse de forma totalmente libre y espontánea con los demás actores, en definitiva, ser partícipes en la consecución de su propia justicia, asumiendo e implicándose de forma responsable en el arreglo de sus propios conflictos. Las partes, aún contando siempre con la asistencia profesional de la figura orientadora del mediador, eligen qué decir, cuándo decirlo y cómo decirlo, pues este método permite una participación directa y total de las personas en la gestión de sus propios conflictos. Además, esta forma de participación, es una característica prácticamente única de este tipo de método, pues pensemos que en otros sistemas (como juzgados, tribunales, arbitrajes o negociaciones) las partes no tienen esa participación, implicación e intervención tan directa en el procedimiento.

5.2. Efectos generales de la Justicia Participativa

Las manifestaciones o características de Justicia Participativa en mediación identificados en el bloque anterior tienen un efecto que recae de forma individual sobre las partes que se someten al propio procedimiento. Sin embargo, la Justicia Participativa puede generar efectos generales de considerable relevancia, que van más allá del propio procedimiento y que merece la pena destacar.

Efectos a nivel judicial de la Justicia Participativa

El primero de los efectos a mencionar tiene que ver con el resultado del procedimiento de mediación, de la Justicia Participativa. Aunque no siempre se querrá o será posible llegar a un punto en común, resolución o acuerdo, en la mediación, si consigue llegarse a una solución del conflicto, será porque ambas partes, de común acuerdo, así lo habrán decidido³⁷. La voluntad común en la decisión del acuerdo implica la satisfacción de todas las partes en la resolución del conflicto, lo que a su vez, aumenta el índice de cumplimiento de los acuerdos adoptados. No obstante, podemos decir más, y es que el consenso común no solamente implica una mayor probabilidad de cumplimiento del acuerdo, sino que incrementa, de forma considerable, la sensación de justicia de las partes al haber participado, ellas mismas de forma conjunta, en el proceso de formación y alcance de la decisión adoptada.

De forma opuesta, esto no suele darse a menudo en la «justicia tradicional», donde las partes confían la solución del conflicto a una tercera persona que, generalmente, otorgará la razón a una parte y se la quitará a otra. Esta “solución” al problema no hace sino establecer una

36 Vid. apartado 2 de este artículo.

37 Matización: vid. apartado 2 de este artículo en cuanto al punto de vista objetivo y subjetivo de la justicia efectuada en la solución o acuerdo de mediación.

Artículos

suerte de vencedores y vencidos en la que, inevitablemente, en muchos casos, una parte se siente frustrada y renegada de la justicia. En este sentido ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA³⁸ hacían referencia a las palabras de MUÑOZ SABATÉ quien señalaba que «en su dilatada experiencia profesional desconocía, un solo caso, en el que la persona que ha obtenido una sentencia en contra haya experimentado la sensación de que, realmente, él estaba confundido (...). Al contrario, la sensación que generalmente se tiene es que se ha consumado una mayor injusticia con ellos, y se imputa la responsabilidad a los testigos, a la poca habilidad de su letrado, a la mayor capacidad de influencia del abogado de la otra parte, a la actuación de los peritos o, directamente, a la incapacidad o banalidad del tribunal».

Probablemente la sensación de injusticia que a menudo suele sentir la parte que no ha visto satisfechas sus pretensiones en un proceso judicial influirá en la posible posterior decisión de recurrir esa sentencia que no se acepta, esto es, de apelar a una segunda instancia con la esperanza de que la resolución adoptada suene favorablemente. En España, según estadísticas del Consejo General del Poder Judicial³⁹, se estima que el porcentaje de sentencias recurridas oscila entre el 12,7% y el 14,7% desde el año 2009. Los recursos a las sentencias aumentan el tiempo, ya de por sí elevado⁴⁰, de duración de los procesos judiciales. Arrastran y alargan el conflicto llegando a provocar hartazgo y sensación de injusticia o de mala gestión de la justicia en la ciudadanía⁴¹.

Coincidimos, por tanto con MONTERROSO CASADO⁴² al afirmar que la mediación «conlleva un mayor compromiso de cumplimiento del acuerdo como consecuencia de la responsabilidad en la toma de decisiones, lo que facilita el cumplimiento voluntario del pacto y la prevención de nuevos conflictos». Esto provoca la eliminación de la posibilidad de recurso en el asunto mediado. Pero también conlleva la supresión de la celebración del juicio, de las notificaciones, de las ejecuciones... lo que al fin y al cabo supone la desjudicialización de determinados asuntos, el ahorro de costes a la Administración de Justicia y un beneficio para todos los usuarios de la misma.

En consecuencia, la Justicia Participativa proporciona una mayor sensación de control y gestión del conflicto, incrementa la sensación de satisfacción de ambas partes para con la solución adoptada y, también, por consiguiente, puede contribuir a reducir la tasa de sentencias recurridas a la cual hacíamos referencia y a la desjudicialización de los asuntos. Pues puede decirse que en Justicia Participativa, alcanzada la solución o acuerdo entre las partes, alcanzada la satisfacción y complacencia de ambas.

Efectos a nivel social de la Justicia Participativa

Siguiendo con los efectos que puede provocar la Justicia Participativa o mediación, no que-

38 ORTUÑO MUÑOZ, J.P; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; "Sistemas alternativos a la resolución...", cit., p.17

39 Consultado en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Indicadores-clave/> [en fecha de 5 de septiembre de 2017]

40 Vid. Sobre la estimación de tiempos medios de los asuntos terminados del apartado 1.

41 Vid. Sobre la opinión de la ciudadanía acerca el funcionamiento de la Justicia del apartado 1.

42 MONTERROSO CASADO, E., "Ventajas de la mediación frente a los procedimientos judiciales civiles y mercantiles", CEFLegal, revista práctica del derecho. Comentarios y casos prácticos, nº. 185, 2016, pp. 5-32.

Artículos

remos dejar de hacer referencia al importante refuerzo que tienen este tipo de métodos en la contribución, de manera general, a la paz social. En este sentido, la Justicia Participativa supone, como hemos comentado, un fortalecimiento al empoderamiento de las partes, las hace partícipes y proactivas en la toma de sus decisiones, de sus propios acuerdos, los cuales pueden resultar de suma trascendencia para sus vidas. Además, la Justicia Participativa pretende potenciar la comunicación entre las partes, el diálogo, la empatía, el entendimiento. Persigue crear entre ellas un espacio de escucha activa en el que realmente puedan pararse a comprender la postura del otro, una comunicación en la que surjan y confluyan libremente los sentimientos, las opiniones, las voluntades y los objetivos de ambas.

En este punto nos parece acertado hacer referencia a MORALES FERNÁNDEZ⁴³ con quien comulgamos plenamente cuando manifiesta que «la mediación supone una nueva cultura para pensar los problemas la cual facilita una inteligencia global que permite la participación de los ciudadanos que viven sus conflictos en primera persona. Es un desafío desde la responsabilidad, (...) porque tradicionalmente se ha entendido que es mejor delegar los conflictos en un profesional. El ciudadano ha olvidado que tiene el derecho a gestionar su problema, porque cree que la mejor solución llega del experto. Craso error propiciado por una cultura facilitadora de la delegación, por eso es necesario difundir una filosofía capaz de transformar la actitud de los ciudadanos, que facilite una inteligencia pragmática para gestionar los conflictos. Es una reforma paradigmática que permite pasar de la confrontación a la colaboración».

También en este mismo sentido se pronunciaba CABELLO TIJERINA⁴⁴ al afirmar que «la implementación de la mediación como política social aplicada al fortalecimiento de la cultura de paz, viene a convertirse en un esfuerzo más, para la instauración de una cultura donde se prime el diálogo, se promueva la transformación pacífica de los conflictos que surjan en el seno de las sociedades, se potencie la participación y responsabilización de la ciudadanía».

La mediación, por tanto, con todas las virtudes que le aporta la Justicia Participativa, es una buena herramienta para promover un cambio de mentalidad, desde una visión predominantemente pleiteante, a una visión más dialogante o concordante. Debemos tomar las particularidades que nos ofrece la mediación y la Justicia Participativa como una oportunidad para fomentar la responsabilidad social e implicar a la sociedad en la gestión de sus propios conflictos, de aumentar la confianza en la justicia y la satisfacción con el sistema. En definitiva, de favorecer el diálogo y la paz social, los cuales deben ser principios predominantes en cualquier sociedad con valores plenamente democráticos.

Por otro lado, a menudo el éxito de la mediación suele reducirse a la firma de un acuerdo, sin embargo, este método tiene la capacidad de aportar otras muchas ventajas a las partes. Es decir, el hecho de que la mediación no se culmine con acuerdo no quita que los participantes no hayan visto una mejora respecto a su situación relacional inicial. Por ejemplo, la mediación puede haber ayudado a retomar la comunicación entre las partes, pues tengamos en cuenta que, antes del inicio de las sesiones, la relación entre ellas puede ser inexistente. El diálogo,

43 MORALES FERNÁNDEZ, G.; "La mediación, contenido de la tutela ...", cit.; pp. 47-50

44 CABELLO TIJERINA, P.A.; "La mediación como política social. Una vía eficaz para el logro de la cultura de la paz", *Mediaciones sociales. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*, nº. 12, 2013, pp. 191-214. Más en CABELLO TIJERINA, P.A.; *La mediación como política social aplicada al fortalecimiento de la cultura de la paz en México y en España (Tesis Doctoral)*, 2012, Facultad de Trabajo Social, Universidad de Murcia, disponible en <https://digitum.um.es>.

Artículos

la comunicación, el razonamiento y el entendimiento deben ser objetivos primordiales en la mediación, puesto que, cuanto mayor grado de desarrollo éstos alcancen, mayores serán las probabilidades de lograr un acuerdo entre las partes.

La comunicación en mediación alcanza tal relevancia que, de manera muy acertada, ha sido relacionada con la teoría de la acción comunicativa de Habermas por MORALES FERNÁNDEZ⁴⁵: «el lenguaje es racionalidad comunicativa portadora de valores para resolver problemas y buscar interpretaciones conjuntas para sintonizar planes de acción entre los implicados en un conflicto. Una sociedad que está desbordada por los conflictos, necesita dar cobertura a una razón basada en el sentido práctico-moral del hombre, para resolver los asuntos con otros valores que fomenten la calidad de la comunicación, el respeto de las diferencias, la gestión saludable de los conflictos con inteligencia y actitud dialógica. Hay una evidente conexión entre esta base teórica y el proceso de mediación, que por su excepcional pragmatismo facilita la gestión de los problemas».

En resumen, la Justicia Participativa o mediación, además de otorgar a las partes una postura privilegiada de participación y gestión de su propio conflicto, de permitir que sean ellas mismas las que alcancen y creen su propia justicia y, al margen de que se consume o no el acuerdo, fomenta la cultura del diálogo, la paz social, la concordia y el entendimiento entre la ciudadanía, pues contribuye a propiciar un cambio en la mentalidad social actual, la cual sigue siendo mayoritariamente pleiteante.

6. Conclusiones

Iniciamos este estudio haciendo un breve análisis de la situación de la «justicia tradicional», en el que presentamos una recopilación de datos estadísticos que reflejaron una preocupante valoración de la ciudadanía sobre el funcionamiento de la justicia, una elevada tasa de litigiosidad y un aumento en los tiempos de resolución de los asuntos. Como reacción a estos datos, expusimos la opinión de tres autores, quienes conscientes de las dificultades del sistema, de manera coincidente abogaban por el fomento y la utilización de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, en concreto la mediación, como contribución a la mejora del sistema.

La mediación, como otros sistemas alternativos de resolución de conflictos, supone una auténtica vía de acceso a la justicia a disposición de la ciudadanía para gestionar sus controversias. ¿Pero cómo es la justicia que alcanzamos en mediación? Teóricamente, se ha analizado la justicia en mediación desde un punto de vista subjetivo (aquella que se encuentra en la esfera interna de la parte) y, también, desde un prisma objetivo, el cual puede no coincidir con el primero, pero que siempre conllevará la producción de justicia. Hemos puesto de relieve la importancia que adquiere la autocomposición en este sistema, pues las características propias de la mediación sitúan a las partes en una posición de absoluto protagonismo y control sobre su propio conflicto, circunstancia que les permite participar de forma directa en la búsqueda de la solución y, por consiguiente, en la consecución de su propia justicia. Esta característica, casi única del procedimiento de mediación y por la cual éste se diferencia notablemente de la «justicia tradicional», nos ha permitido plantear que la justicia en mediación se concibe, y

45 MORALES FERNÁNDEZ, G., «La mediación, contenido de la tutela...», cit.; pp. 47-50, más desarrollado en MORALES FERNÁNDEZ, G.; Sistemas alternativos de resolución de conflictos. La mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, Madrid, Hispalex, 2014.

Artículos

a su vez, puede denominarse, como Justicia Participativa.

Tratando de aportar un desarrollo teórico más profundo del concepto de Justicia Participativa hemos realizado un análisis comparativo con el concepto de democracia participativa en el que hemos comprobado que ambas nociones presentan considerables similitudes en cuanto a su significado, origen, implicaciones y finalidades, resultado que nos transmite no pocas expectativas en cuanto al potencial del concepto.

En la última parte del estudio hemos pretendido trasladar estos planteamientos teóricos hacia una perspectiva más práctica. A tal fin se ha expuesto, por un lado, que en las leyes reguladoras de los procedimientos de mediación pueden encontrarse sendos ejemplos de Justicia Participativa en relación al objeto de la norma (tendencia a su ampliación), a los principios de la mediación (voluntariedad e igualdad), al procedimiento (flexibilidad y libertad de elección de la persona mediadora) y a las partes mediadas (gestión, control, participación y decisión). Por otro lado, también se ha puesto de relieve los efectos que puede tener la mediación en el ámbito judicial, planteándose que el uso de la misma puede contribuir a reducir la elevada tasa de sentencias recurridas. Pues en Justicia Participativa, una vez se alcanza la solución o acuerdo entre las partes se extingue la controversia y por tanto se concluye el procedimiento.

Por último, se ha planteado una reflexión general sobre las virtudes que puede provocar una implementación real de la mediación en la ciudadanía, pues el uso de la misma tiene la facultad de generar un cambio de mentalidad en la sociedad, desde una visión pleiteante hacia una perspectiva dialogante; de fomentar la responsabilidad social e implicar a la ciudadanía en la gestión de sus propios conflictos; de aumentar la confianza en la justicia y la satisfacción con el sistema. En definitiva, de favorecer el diálogo y la paz social, principios esenciales en cualquier sociedad con valores plenamente democráticos.

7. Referencias bibliográficas

- ALVÁREZ GARCÍA, S.; *La teoría de la justicia de David Hume* (Tesis Doctoral), 2015, Facultad de Filosofía, Universidad de Sevilla, disponible en <https://idus.us.es>.
- BARONA VILAR, S.; (Dir.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia, Cizur Menor (Navarra)*, Thomson Reuter Aranzadi, 2016.
- BARONA VILAR, S.; *Mediación: legislación básica*, València, Tirant lo Blanch, 2016.
- BARONA VILAR, S.; «Integración de la mediación en el moderno concepto de Access to Justice. Luces y sombras en Europa», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 4/2014, disponible en <https://dialnet.unirioja.es> a 1/07/2017.
- BARONA VILAR, S.; «Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la Mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 - nº 1, 2011, disponible en <https://dialnet.unirioja.es> a 1/07/2017.
- BARONA VILAR, S.; «Fomento de las ADRS en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social)», *Revista Seqüència*, nº 51, 2005, disponible en <https://dialnet.unirioja.es> a 1/09/2017.
- CABELLO TIJERINA, P.A.; «La mediación como política social. Una vía eficaz para el logro de la cultura de la paz», *Mediaciones sociales. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*, nº. 12, 2013, pp. 191-214, disponible en <https://revistas.ucm.es> a 11/12/2017.
- CABELLO TIJERINA, P.A.; «Elementos del proceso de mediación que favorecen a su implementación como política social», *Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, nº.5, 2013, disponible en <http://revistas.uned.es> a 5/09/2017.
- CABELLO TIJERINA, P.A.; *La mediación como política social aplicada al fortalecimiento de la cultura de la paz en México y en España* (Tesis Doctoral), 2012, Facultad de Trabajo Social, Universidad de Murcia, disponible en <https://digitum.um.es>
- CADENAS ITURRIOZBEITIA, A.; «Mediación como justicia alternativa y diálogo social», *Del verbo al bit*, 2º ed., 2017, disponible en <https://dialnet.unirioja.es> a 1/07/2017.
- CASTEL GAYÁN, S.; «Descentralización política, participación ciudadana y renovación jurídica: ¿Hacia una democracia participativa?», *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011.
- CHAVES GIRALDO, P.; «Democracia participativa», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm.3, septiembre 2012-febrero 201, recuperado de <http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2013/11/Eunomia3-final-revisado.pdf> en 5/07/2017.
- COLINO, C. y DEL PINO, E.; «Democracia Participativa a en el nivel local: debates y experiencias en Europa», *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, recuperado de <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2165/n37-delpino-colino-es.pdf> en 5/07/2017.
- DE LA TORRE OLID, F. y CONDE COLMENERO, P., «El principio de participación en la mediación», *Diario La Ley*, Nº 8469, Sección Doctrina, 29 de Enero de 2015, Ref. D-34, Editorial LA LEY
- DE LA TORRE OLID, F.; «Derechos fundamentales y mediación como instrumento de solución extrajudicial de conflictos. La nueva Ley en mediación de Cataluña, impulso de una ley

Artículos

- nacional», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, ISSN 1699-1524. Núm. 17, 1r trimestre 2011.
- FRANCÉS GARCÍA, F.J.; «El laberinto de la participación juvenil: estrategias de implicación ciudadana en la juventud», *Revista Obets*, nº 2, 2008.
- GARCÍA VILLALUENGA, L.; «La mediación familiar: una aproximación normativa», *Portularia*, vol. VII, núm. 1-2, 2007.
- GARCÍA VILLALUENGA, L.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Revista Política y Sociedad*, núm. 50, 2013, disponible en <https://revistas.ucm.es>.
- GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F., (Dir.-Ed.); *Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia*, Madrid, Dykinson, 2011.
- GORJÓN GÓMEZ, F.J.; «Teoría de la Impetración de la justicia. Por la necesaria ciudadanización de la justicia y la paz», *Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, nº 10, julio 2015.
- GORJÓN GÓMEZ, F.J.; «Mediación, ciencia social emergente», *Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, nº 12, julio 2016.
- HABERMAS, J.; *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, Madrid, 1999.
- HELD, D.; *Modelos de Democracia, versión española de Teresa Alberó*, Madrid, Alianza, 1991.
- HUALDE MANSO, T. (Dir.); *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, Madrid, La Ley, 2013.
- HUME, D.; *Tratado de la naturaleza humana, edición preparada por Félix Duque*, Madrid, Tecnos, 1988.
- MEJÍAS GÓMEZ, J.F.; *Mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, El Derecho Editores, 2009.
- MONTERROSO CASADO, E., «Ventajas de la mediación frente a los procedimientos judiciales civiles y mercantiles», *CEFlegal, revista práctica del derecho*. Comentarios y casos prácticos, nº. 185, 2016.
- MORALES FERNÁNDEZ, G.; *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos. La mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*, Sevilla, Hispalex, 2014.
- MORALES FERNANDEZ, G.; «La mediación, contenido de la tutela judicial efectiva», *Revista la Toga*, nº. 188, 2013.
- NADAL SÁNCHEZ, H.; *Mediación: de la herramienta a la disciplina: su lugar en los sistemas de justicia, Cizur Menor (Navarra)*, Thomson Reuter Aranzadi, 2016.
- ORTUÑO MUÑOZ, J.P.; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal». Fundación Alternativas, 2007.

Artículos

- PARDO IRANZO, V.; *La ejecución del acuerdo de mediación, Cizur Menor (Navarra)*, Thomson Reuter Aranzadi, 2014.
- PARDO IRANZO, V.; *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, València, Tirant lo Blanch, 2015.
- PEREIRA CORSÓN, F., GUTIÉRREZ HERNANZ, E.; *Mediación y teoría*, Madrid, Dykinson, 2014.
- RAMÍREZ NÁRDIZ, A.; «La democracia participativa como elemento del modelo democrático del siglo XXI», *Advocatus*, Volumen 11, núm.23: 117-131, 2014, disponible en <https://dialnet.unirioja.es> a 1/07/2017.
- RAMOS SERPA, G., LÓPEZ FALCÓN, A.; «La formación de conceptos: una comparación entre los enfoques cognitivistas y histórico-cultural», *Educ. Pesqui*, nº 3, vol. 41, 2015.
- RHODE, D.; «Access to Justice», *Fordham Law Review*, nº 5, Vol. 69, 2001.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, C.; *Manual de mediación civil y mercantil: construyendo diálogos para gestionar conflictos*, Logroño, Unir Editorial, 2015.
- RODRIGUEZ LLAMAS, S.; *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*, València, Tirant lo Blanch, 2010.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.; DE PRADA RODRÍGUEZ, M.; (Dir.); *La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Oleiros (La Coruña), 2010.
- SOLETO MUÑOZ, H.; «El derecho colaborativo como una nueva forma de resolución adecuada de conflictos», en M. Peralta (dir.), *Derecho de familia: nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Madrid, Dykinson, 2017.
- SOLETO MUÑOZ, H.; *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2015.
- SOLETO MUÑOZ, H.; «La nueva normativa de mediación y la oportunidad de impulsar una práctica colaborativa de Derecho», *Revista El notario del siglo XXI*, nº 43, 2012, disponible en <http://e-archivo.uc3m.es> a 12/11/2017.
- SOLETO MUÑOZ, H.; «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», *Revista La Ley*, nº 7834, septiembre 2012.
- SOLETO MUÑOZ, H.; «El interés público en los procesos de familia», *Revista de Derecho de Familia*, nº. 18, 2003, disponible en <http://e-archivo.uc3m.es> a 12/11/2017.
- VEGA SÁNCHEZ, Y.; *Gestión de conflictos y procesos de mediación*, Madrid, Paraninfo, 2015.

LA PRUEBA ILÍCITA PENAL: EL ARTÍCULO 11.1 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. PROVISIÓN DE LA PRUEBA VIOLENTANDO DERECHOS O LIBERTADES FUNDAMENTALES ¹

M^a Carmen Buendía Rubio²

RESUMEN: Este trabajo se centra en la prohibición de la prueba ilícita en el proceso, es decir, la obtenida con violación de derechos y libertades fundamentales los cuales deben prevalecer sobre aquella por la importancia capital que los mismos ocupan en nuestro Ordenamiento Jurídico, siendo su exponente legal el artículo 11,1 de la LOPJ, si bien, desde la promulgación de dicha norma, se han consagrado a través de la jurisprudencia diversas excepciones a la misma que han provocado una cierta involución en su desarrollo, teniendo que atender a cada caso concreto para determinar si ha existido o no, violación de derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Violación derechos fundamentales, prueba ilícita en el proceso.

ABSTRACT: This article aims in the study of de prohibition of the illicit proof in the process, meaning the one obtained under violations of fundamental rights and freedom. Thus, these freedoms and rights shall prevail over the illicit proof due to the crucial importance they enjoy en our legal system. The above mentioned illicit proof is regulated by the article 11,1 of the LOPJ. Although since it's promulgation a diverse number of exceptions have arised through jurisprudence. These have proven to be a set-back for its development and application which compels interested parties to confort each arising case individually to find out wetler violation of fundamental rights ocured.

KEYWORDS: Violation of fundamental rights, the illicit Prof. in the process.

SUMARIO: 1.Introducción. La importancia de la prueba en el proceso penal.- 2.La prueba ilícita en el ordenamiento jurídico español.- 2.1.Concepto.- 2.2.Examen del artículo 11.1 de la LOPJ: origen, naturaleza, fundamento, exégesis.- 3.Excepciones a la regla de la exclusión.- 4.Conclusiones.- 5.Bibliografía.- 6.Índice de resoluciones citadas.

1. Introducción. La importancia de la prueba en el proceso penal

No podemos comenzar este trabajo sin hacer mención a la importancia de la prueba en el proceso y concretamente en el proceso penal, con el objeto de delimitar los parámetros en los que nos movemos.

Es indiscutible que la «prueba» ha constituido siempre uno de los puntos capitales en el campo de la Justicia y como tal ha sido considerada y estudiada por innumerables autores. Así de la

1 Original del artículo en castellano

2 M^a Carmen Buendía Rubio es profesora de Derecho Romano en la UNED, y fiscal de Cuenca

Artículos

aserción expuesta por Bentham, «el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar pruebas»,³ se deriva sin dificultad alguna la importancia que la prueba y la actividad probatoria en general, tienen en el campo de la justicia globalmente considerado y, más concretamente, en el campo del proceso⁴, tal y como suscribe López Barja de Quiroga al considerar que la prueba ha de erigirse en el eje principal del proceso, dependiendo de aquélla la consecución de la justicia material, constituyéndose la prueba en «la piedra angular de todo el sistema de justicia y así, los cambios habidos, los avances y retrocesos, siempre han incidido en ella.»

Si esto es así y si, como dice Carnelutti, «...los elementos del proceso, penal o civil, son de forma constante tres, acción, prueba y juicio...»⁵, la prueba se erige necesariamente no sólo en una de las partes fundamentales del proceso, sino también en base fundamental del mismo y ello es así porque el conjunto de actos que componen el proceso tienen como finalidad la obtención de una resolución judicial que resuelva sobre el fondo, de una sentencia –siempre que concurren los presupuestos materiales para ello- que ha de sustentarse en las pruebas aportadas al proceso o, como dice Silva Melero,⁶ «el principio de necesidad de la prueba es consecuencia de aquél otro que reza que el juez debe resolver conforme a lo alegado y probado».

La «prueba» constituye, por tanto, una de las claves fundamentales para entender el cosmos jurídico en su conjunto, constituye el vínculo esencial entre la realidad y la realización de la justicia, objetivo fundamental del Derecho. Según refiere Guasp: «un buen régimen de prueba es lo único, en efecto, que puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda, con el conjunto de verdades que de un modo u otro han de ser recogidas por el proceso, para que éste desempeñe eficazmente su misión».⁷

Estas palabras, mantienen su plena vigencia en nuestro mundo actual y toman especialísimo valor si se conectan en el ámbito del proceso penal. En efecto, en el área civil, la prueba, al igual que en el proceso penal, conduce a la «convicción psicológica del juzgador», la diferencia reside en que ese camino, en la vía penal es mucho más estricto y afinado.

En lo criminal, la realidad objetiva no puede ser transformada en «convicción psicológica del juzgador» a cualquier precio, hay dos controles que no pueden ser sobrepasados sin pagar el alto precio de la nulidad del proceso: la dignidad de la persona, cuya tutela ha de impregnar la totalidad del proceso de obtención de la justicia penal, y la presunción de inocencia, que acumula y resume todos los valores garantistas acuñados en nuestra Constitución. La «prueba penal» ha de ser nítida, garantizando con ello el respeto a la dignidad de quien está sometido a la justicia de los hombres y, también ha de ser contundente, capaz de traspasar el umbral de la presunción de inocencia sin alterar los valores que en dicha presunción se engloban.

La teoría general de la prueba es aplicable en toda suerte de procesos, si bien, en el ámbito penal encontramos algunas peculiaridades debido a la diferente función y naturaleza de los

3 BENTHAM, J: *Tratado de las pruebas judiciales*, I, EJE, Buenos Aires, 1959, p. 11

4 LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ed. Akal/lure, Madrid, 1989, p. 52.

5 CARNELUTTI, F: *Estudios de Derecho Procesal*, vol II. Traduc. de Santiago Sentís Melendo, ed. Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 104.

6 SILVA MELERO, V: *La prueba procesal I*, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 29.

7 GUASP DELGADO, J: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol II, Aguilar, Madrid, 1947.

Artículos

medios de prueba, utilizados como medios de investigación y de otra parte, usados en su propia y verdadera función de medios al servicio de la prueba de la pretensión acusatoria, ello es debido a la existencia formal de dos fases principales en el proceso penal —instrucción y juicio— y de otra parte, en el ámbito material, de la distinción entre averiguación y prueba como cometidos distintos que se realizan dentro del proceso penal.

Así pues, dentro del proceso penal, lo relevante dentro de la teoría de la prueba es la explicación de los requisitos y características que han de reunir los medios de prueba para ser operativos y eficaces en juicio, sin perniciosas confusiones, las cuales se evitan no considerando válidos o no teniendo en cuenta los medios de prueba utilizados en el caso concreto, si no se practican o reproducen con todas las garantías en el juicio oral, lo cual debe constituir la regla general, aun cuando existan excepciones como las relativas a las pruebas anticipadas o preconstituidas.

2. La prueba ilícita en el ordenamiento jurídico español

2.1. Concepto

Es numerosa la nomenclatura con la que tradicionalmente se ha venido haciendo referencia a la misma tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, utilizándose de forma indistinta distintos términos: «prueba prohibida o prohibiciones probatorias»⁸, «prueba ilegítimamente obtenida»⁹, «prueba ilícita», «prueba inconstitucional»¹⁰, «prueba nula», prueba viciada», «prueba irregular», incluso «prueba clandestina»¹¹. El término de «prueba ilícita» es el de mayor aceptación en la actualidad, siendo el que mejor sirve para delimitar el concepto de la misma.

Asimismo, existen distintas corrientes doctrinales y jurisprudenciales acerca del contenido de la misma, pudiendo distinguir entre:

- Las concepciones amplias que predicán que la prueba ilícita es aquélla que se ha obtenido o practicado con infracción de normas del Ordenamiento Jurídico, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales, legales —procesales o no—, incluso principios generales. Dentro de esta concepción amplia se halla Devis Echandía que define las pruebas ilícitas como «aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan derechos fundamentales que

8 Este término fue acuñado a principio del siglo XX por BELLING en su obra «Die beweisverbote als grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess» (Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal). Sin embargo, en la actualidad, como pone de manifiesto PASTOR BORGONÓN B. en «la eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», nº II, edit. Justicia, 1986, p. 338 «...esta expresión no deja de tener detractores incluso en la doctrina alemana», por su parte, GOMEZ COLOMER JL en su obra «El proceso alemán. Introducción y normas básicas» edit Bosch, Barcelona 1985, p. 13 dice que «el término prueba prohibida es una traducción incorrecta del alemán».

9 CAPELLLETTI M. «Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte» en «La oralidad y las pruebas en el proceso civil» trad. de Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1972, p 137.

10 ALLENA G. :«Riflessioni sul concetto di inconstituzionalità della prova nel processo penale» Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, aprile-giugno 1989, fasc 2, pp 506 y ss.

11 BERNAL CUELLAR, J. «Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal» en Revista Univesrsitaria de Derecho Procesal, UNED, nº 4 especial 1990, p. 396-397.

Artículos

la Constitución y la ley amparan»¹². También desde una visión amplia, algunos autores, partiendo de la tesis mantenida en la doctrina italiana por Conso¹³, según la cual «todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, debiéndose considerar toda su disciplina como un instrumento de defensa para el imputado», sostienen que toda infracción de las normas procesales sobre su obtención y práctica de la prueba debe estimarse como prueba ilícita por cuanto implica una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías ex artículo 24,2 de la Constitución¹⁴.

- Las concepciones restrictivas circunscriben el concepto de prueba ilícita a la obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales, un importante sector de nuestra doctrina se decanta por esta concepción así, González Montes «...los límites del derecho a la prueba consagrado constitucionalmente en el artículo 24,2 de nuestra Constitución, tienen que suponer una infracción del mismo nivel, por lo que sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso, aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango, o superior que el derecho a la prueba»¹⁵. Desde esta orientación, se parte de la distinción conceptual entre prueba ilícita y prueba irregular, atribuyéndoles efectos o consecuencias jurídico-procesales distintas¹⁶.

Por tanto, desde esta concepción, la prueba ilícita debe circunscribirse únicamente a los casos en que en su obtención, dentro o fuera del proceso, resulten vulnerados algunos de los derechos fundamentales (arts 15 a 29 de nuestra Constitución) que son susceptibles de amparo constitucional, así como el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de dicho texto constitucional.

Los partidarios de esta concepción citan como apoyo de su argumentación, la STC 114/1984 de 29 de noviembre y el propio artículo 11,1 de la LOPJ¹⁷.

Dicha sentencia marcó un hito importante dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico al tratar del valor probatorio de los medios de prueba obtenidos ilícitamente, en un momento en que se carecía de normas jurídicas acerca de dicha materia. En la misma, el Tribunal Constitucional proclamó, con carácter absoluto, la inadmisibilidad procesal de las pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales; la imposibilidad de admisión de estas pruebas deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el Ordenamiento Jurídico y de su condición de inviolables. Por tanto, constatada la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implicaría una ignorancia de las garantías

12 DEVIS ECHANDIA, H.: *Teoría judicial de la prueba judicial*, Tomo I, 5ª edición, Victor P. Zavallia editor, Buenos Aires, 1981, p 539.

13 CONSO, G.: «Naturag iurídica delle norme sulla prova nel proceso penale», *Rivista di Diritto Processuale*, 1970, p. 1 y ss.

14 LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J, «Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida» ed. Akal/lure, Madrid, 1989, p. 83-84 y 134-135.

15 GONZALEZ MONTES, J.L.: «La prueba obtenida ilícitamente con violación de derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)», *Revista de Derecho Procesal*, 1990, n 1, p. 31 y 36.

16 RUIZ VADILLO. E. «La actividad probatoria en el proceso español» en AA.VV., *La prueba en el proceso penal*, Colección Cursos vol. 12, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993, p. 131-132.

17 En parecidos términos se pronuncian las Reglas Mínimas del Proceso Penal, conocidas también como Reglas de Mallorca, al establecer que «no se tomarán en cuenta las pruebas obtenidas ilícitamente, de manera directa o indirecta, que quebrantaren derechos fundamentales. La vulneración de esta prohibición acarreará la nulidad de pleno derecho de las resoluciones judiciales que las utilicen» (regla 33).

Artículos

propias del proceso, introduciendo una desigualdad entre las partes, impidiendo considerar «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido.

Aunque los criterios establecidos en esta sentencia son de aplicación a supuestos distintos del caso concreto analizado en la misma¹⁸, no obstante, el T.C. no trató de resolver el problema de la prueba ilícita en general, ni de dar una definición de la misma¹⁹.

A tenor de lo expuesto, nos decantamos por una concepción restrictiva de la prueba ilícita así como por esta última denominación para hacer referencia a la prueba violatoria de los derechos fundamentales.

2.2. El artículo 11.1 de la LOPJ: origen, naturaleza, fundamento, exegesis

La regla de exclusión de las pruebas obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales está formulada expresamente en el artículo 11,1, inciso segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, situada en el Título Preliminar de dicha Ley y cuyo tenor literal establece que «...No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»²⁰.

Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que la referida regla de exclusión tiene alcance y origen constitucional, «alcance constitucional» porque se considera que forma parte del contenido de la Constitución y «origen constitucional» porque su introducción en nuestro Derecho es obra del Tribunal Constitucional (la precursora es la STC 114/84 de 29 de noviembre) y no del legislador.

El primer aspecto que hay que destacar de la proclamación en nuestro Ordenamiento Jurídico de la referida regla de exclusión, es el elevado rango que la misma tiene: el propio de la Constitución, y ello es así, aun cuando no esté formulada expresamente en aquella sino en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La cuestión estriba en que el Tribunal Constitucional, con el apoyo de la mayoría de la doctrina, ha considerado que dicha regla constituye una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales²¹, es decir, una garantía que se deduce del conjunto de la regulación constitucional sobre los derechos fundamentales en este sentido, la STC 81/1998 (RTC 1998, 81) refiere que: «...Aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales sustantivos, no se halla proclamada en un proyecto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales...»²².

18 El demandante de amparo alegaba la vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

19 La sentencia 114/1984 de 29 de noviembre en su fj 4^º reza: «...no se trata de decidir, en general, la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la «resistencia» frente a la misma, de los derechos fundamentales...».

20 El artículo 11,1, inciso segundo de la LOPJ no es la única disposición legal que, en nuestro Ordenamiento Jurídico, hace referencia a la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, así, podemos reseñar el artículo 287 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, el artículo 90,2 de la Ley 36/11 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social y el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

21 Con anterioridad a que el Tribunal Constitucional se pronunciase, algún autor avanzó la naturaleza constitucional de la regla de exclusión, así, DE MARINO, R: «Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba» en Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Madrid 1983.

22 La extracción de la regla de exclusión del contenido de la Constitución es bastante común en el Derecho Comparado, son muy pocas las Constituciones extranjeras que la recogen de forma expresa, como la de Portugal

Artículos

La naturaleza constitucional de la regla de exclusión no es, sin embargo, una constante en nuestro Ordenamiento Jurídico, su afirmación no ha sido la mantenida siempre por el Tribunal Constitucional, así, hasta la STC 114/1984 de 29 de noviembre, el mismo consideró que el tema de la eficacia procesal de las pruebas obtenidas de forma antijurídica, con independencia del rango de la norma infringida, carecía de relevancia constitucional, constituyendo una decisión que correspondía adoptar libremente al legislador, algo que a la fecha de la referida sentencia no había hecho²³.

Lo que interesa destacar es que el Tribunal Constitucional sostiene, desde hace más de treinta años, que la regla de exclusión tiene naturaleza o rango constitucional, lo cual supone de un lado, dotarla de una notable estabilidad (la de la propia Constitución) y de otro lado, implica que la misma debe ser interpretada de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en esta materia. Dicho reconocimiento supone que la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales implica la violación por los jueces, del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24,2 de la Constitución) y del principio de igualdad de las partes en el proceso (artículo 14 de la Constitución) e incluso, en ocasiones, el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24,2 de la Constitución) entendido éste como el derecho del acusado a no sufrir una condena, a menos que su culpabilidad quede acreditada, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas de cargo que hayan sido obtenidas con todas las garantías²⁴.

Tal y como hemos señalado, la regla de exclusión tiene «origen constitucional» puesto que, su establecimiento en nuestro Derecho fue iniciativa del Tribunal Constitucional que la introdujo por medio de la ya citada STC 114/1984 de 29 de noviembre, la cual supuso un giro radical de la doctrina jurisprudencial al respecto.

El legislador de 1985, recogió con posterioridad en el texto de la LOPJ y en aras de la seguridad jurídica, la doctrina ya sentada por el TC; probablemente si el mismo no se hubiera pronunciado sobre la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, tampoco lo hubiera hecho la LOPJ y por tanto, hoy no existiría, por vía legal, en nuestro Ordenamiento Jurídico²⁵. De hecho, la regla de exclusión ni estaba prevista en el Proyecto de la Ley Orgánica

23 En dicho sentido, podemos reseñar el Auto del Tribunal Constitucional 173/1984 de 21 de marzo (RTC 1984, 173 AUTO), recaído en el caso de la expropiación del grupo empresarial Rumasa, refiriendo el mismo: «...La demanda de amparo invoca como principio general del Derecho el deber de prohibir al Juez o Tribunal Penal, utilizar a las partes que las aporten al proceso, medios de prueba o piezas de convicción ilícitamente obtenidas...pero dicha argumentación no puede ser admitida con la finalidad pretendida: a) porque no se apoya en ninguna norma de Derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio; b) porque, a su vez, dicho principio general del Derecho no se encuentra reconocido por la jurisprudencia y, como se reconoce en la demanda, es sólo una mera aspiración que han patrocinado, de lege ferenda, para incorporarla al Derecho positivo civil algunos procesalistas españoles...e) porque finalmente, se trataría de un problema de mera legalidad, totalmente ajeno al control de este Tribunal».

24 En este sentido, el f.j. 2º del ATC 282/1993 de 20 de septiembre (RTC 1993,282,AUTO) expone: «...La doctrina de este Tribunal ha señalado que la presunción de inocencia supone la imposibilidad de que se dicte sentencia condenatoria cuando exista un vacío probatorio, ya sea por ausencia material de prueba o porque ésta, por ilicitud constitucional, no pueda ser tenida en cuenta».

25 No obstante, la lucha contra la eficacia de la «prueba ilícita», tema más amplio que el de la «prueba inconstitucional» o «con infracción de derechos fundamentales de la persona», es una vieja reivindicación de una buena parte de la doctrina procesalista española; en este sentido hay que citar el artículo 549 del Proyecto de Corrección y Actualización de la L.E.C. elaborado en 1974 por un grupo de profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas: «El Tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros, empleando procedimientos que, a juicio del mismo, se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona» Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vol II,, ed. Tecnos, Madrid, 1972.

Artículos

del Poder Judicial remitido por el Gobierno a la ribunal Supremo norteamericano²⁶, gracias a la impronta liberal marcada por determinados jueces.

Una vez analizado y expuesto el origen y naturaleza constitucional de la regla de exclusión, procede señalar el fundamento o justificación de la misma, a tal respecto hay que hacer referencia al conflicto de intereses existente, por una parte, el interés público consistente en descubrir la verdad material en el proceso que, en cada caso se esté instruyendo y, por otra parte, el interés público de tutelar, de manera efectiva, los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Así, superadas antiguas concepciones llevadas a la práctica durante siglos y que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa sin importar el recurso al método inquisitivo a ultranza, la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho, otra forma de abordar el problema lesionaría derechos personales y sociales, puesto que como indicó el Tribunal Constitucional en la sentencia 55/1982 de 26 de julio (RTC 1982,55), «...la presunción de inocencia solo puede ser enervada por prueba ...que haya llegado con las debidas garantías al proceso». Esto es así porque en cada caso hay que ponderar los intereses implicados, el interés público en la búsqueda de la verdad material y el interés del respeto a los derechos constitucionales de los ciudadanos, si bien, «...el interés particular puede ceder ante la primera exigencia, la de la obtención de la verdad, no ocurre así cuando se trate de derechos fundamentales, que traen causa directa e inmediata de la norma primera del Ordenamiento, en tal supuesto puede afirmarse la existencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo plano los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso» (STC 114/1984 de 29 de noviembre –RTC 1984,114- y STC 107/1985 –RTC 1985, 107-).

Nos encontramos, pues, ante dos intereses públicos dignos de protección en nuestro sistema jurídico que son incompatibles entre sí. Es preciso, inevitablemente, elegir entre uno u otro, ponderando el valor respectivo de cada uno de ellos, sus costes y beneficios posibles, hay que determinar, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y una perspectiva sistemática de la Constitución, cuál de ellos debe prevalecer, aunque sea de forma preferente y no absoluta²⁷.

26 Con origen en la jurisprudencia norteamericana, la exclusionary rule o regla de exclusión es aquella, según la cual, los materiales probatorios obtenidos por las fuerzas del orden público en la investigación llevada a cabo por los mismos en asuntos de orden criminal y que vulneren los derechos procesales constitucionales recogidos en la Cuarta Enmienda (...el derecho de las personas a estar protegidas en sus personas, casas, documentos y efectos contra registros y confiscaciones irrazonables, no será violado y no se emitirán autorizaciones de registro y confiscación sino basadas en causa probable, apoyadas por juramento o promesa y describiendo detalladamente el lugar a registrar y las personas u objetos a confiscar.), la Quinta Enmienda, (...ninguna persona, en ningún caso penal, será obligada a declarar contra sí misma, ni será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el proceso debido según ley.), la Sexta Enmienda (...en todos los procedimientos penales, el acusado disfrutará del derecho ...a ser confrontado con los testigos contrarios, a poder convocar a testigos favorables mediante orden del Tribunal y a gozar de asistencia de Abogado para su defensa..) y la Decimocuarta Enmienda (...ningún Estado promulgará o hará cumplir ninguna Ley que restrinja los privilegios o inmunidades de ciudadanos de los EEUU, ni privará a ninguna persona de la vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso según la Ley ni negará a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección igual de las Leyes...) de la Constitución Federal, no podrán ser valorados por el juzgador ni ser aportados en la fase decisoria del proceso penal federal o estatal, a los efectos de determinar la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos hubieren sido violados. Siendo extensible la exclusión a las pruebas derivadas de las obtenidas inconstitucionalmente en virtud de la doctrina de los frutos del árbol envenenado «fruit of the poisonous tree doctrine» .

27 Acerca de esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la reiterada STC 114/1984 de 29 de noviembre (RTC 1984, 114), así, en su f^o 4^o establece que «aún careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícita adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el Ordenamiento Jurídico y de su afirmada condición de inviolables –artículo 10 de la C.E.-, la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho o libertad fundamental, conlleva la nulidad radical de todo acto, público o privado, violatorio de las situaciones

Artículos

El proceso no es una institución jurídica autónoma e independiente sino que se halla inmerso en la jerarquía de valores propia del Estado de Derecho y en la misma se encuentran, en primer lugar, los derechos fundamentales como condensación de la dignidad y libertad de la persona, por lo que la verdad procesal, valor necesariamente secundario, solo puede alcanzarse a través de los procedimientos compatibles con los mismos, nunca con su vulneración²⁸.

Los derechos fundamentales constituyen la piedra angular del Estado Social y Democrático de Derecho que proclama solemnemente la Constitución en su artículo primero. La expresión «derechos fundamentales» sirve para poner de manifiesto la naturaleza especial que tales derechos poseen, como elemento básico y preeminente del Ordenamiento, frente a la naturaleza ordinaria que tienen los demás derechos constitucional o legalmente reconocidos. Es, por tanto, su posición preferente la que convierte su tutela en el objetivo prioritario del Estado de Derecho que la Constitución instaura, siendo una de sus manifestaciones la regla de exclusión de las pruebas obtenidas mediante la vulneración de los mismos.

Una vez expuestos el origen, naturaleza y fundamento de la regla de exclusión contenida en el artículo 11,1, inciso segundo de la LOPJ, pasamos a analizar el supuesto de hecho recogido en dicha disposición normativa, palabra a palabra.

— No surtirán efecto

No obstante la distinta terminología con la que la doctrina se refiere a esta consecuencia jurídica, el resultado último es el mismo, que las pruebas ilícitamente obtenidas no pueden tener eficacia alguna en el proceso. Defensor a ultranza de esta aserción es el profesor Asencio Mellado, para quien, la prueba ilícitamente obtenida, con vulneración de derechos fundamentales, es plenamente ineficaz, cualquiera que sea su contenido y no puede producir ningún efecto en el proceso, directo o indirecto —en referencia a las pruebas derivadas de la prueba ilícita—, la nulidad de las mismas debe ser declarada inmediatamente que sea conocida, pues lo contrario sería mantener la eficacia en el tiempo de lo que es ineficaz., atentando en caso contrario a la igualdad de las partes, a la buena fe y al derecho de defensa²⁹.

— Las pruebas obtenidas

Existen discrepancias acerca de la interpretación y alcance de la expresión «obtenidas», así, una posición restrictiva únicamente incluiría a la «vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener las pruebas», pero no a la «que se produzca en el

jurídicas reconocidas en la Sección 1^a del Capítulo II del Título I de la Constitución y, de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales...», concluyendo que «...en realidad, el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida, se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas, acaso puedan ceder ante la primera exigencia, cuando se trate de derechos fundamentales que traen causa, directa e inmediata de la norma primera del Ordenamiento, en tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso».

28 En los mismos términos se ha pronunciado el Auto de la Sala 2^a del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (RJ 1992, 6102) referente al caso «Naseiro».

29 ASENSIO MELLADO, J.M. en «La prueba ilícita: declaración y efectos» *Revista Iustel*, nº 26, 2012.

Artículos

momento de su admisión en el proceso o, de su práctica en el mismo, pues, respecto de estos últimos momentos, los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión». Por tanto, el ámbito de aplicación del artículo 11,1, inciso segundo de la LOPJ quedaría limitado a las violaciones de derechos fundamentales que se produzcan en el momento de la investigación de los hechos en la fase sumarial, durante la búsqueda y recogida de las fuentes de prueba, en otro caso, cuando la vulneración se produjere en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en el acto del juicio oral, sería de aplicación el artículo 238,3 de la LOPJ que condiciona la nulidad de las actuaciones procesales a la producción de efectiva indefensión.

La anterior interpretación constitucional, avalada por un sector de la doctrina, entre ellos Ortells Ramos y Montero Aroca, conduce a que la infracción de derechos fundamentales durante el procedimiento probatorio (proposición, admisión y práctica de la prueba) no pueda alegarse por la vía del artículo 11,1, de la LOPJ, debiendo acudir al régimen general de la nulidad de los actos procesales.

De otra parte, existe otro sector doctrinal, entre los que se encuentra Asencio Mellado que se decanta por una interpretación amplia del concepto «obtención», considerando que dicha expresión comprende toda labor tendente a allegar un resultado probatorio al proceso, incluyendo supuestos de práctica de prueba, comprendiendo, por tanto, no solo las fuentes de prueba sino también, los medios de prueba.

En realidad, el problema se reduce al hecho de que la prueba obtenida sea consecuencia o resultado de la lesión o violación de un derecho fundamental, es decir, para que pueda aplicarse la regla de exclusión no basta, con la existencia de una actividad probatoria y el menoscabo de un derecho fundamental, sino que es necesario, además, que exista una relación de causalidad entre ambos; esta opción es la que predomina en la doctrina.

— Directa o indirectamente

El artículo 11,1, inciso segundo, de la LOPJ, con esta expresión, implica todo un abanico de posibilidades, así, podemos incluir tanto la etapa preprocesal como la procesal (obtención, admisión o práctica de la prueba), puesto que si no fuera así, tal y como refiere Asencio Mellado, el precepto quedaría reducido a la nada, de manera que la sanción por violación de derechos fundamentales devendría en un mero formalismo, sin un verdadero alcance real o material.

López Fragoso, se muestra partidario de los efectos reflejos de la prueba ilícita siempre que se acredite la relación causal entre la noticia ilegítimamente adquirida y la prueba obtenida a partir de ella.

Con la expresión «indirectamente» se hace referencia a los efectos reflejos de la prueba ilícita, lo que ha venido conociéndose como la doctrina de los «frutos del árbol envenenado», también denominada en nuestro Derecho «efecto dominó» utilizada por algunas resoluciones judiciales.

La teoría de la prueba refleja se transmitió pronto a otros países, estando hoy presente, en mayor o menor medida, en casi todos los Ordenamientos Jurídicos que proclaman la regla de exclusión, aunque solo sea por las reminiscencias del brocardo tradicional «quod ab initium vitiosum est nullum producit efectum».

Artículos

En nuestro país, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo y la inmensa mayoría de la doctrina, consideran que la ineficacia de la prueba refleja forma parte sustancial de la regla de exclusión, estando avalada esta opinión por el propio texto del artículo 11,1 de la LOPJ. Su justificación material se halla en la necesidad de proteger los derechos fundamentales de la persona, lo contrario supondría reconocer una eficacia meramente formal a dicha regla.

Sin embargo, existe un sector de nuestra doctrina contrario a esta opinión y que considera que la regla de exclusión no abarcaría la prueba refleja, en este sentido, un claro exponente de dicha corriente lo constituye Pastor Borgoñón, para quien la doctrina de los frutos del árbol envenenado implica excesivos obstáculos para la averiguación de la verdad material y el derecho a la prueba, que puede provocar la anulación de muchos actos de investigación, produciendo una intolerable desprotección social, pudiendo fomentar las actuaciones fraudulentas por parte del sujeto investigado quien podría provocar actuaciones ilícitas con el fin de conseguir su inmunidad y, finalmente, que la vía sancionadora penal, civil o administrativa, constituye suficiente medio de defensa de los derechos fundamentales. Si ello es así, hemos de referir que cuando el artículo 24,2 de la Constitución reconoce el derecho a la prueba, se refiere a los «medios de prueba pertinentes» y, un medio de prueba obtenido de forma inconstitucional no puede ni debe considerarse pertinente; por otra parte, el riesgo de actuaciones fraudulentas podría subsanarse excepcionando la invalidez de la prueba refleja en el supuesto de que se trate y, por último, decir que la vía sancionadora no es una alternativa a la regla de exclusión sino un complemento necesario de la misma.

Un aspecto fundamental a tratar es el de la acreditación del nexo de causalidad entre la prueba refleja y la prueba directa obtenida con violación de derechos fundamentales, si este nexo no existiera, la prueba derivada de la prueba directa obtenida ilícitamente no sería una prueba refleja sino una prueba independiente y por tanto, válida para ser utilizada en el proceso. Es preciso que entre una prueba y otra derivada de aquella, exista una relación causa-efecto, de manera que la segunda sea consecuencia de la primera, la clave está en preguntarse si la prueba que se cuestiona se hubiera descubierto o no sin la previa actuación inconstitucional; el problema deviene en la práctica puesto que dicho nexo causal no es igual de patente en todos los casos y ello, implica la necesidad de examinar por parte del juzgador el caso concreto planteado, debiendo motivar detalladamente en su resolución las razones de la dependencia o independencia de las distintas pruebas que puedan estar contaminadas.

En la actualidad, existen diversas excepciones a la aplicación de las pruebas derivadas de otra prueba ilícita y, sobre todo, a partir de la STC 81/1998 de 2 de abril (RTC 1998,81) la cual trata de la conexión de antijuridicidad, concepto más restringido que el de la mera conexión de causalidad. De ello hablaremos posteriormente al tratar las excepciones a la regla de exclusión.

— Violentando

La cuestión a determinar es cuándo debe considerarse violado un derecho fundamental, si ésta se produce únicamente en caso de vulneración de su contenido constitucional (concepción estricta) o, también en el supuesto en que se infrinjan sus normas de desarrollo (concepción amplia).

El Tribunal Constitucional se decantó desde muy pronto, por una concepción estricta, de manera que la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos funda-

Artículos

mentales solo debe aplicarse en caso de vulneración de su regulación constitucional y no de sus normas de desarrollo.

La regla de exclusión lo que protege es el contenido constitucional de determinados derechos subjetivos considerados como fundamentales pero no su desarrollo normativo por medio de disposiciones infraconstitucionales, ya sean legales, reglamentarias o jurisprudenciales.

Esta opción se apoya no sólo en una interpretación gramatical y sistemática de la expresión «violación de derechos fundamentales» sino también y sobre todo, en el principio de proporcionalidad.

La concepción amplia difícilmente sería admisible puesto que si así fuera, nos encontraríamos con que la violación de cualquier norma que desarrolle la regulación constitucional de un derecho fundamental supondría, cualquiera que fuera la trascendencia de dicha norma, la lesión del derecho fundamental y ocasionaría la aplicación «ope constitutione» de la regla de exclusión y por tanto, la ineficacia radical o de plano de todo lo conseguido con la invasión de dicho derecho fundamental.

Así, la prueba obtenida infringiendo la normativa procesal que desarrolla la regulación constitucional de los derechos fundamentales, no entraña lesión de derecho fundamental alguno y su eficacia/ineficacia no puede cuestionarse por la vía del artículo 11,1 de la LOPJ sino más bien, por integrar, en su caso, un supuesto de nulidad administrativa o judicial, según proceda, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 238,3 de la LOPJ que regula el régimen general de las nulidades judiciales.

Se trata de una cuestión compleja, constituyendo un problema más práctico que teórico, al final, todas las propuestas doctrinales se resumen en una única actividad, la de profundizar en la construcción dogmática de cada uno de los derechos fundamentales, atendiendo a la vez, al avance depurador de la jurisprudencia constitucional.

— Derechos o libertades fundamentales

No existe unanimidad en la doctrina acerca de qué derechos son aquéllos a los que se refiere el artículo 11,1, inciso segundo de la LOPJ, decantándose el sector doctrinal mayoritario por una concepción estricta de los mismos.

La cuestión tiene una gran trascendencia práctica puesto que de su resolución depende la aceptación o no de determinadas pruebas que, en ocasiones, pueden resultar determinantes para el resultado de los procesos concretos.

La propia nomenclatura de nuestra Constitución es ambigua así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En definitiva, las dudas que existen sobre los derechos afectados por la regla de exclusión vienen motivadas porque el concepto de derechos fundamentales es sumamente impreciso en la dogmática y porque ni el Tribunal Constitucional ni el legislador han aclarado convenientemente a qué capítulo, sección o artículo de la Constitución debe vincularse esta expresión a los efectos de la aplicación de la ineficacia probatoria, en cualquier caso, un sector doctrinal, con base a lo dispuesto en el artículo 24,2 de la Constitución, se decanta por incluir como fundamentales no solo los derechos que strictu sensu gozan de dicha acepción -ya reseña-

Artículos

dos- sino también los derechos procesales en tanto en cuanto se conecten a la presunción de inocencia de toda persona.

3. Excepciones a la regla de exclusión

La regla de exclusión no puede ser tan rígida y absoluta como para no admitir en determinados supuestos, matizaciones o salvedades a la hora de ser aplicada, La explicación de esta afirmación se halla en el plano de la constitucionalidad y su origen se halla en el principio de proporcionalidad.

Una regla de exclusión absoluta puede resultar, en ocasiones, excesiva y desproporcionada y conducir a consecuencias absurdas y plenamente insatisfactorias. La admisión de la regla de exclusión supone, en cierto modo, revisar la naturaleza de la ponderación de intereses que se halla en la base misma de aquélla. El órgano judicial debe examinar todas las circunstancias del caso en concreto, confrontar los intereses en juego y aplicar el principio de proporcionalidad, haciéndose realidad la tan anhelada justicia del caso concreto.

En nuestro Derecho, la forma matizada de entender la regla de exclusión parece ser la postura del Tribunal Constitucional a partir de la STC 81/1998 de 2 de abril (RTC 1998, 81).

Como factores que pueden orientar al juzgador cada vez que se plantee la posibilidad de excepcionar la regla de exclusión, cabe citar, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes:

- La gravedad o entidad objetiva de la lesión producida en el derecho fundamental.
- La intencionalidad del infractor, según haya actuado con dolo o buena fe.
- La naturaleza y entidad objetiva que tenga el hecho investigado llevado a cabo por el infractor.
- La dificultad probatoria por parte del sujeto infractor para defender sus pretensiones por vías lícitas.
- La naturaleza rígida o flexible del derecho fundamental afectado.
- Las consecuencias de la aplicación de la regla de exclusión sobre otros bienes y valores dignos de protección.

En cualquier caso, existen unos supuestos tipo que se consideran excepciones a la regla de exclusión:

3.1. *La excepción de la prueba jurídicamente independiente.*

Excepción creada por el Tribunal Constitucional, la cual supone la existencia de una prueba independiente de los resultados probatorios obtenidos, prueba que es legal, que permite valorar los hechos y si es de cargo, es suficiente para destruir la presunción de inocencia. En estos supuestos cabe la posibilidad de que solo esté contaminada la prueba ilegal pero las demás sufren el juicio valorativo que corresponda; si hay prueba válida independiente no se produce el efecto reflejo de la inicial prueba ilegalmente obtenida.

Esta excepción tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, denominada independent source.

Artículos

3.2. La excepción del descubrimiento inevitable

Supone la existencia de una línea de investigación lícita, anterior o paralela a la llevada a cabo con supuesta infracción de un derecho fundamental.; se considera que con la primera de ellas se hubiera llegado al mismo resultado probatorio que con la segunda.

Es una excepción creada por el Tribunal Supremo en la STS 974/1997 de 4 de julio (RA 6008).

El descubrimiento inevitable es un perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente, con antecedentes en la jurisprudencia norteamericana, inevitable discovery.

El presupuesto de la misma exige que la prueba válida sea independiente, sin conexión causal con la prueba ilícita directa o derivada. Que por la prueba lícita se llegue inevitablemente al conocimiento del hecho delictivo investigado, elimina la eficacia refleja de la prueba ilícita, permitiendo la condena del acusado por otros medios probatorios independientes de aquélla.

3.3. La excepción del hallazgo casual

Se trata de otra excepción creada por el Tribunal Supremo en su S. 1131/2000 de 21 de julio (RA 6772), en la que ha determinado que el hallazgo casual de una prueba es lícito y enerva la presunción de inocencia aunque la prueba originaria sea ilícita.

Un claro exponente de esta excepción es el Auto del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003 (RA 164051).

La prueba hallada casualmente queda sometida al principio de contradicción en el juicio oral para que pueda ser considerada lícita y valorada judicialmente, de tal forma que los agentes del orden público que la encontraren deberán comparecer en juicio como testigos.

3.4. La excepción de la conexión de antijuridicidad

La misma se recoge por primera vez en la STC 81/1998 de 2 de abril y constituye la excepción más importante a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita, afirmando la doctrina que esta excepción significa, prácticamente, la desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en el proceso penal.

Con esta excepción no solo es necesario que entre la prueba ilícitamente obtenida con violación de derechos fundamentales y la derivada exista una conexión natural sino que también exige que haya una conexión de antijuridicidad entre ambas.

La referida STC hace referencia a la denegación de amparo por dicho Tribunal a un condenado por delito contra la salud pública —tráfico de drogas—, habiéndose realizado en el proceso una intervención telefónica ilegal pero existiendo cuatro testigos —guardias civiles— y habiéndose aprehendido la droga con ocasión del dispositivo de vigilancia montado que acabó en su detención, operación que se articuló en base a lo escuchado en la intervención telefónica.

En dicha sentencia el Tribunal concluye que «...dadas las circunstancias del caso y especialmente la observación y seguimiento del que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo

Artículos

mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho».

3.5.- La excepción de confesión voluntaria del inculpado

Es consecuencia de la teoría de la conexión de antijuridicidad, si bien, con anterioridad a 1998 era válida como prueba independiente. La misma está recogida, entre otras, en la STC 161/1999 de 27 de septiembre, en un caso por un delito contra la salud pública -tráfico de drogas- en el que a consecuencia de una entrada y registro ilegal, fue hallada droga y utensilios para su preparación con destino a su posterior venta, admitiendo expresamente el condenado la tenencia de la droga. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional considera que la confesión voluntaria del acusado, instruido previamente de sus derechos y asistido por Letrado, se considera que constituye una prueba jurídicamente independiente del previo acto lesivo de inviolabilidad domiciliaria, rompiendo la conexión de antijuridicidad con la prueba ilícita original.

3.6.- La excepción de la buena fe

La actuación bienintencionada por parte del responsable de la vulneración del derecho fundamental, su creencia razonable de estar actuando dentro de los márgenes constitucionales, aconseja la admisión de la prueba inconstitucional, habida cuenta del nulo efecto preventivo o disuasorio que en tal caso tendría su exclusión, efecto que constituye el núcleo de justificación material de dicha regla.

Esta excepción tiene también su origen en la jurisprudencia de Estados Unidos, la *good faith*. El ejemplo típico es el del policía que realiza un allanamiento de morada con orden judicial que cree válida pero que después es declarada nula, admitiéndose la prueba hallada porque el policía ha actuado de buena fe.

Es una doctrina muy criticable por su gran amplitud, no quedando asegurada la garantía constitucional que se protege con la regla de exclusión.

4. Conclusiones

La prueba ilícita penal violatoria de derechos fundamentales, consagrada legalmente en el artículo 11,1 de la LOPJ y con origen en la STC 114/84 de 29 de noviembre, ha sufrido una clara involución a partir de la STC 81/98 de 2 de abril, al establecer el criterio de la conexión de antijuridicidad, dicha involución es de tal magnitud que podríamos afirmar que aquella ha sido cercenada en gran parte.

Sería loable, desde el punto de vista legislativo, una regulación expresa en la legislación ordinaria, de la prueba ilícita penal y de sus efectos reflejos así como de sus consecuencias, en aras de la seguridad jurídica., sin estar sometidos a los vaivenes jurisprudenciales que se refieren a dicha materia, lo cual implica que a idénticos casos pudieran aplicarse efectos jurídicos diferentes.

5. Bibliografía

- ALLENA G.: «Riflessioni sul concetto di inconstituzionalità della prova nel processo penale» *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, aprile-giugno, fasc 2, pp 506 y ss, 1989.
- ASENCIO MELLADO, J.M.: en «La prueba ilícita: declaración y efectos» *Revista Iustel*, nº 26, 2012.
- BELLING, ERNST.: *Die Beweisverbote als grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* «Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal», Breslau, 1903.
- BENTHAM, J.: *Tratado de las pruebas judiciales*, I, EJA, p. 11, Buenos Aires, 1959.
- BERNAL CUELLAR, J.: «Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal» en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, UNED, nº 4 especial, p. 396-397, 1990.
- CAPELLETTI M.: «Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte» en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. de Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. p 137, Buenos Aires, 1972.
- CARNELUTTI. F.: *Estudios de Derecho Procesal*, vol II . Traduc. de Santiago Sentís Melendo, ed. Ejea, , p. 104, Buenos Aires 1952.
- CONSO, G.: «Naturag iurídica delle norme sulla prova nel processo penale», *Rivista di Diritto Processuale*, p. 1 y ss, 1970.
- DE MARINO, R.: «Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba» en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid 1983.
- DEVIS ECHANDIA, H.: *Teoría judicial de la prueba judicial*, Tomo I, 5ª edición, Victor P. Zavalía editor, p 539, Buenos Aires, 1981.
- DIAZ CABIALE, J.A. Y MARTIN MORALES, R.: *La garantía constitucional de la prueba ilícitamente obtenida*, ed. Civitas, Madrid, 2001.
- GOMEZ COLOMER, J.L.: *El proceso alemán. Introducción y normas básicas*, edit Bosch, p. 13, Barcelona 1985,
- GONZALEZ MONTES, J.L.: «La prueba obtenida ilícitamente con violación de derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)», *Revista de Derecho Procesal*, n 1, p. 31 y 36, 1990.
- GUASP DELGADO, J: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol II, Aguilar, Madrid, 1947.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ed. Akal/lure, p. 83-84 y 134-135, Madrid, 1989.
- LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ed Colex, Madrid 1991.
- MARTINEZ GARCIA, E.: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Ed. Universidad Politécnica de Valencia, 2003.

Artículos

- MARTINEZ GARCIA, E.: *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant Monografías 690, 2009.
- MIRANDA ESTRAMPES, M.: «La prueba ilícita: la regla de la exclusión probatoria y sus excepciones», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 22, p. 131-151, 2010.
- ORTELLS RAMOS, M. y MONTERO AROCA, J.: en *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, p. 319.
- PASTOR BORGONÓN, B.: «La prueba ilegalmente obtenida», en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIX, CGPJ, Madrid 1993.
- RUIZ VADILLO. E. «La actividad probatoria en el proceso español» en AA.VV., *La prueba en el proceso penal*, Colección Cursos Vol 12, Centro de Estudios Judiciales,p.131-132, Madrid 1993.
- SILVA MELERO, V.: *La prueba procesal I*, edit. Revista de Derecho Privado, p. 29, Madrid, 1963.

6. Índice de resoluciones citadas

- ATC 173/1984 de 21 de marzo.
- ATC 282/1993 de 20 de septiembre.
- ATS 6102/1992 de 18 de junio.
- STC 55/1982 de 26 de julio.
- STC 114/1984 de 29 de noviembre
- STC 64/1986 de 21 de mayo.
- STC 185/1994 de 14 de marzo.
- STC 86/1995 de 6 de junio.
- STC 54/1996 de 26 de marzo.
- STC 81/1998 de 02 de abril.
- STC 161/1999 de 27 de septiembre.
- STC 8/2000 de 17 de enero.
- STS de 17 de junio de 1994.
- STS de 04 de marzo de 1997
- STS de 04 de julio de 1997
- STS de 12 de junio de 2003
- STS de 21 de julio de 2000.
- STS de 5 de marzo de 2015
- STS de 21 de junio de 2015
- STS de 2 de junio de 2015

Artículos

- Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)
- United Sttes v. León, 468 U.S. 897 (1984)
- Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963)

