

MEMORIA DEMOCRÁTICA Y CONSTITUCIÓN

ARTEMI RALLO LOMBARTE¹
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Jaume I de Castelló

TRC, n.º 51, 2023, pp. 109-146
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. La ley de memoria democrática: aproximación general. III. La relevancia axiológica de las palabras: memoria democrática, memoria histórica y guerra de España. IV. La importancia de las fechas para definir el alcance temporal de la memoria democrática. V. Los valores de la transición y la ley de amnistía: ¿devaluación, revisión o ensalzamiento del proceso constituyente? VI. Injusticia e ilegitimidad *versus* ilegalidad y nulidad de las condenas y consejos de guerra. VII. La apología del franquismo como ejercicio de derechos y libertades contrario a la memoria: ¿democracia «militante» *versus* democracia «inerme»? Los límites a la «neutralidad» constitucional en una democracia «resistente». VIII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La tramitación parlamentaria de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (en adelante, LMD) tuvo su último acto el 5 de octubre en el Pleno del Senado donde todavía retumban los ecos de las críticas vertidas sobre la norma por los grupos parlamentarios de la derecha y extrema derecha imputándole un vicio sustancial de revisionismo histórico sobre el proceso de transición política que dio paso al proceso constituyente de 1978 y que, finalmente, alumbró la Constitución.

En particular, sobre esta norma se formularon en el debate parlamentario reproches de indudable alcance político, jurídico y constitucional: traición a los valores de la transición, derogación de la ley de amnistía, ruptura del pacto constitucional,

¹ El autor, en su calidad de portavoz del grupo parlamentario socialista en la Comisión Constitucional del Senado, fue ponente de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

ataque a la Constitución, vigencia temporal extendida hasta la investigación de los crímenes vinculados a la guerra sucia contra ETA, legitimación y subordinación del Gobierno a los partidos parlamentarios con vinculación pasada con el terrorismo vasco o equiparación de las víctimas del terrorismo con las del franquismo.

Resultaría falaz reducir estas críticas al fragor de un interesado debate político-partidista si tenemos en cuenta las recriminaciones efectuadas tanto en sede doctrinal (Vidal, 2021) como, por ejemplo, por un significativo elenco de personalidades de amplio espectro ideológico firmantes del *Manifiesto² contra el proyecto de ley de Memoria Democrática* promovido por la Asociación para la Defensa de los Valores de la Transición y hecho público el 11 de julio de 2022. Los términos de su formulación no dejan lugar a equívoco: «no podemos aceptar que ese pacto (*constitucional de 1978*) sea objeto de una tergiversación tan injusta y tan ajena a la verdad histórica ... abriendo la posibilidad de extender el ‘periodo sospechoso’ de la dictadura hasta el 31 de diciembre de 1983 ... la ley de amnistía de 1977 que también el Proyecto de Ley parece desmerecer».

Sin entrar en el debate sobre la supuesta «reescritura sesgada de la historia» vinculada a la memoria democrática (Vidal, 2021:257) o en una interesada «‘guerra de memorias’ en la que los desaparecidos de las fosas del franquismo siguen siendo las víctimas» (Yusta, 2014:2), este trabajo se ocupará del análisis de los interrogantes de alcance político-constitucional que ha abierto la aprobación de la LMD y que ya han sido enunciados: afectación a la Ley de Amnistía de 1977; revisión del pacto constituyente; extensión temporal de las investigaciones contra los derechos humanos tras la aprobación de la Constitución en 1978. Pero no sólo. La LMD incluye previsiones que merecen estudio y evaluación por cuanto, a pesar de su dimensión aparentemente histórica, pueden tener un alcance constitucional y jurídico de primera magnitud: la declaración de nulidad de consejos de guerra y condenas durante la guerra civil y el franquismo; la declaración de ilegalidad del régimen franquista; la disolución de fundaciones y asociaciones por apología del franquismo; la prohibición de actos contrarios a la memoria democrática; la difusión y divulgación de campañas de exaltación del franquismo.

II. LA LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA: APROXIMACIÓN GENERAL

La LMD no innova de plano el ámbito que pretende regular sino que deroga y reemplaza la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (en adelante, LMH) por la que

2 Disponible el 8-2-2023 en <http://defensadelatransicion.es/la-asociacion-para-la-defensa-de-los-valores-de-la-transicion-contra-el-proyecto-de-la-memoria-democratica/>. De entre los firmantes del manifiesto destacan numerosos parlamentarios y personalidades que, ubicadas en el ámbito ideológico del partido del Gobierno impulsor de la LMD, han asumido responsabilidades en las más altas magistraturas del Estado: J. Rojo, J.J. Laborda, J. García Valverde, J. García Vargas, J. Rodríguez de la Borbolla, E. Hernández, etc.

se reconocen y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil o la dictadura. Esto es, la Ley de Memoria Democrática sucede a la Ley de Memoria Histórica impulsada por el Gobierno presidido por Rodríguez Zapatero. La LMH constituye un auténtico «hito» (Sánchez-Moreno, 2020:51) en la historia de España y norma de innegable valor pedagógico (De la Cuesta y Odriozola, 2018; Martín Pallín y Escudero, 2008) si tenemos en cuenta, independientemente de sus objetivos normativos más directos, que constituye «un caso reciente y ejemplar de relación entre construcción memorial e intervención jurídica: «todo procedimiento jurídico relativo al pasado traumático de hecho incidirá en profundidad sobre los sistemas valorativos y los marcos de referencia en los que la memoria de una sociedad toma forma, rediseñando sentidos y recorridos de lectura» (Violi, 2013:157). Además, la LMD entra en vigor cuando en España rigen numerosas leyes autonómicas que se ocupan, igualmente, de recuperar la memoria histórica/democrática. Obviamente, como veremos a continuación, esta norma supone un salto cualitativo más ambicioso en la consecución de los objetivos que perseguía la anterior y fortalece la «calidad democrática del Estado» (Carrillo, 2022:183).

El objeto de la LMD se extiende a la recuperación, salvaguarda y difusión de la memoria democrática, a la reparación moral y recuperación de la memoria personal, familiar y colectiva y al reconocimiento de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, «de orientación sexual» dentro de un periodo perfectamente delimitado: entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la entrada en vigor de la Constitución.

Como se ha analizado exhaustivamente en el Estudio dirigido por Closa (2008) *On how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States*, existen pluralidad de enfoques en la recuperación de la memoria frente a los crímenes de los regímenes totalitarios. La LMD se inspira en los principios que en el orden internacional avalan las políticas de memoria sustentadas en la garantía de la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Este mismo orden internacional inspira el Derecho Internacional conforme al cual deberá interpretarse y aplicarse la Ley 46/1977 de Amnistía haciéndola compatible con la imprescriptibilidad y no amnistiabilidad de los crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio y tortura. La creación de una Fiscalía de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática, para la investigación de los hechos que constituyan violaciones del Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, «incluyendo los que tuvieron lugar con ocasión del golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura»³, debiera resultar

³ Texto incorporado a partir de una enmienda de los GGPP Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común.

verdaderamente útil para verificar la vigencia del principio de justicia en la garantía de la memoria democrática.

Frente a toda violación de normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la LMD apuesta por extender de forma significativamente detallista, creativa y vanguardista el concepto de *víctimas*: personas fallecidas o desaparecidas, objeto de privaciones de libertad o de detenciones arbitrarias, torturas o malos tratos, deportación, trabajos forzados o internamientos en campos de concentración, colonias penitenciarias militarizadas, dentro o fuera de España (como sería el caso de los deportados a los campos de concentración nazis); exiliados o quienes sufrieron incautaciones y pérdida de bienes y multas; personas LGTBI; personas depuradas o represaliadas profesionalmente; niñas y niños sustraídos y adoptados sin legítimo y libre consentimiento de sus progenitores; la guerrilla antifranquista; perseguidos por el uso o difusión de su lengua propia; la UMD; quienes sufrieron por sus creencias religiosas o por su pertenencia a la masonería; todos los familiares; y las comunidades, las lenguas y las culturas vasca, catalana y gallega en sus ámbitos territoriales lingüísticos. Adicionalmente, la LMD pone el foco en las mujeres como sujeto merecedor de reconocimiento de la memoria democrática en un esfuerzo expansivo de la memoria democrática que satisface la que se ha dado en llamar justicia anamnética (García de Andoáin, 2021).

Arranca la LMD con previsiones de escaso o nulo alcance jurídico pero de innegable trascendencia o simbolismo e impacto histórico-político: a) la expresa «condena» del golpe de Estado del 18 de julio de 1936 y de la dictadura franquista; b) la declaración de «ilegalidad» del régimen franquista; c) la fijación como *Día oficial de recuerdo y homenaje a todas las víctimas del franquismo* del 31 de octubre (fecha en la que se aprobó en 1978 el proyecto de Constitución por las Cortes Generales en sesión plenaria celebrada por el Congreso de los Diputados y el Senado); d) la instauración como *Día oficial de homenaje a las víctimas del exilio* del 8 de mayo (fecha en que se conmemora la liberación de Europa en 1945, esto es, la rendición de la Alemania nazi a los ejércitos aliados); e) la resignificación del Valle de los Caídos convirtiéndolo en el Valle de Cuelgamuros; f) y la revisión de oficio y retirada de reconocimientos, honores y distinciones que impliquen enaltecimiento de la sublevación militar (de las que «el Generalísimo» y otros jefes de la dictadura serían beneficiarios habituales en su formato de «hijo predilecto», etc.) o del aparato de represión de la dictadura.

A la ya referida declaración de «ilegalidad» del régimen franquista, la LMD adiciona la declaración de «ilegalidad y nulidad» de todas las condenas provenientes de *tribunales* y consejos de guerra que, a su vez, también merecen idéntica tacha de «ilegalidad e ilegitimidad». Esta declaración de nulidad tendrá su principal (o único) alcance jurídico-procesal en su incorporación al expediente judicial⁴

4 Previsión incluida en la LMD a instancias del grupo parlamentario republicano (ERC).

de la «causa anulada» pero la LMD resulta meridianamente explícita al negarle el más mínimo efecto económico excluyendo cualquier responsabilidad patrimonial o indemnización económica aunque refiera a una reparación integral consistente, por ejemplo, en el resarcimiento de bienes incautados y sanciones económicas a cuyos efectos se contempla la realización de una auditoría de bienes expoliados e incautados en el plazo de un año. Como ya posibilitaba la norma anterior, las víctimas podrán solicitar una *Declaración de reconocimiento y reparación personal* que será librada por el Gobierno. El régimen de adquisición de la *nacionalidad española* también sufrirá alteraciones en beneficio de los descendientes de las víctimas al facilitarse la adquisición de la nacionalidad a familiares de personas exiliadas y de brigadistas internacionales y sus descendientes «que acrediten una labor continuada de difusión de la memoria de sus ascendientes y la defensa de la democracia en España»⁵.

La LMD pone su foco principalmente en las víctimas y, en particular, en las personas desaparecidas creándose un *Registro y Censo estatal de víctimas* y prescribiendo la colaboración entre administraciones públicas para garantizar el intercambio de información y la actuación conjunta en la elaboración del mapa de fosas y el registro de víctimas —un análisis sobre el «primer ciclo» de exhumaciones de republicanos fusilados por los franquistas durante la Guerra Civil y la postguerra y enterrados en fosas comunes sin identificar puede encontrarse en Aguilar (2018) y, con anterioridad, de indudable importancia, Aguilar (1996) y sobre la represión de la dictadura franquista en Escudero y Pérez (2013) y en García (2019)—. La *localización e identificación de personas desaparecidas* pasa a convertirse en una obligación de la Administración General del Estado mediante planes plurianuales de búsqueda, localización, exhumación e identificación (cuyos datos de exhumación anual se incorporarán a un portal de internet) y concretándose en un Mapa integrado de localización de personas desaparecidas. La creación de un banco estatal de ADN persigue garantizar, en el tiempo y con seguridad, la identificación de familiares y *víctimas de la Guerra y la Dictadura* y la búsqueda de recién nacidos sustraídos.

La identificación y retirada de *símbolos o vestigios de exaltación franquista*, aunque se contemplaba en la normativa anterior, perdura como problemática a pesar del largo tiempo transcurrido y ha obligado al legislador a establecer una detallista y prolija normativa dirigida a su reversión. Por un lado, se describen los elementos de exaltación franquista merecedores de intervención: edificaciones, construcciones, escudos, insignias o placas adosadas a edificios públicos o situados en la vía pública con exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar y de sus dirigentes, topónimos, callejero y denominaciones de centros públicos. Por otro, se disciplina el tipo de intervención: retirada en edificios públicos; prohibición de

5 Texto incorporado a partir de una enmienda de los GGPP Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común.

visibilidad de retratos de militares en despachos y espacios comunes de uso público; retirada en los espacios públicos de edificios privados o religiosos salvo que se trate de estricto recuerdo privado, sin exaltación, o cuando concurren razones artísticas o arquitectónicas que impidan o desaconsejen la retirada por afectar a la estructura de un inmueble. En el supuesto de que no se produzca la retirada voluntaria, la administración pública competente incoará de oficio el expediente de retirada y podrá imponer multas coercitivas y la retirada subsidiaria. En concreto, se preceptúa la retirada de restos mortales de dirigentes del golpe militar de 1936 inhumados en lugar preeminente de acceso público distinto a un cementerio (como sería el caso de Queipo de Llano y Primo de Rivera).

La LMD prohíbe la celebración de actos públicos contrarios a la memoria democrática, esto es, aquellos actos que, con humillación a las víctimas y exaltación de la sublevación franquista, tengan lugar en la proximidad de las zonas incluidas en los mapas de fosas y de los lugares de memoria. Se establece, en consecuencia, un límite específico al derecho de reunión en lugar público que deberá garantizarse conciliándolo con estas prescripciones. Esta restricción, además, queda sancionada en el régimen punitivo de la ley que proscribire, persigue y multa la no adopción de medidas para impedir, en espacios abiertos al público, actos de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar y las convocatorias de actos que inciten a la exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar. A lo que habría que adicionar la limitación al ejercicio de la libertad de expresión o del derecho a la información que deriva de la tipificación como infracción administrativa de la convocatoria de campañas de divulgación o publicidad, por cualquier medio de comunicación pública, que inciten a la exaltación personal o colectiva de la sublevación militar.

La trascendencia jurídica de la LMD tiene una de sus principales manifestaciones en el régimen punitivo establecido para perseguir conductas contrarias a la norma que pueden merecer sanciones de diversa naturaleza: económicas (multas de hasta 150.000 euros), cierre temporal de locales, comiso de bienes, pérdida del derecho a acceder a subvenciones durante cinco años, restauración de la realidad física alterada, etc. Las infracciones, de mayor a menor gravedad, refieren: al traslado de los restos de víctimas sin autorización administrativa; la destrucción de fosas de víctimas; la destrucción de lugares de memoria democrática; la no adopción de medidas para impedir, en espacios abiertos al público, actos de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar; convocatorias de actos, campañas de divulgación o publicidad que, por cualquier medio de comunicación pública, inciten a la exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar; destrucción de documentos públicos o privados; localización o exhumación de restos sin autorización administrativa; falta de comunicación a las autoridades de los hallazgos de restos; incumplimiento de resoluciones de retirada de símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática; deterioro de placas identificativas de lugares de memoria democrática; intervenciones en lugares de memoria democrática sin autorización.

La LMD impacta en el derecho de asociación y fundación: a) por un lado, regula, como causa de extinción de *fundaciones*, por no constituir fin de interés general, la apología del franquismo que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezca a sus dirigentes, con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o con incitación directa o indirecta al odio (Prieto, 2021) o violencia contra las mismas; b) y, por otro, contempla la revocación de la declaración de utilidad pública, de las *asociaciones* que realicen actividades que constituyan apología del franquismo ensalzando el golpe de Estado y la dictadura o enalteciendo a sus dirigentes, con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o con incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas.

III. LA RELEVANCIA AXIOLÓGICA DE LAS PALABRAS: MEMORIA DEMOCRÁTICA, MEMORIA HISTÓRICA Y GUERRA DE ESPAÑA

Llama la atención y requiere explicación el cambio nominal sufrido entre la Ley 52/2007 y la Ley 20/2022 al suceder el término «memoria democrática» al de «memoria histórica» que venía siendo de uso habitual durante la vigencia de la anterior norma en relación con las políticas memorialísticas. Si la LMH podría ser calificada como un primer «remiendo de la transición» (Faber, 2004:43), el legislador de 2022 ha querido imprimir un sesgo valorativo adicional a las políticas memorialísticas que, lejos de ser axiológicamente asépticas o atemporales, adquieren un significado superior al contraponer la naturaleza autoritaria de los regímenes políticos represores sobre víctimas que ejemplifican la virtud y la superioridad moral de los valores democráticos.

No en vano, el Preámbulo de la LMD, «extenso e importante, aporta elementos hermenéuticos de especial calado» (Carrillo, 2022:187) y resulta esclarecedor al proclamar la inspiración de la norma en «las luchas individuales y colectivas de los hombres y las mujeres de España por la conquista de los derechos, las libertades y la democracia». Sin duda, las violaciones de los derechos humanos durante la Guerra y la durísima represión de la posguerra y la dictadura franquista constituyen el más dramático y reciente periodo histórico de flagrante conculcación de los derechos y libertades de los españoles. Su identificación como «memoria histórica» no ha sido ajena a una sucesión de acontecimientos históricos en que un régimen constitucional legítimo instaurado por la Constitución republicana de 1931 sufrió el embiste sedicioso de un golpe de Estado militar que, tras una cruenta guerra, derrocó las instituciones republicanas legítimas e instauró un régimen autoritario durante cuatro décadas. La identificación de esta sucesión de acontecimientos conocidos como «memoria histórica» no solo no es ajena a los valores democráticos sino que solo se entiende impregnada de su esencia.

El término «memoria democrática» —nada exento de «conflicto» (Gálvez, 2008)— busca dignificar y recuperar históricamente la autoridad superior de los denodados esfuerzos presentes a lo largo de la Historia reciente de España dirigidos a construir una sociedad democrática. Así, reza el Preámbulo, «España atesora una larga tradición liberal y democrática que surge con las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812. A lo largo de todo el siglo XIX y gran parte del XX, multitud de españoles y españolas lucharon y dieron su vida por la implantación de un sistema democrático en nuestro país, en los mismos términos que se estaba construyendo en el resto de países de nuestro entorno. Constituciones como la de 1812, 1869, 1931 y 1978 han sido hitos de nuestra historia democrática y han abierto momentos esperanzadores para el conjunto de nuestra sociedad». Tan es así que la propia LMD se atreve a formular una definición del término «memoria democrática» —«conocimiento de la reivindicación y defensa de los valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales a lo largo de la historia contemporánea de España, con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones en torno a los principios, valores y libertades constitucionales» (art. 1.1)— que puede fácilmente contraponerse al de «memoria histórica»⁶. La diferencia entre ambos conceptos resulta palmaria al acotar el periodo temporal de su vigencia: la «memoria histórica» propugnada en la Ley 52/2007 se circunscribe al periodo de la Guerra y la dictadura franquista mientras que la «memoria democrática» categorizada en la Ley 20/2022 se extiende a lo largo de la historia contemporánea de España cuyo arranque se ubica en la Constitución de 1812.

No es la única alteración terminológica trascendente. La LMD acuña legalmente por primera vez (la LMH lo evitó) la expresión «golpe de Estado» para identificar el sedicioso levantamiento militar que se produjo en 1936 contra las legítimas instituciones constitucionales de la II República repudiándose, en consecuencia, expresiones previas («alzamiento», «levantamiento militar», «conflicto armado», etc.) que pudieran tener o aparentar un valor neutro o, incluso, favorable a los insurrectos; reforzándose, en consecuencia, la contraposición con el orden constitucional legítimo.

No menos relevante resulta el alumbramiento legal de otro término —«Guerra de España» (art. 1.2)— con vocación de sustituir al de «Guerra civil». Remitiendo este último a la aparente descripción de un conflicto fraternal de naturaleza simétrica y en aparente igualdad de posiciones de las dos partes de la conflagración, lo cierto es que esta descripción resulta ajena a la realidad si tenemos en cuenta que la Segunda República Española constituía un régimen

6 El art. 1 de la Ley 52/2007 de Memoria Histórica (en adelante, LMH) delimita el objeto de la Ley y su alcance temporal circunscribiéndolos al reconocimiento y ampliación de derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, *durante la Guerra Civil y la Dictadura* ... se pretende el fomento de los valores y principios democráticos, facilitando el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos *durante la Guerra civil y la Dictadura*.

constitucional democrático que se vio interrumpido por un golpe de Estado militar y una guerra en la que intervinieron naciones extranjeras de forma bien asimétrica. Por un lado, las naciones democráticas llamadas teóricamente a sostener un régimen constitucional democrático como el de la Segunda República promovieron la no intervención y de las mismas apenas procedieron escasas unidades militares de voluntarios (brigadas internacionales) y el único país que proporcionó apoyo militar (Unión Soviética) lo limitó a material bélico y personal de asesoramiento. Por contra, los golpistas contaron con el apoyo de unidades regulares de las fuerzas armadas de Italia y Alemania que intervinieron en territorio español. Por ello resulta altamente pertinente esta superación terminológica por la que aboga el Preámbulo de la LMD: «un conflicto, en definitiva, que trasciende de una contienda civil por la participación de potencias extranjeras como Italia, Alemania o la Unión Soviética y la política de no intervención de las principales potencias occidentales ... la Guerra de España sería prólogo de las agresiones a otros Estados».

IV. LA IMPORTANCIA DE LAS FECHAS PARA DEFINIR EL ALCANCE TEMPORAL DE LA MEMORIA DEMOCRÁTICA

1. 31 de octubre y 29 de diciembre 1978 ¿ataque o enaltecimiento de la Constitución?

La LMD fue cuestionada durante su tramitación atribuyéndole la intención de revisar el proceso constituyente español —pretensión no exenta de proselitistas (Escudero, 2013; Segura, 2016), romper el pacto constituyente y, en consecuencia, atacar la Constitución.

La relevancia otorgada por la LMD a la Constitución encuentra un aldabonazo simbólico extraordinario en la elección de la fecha de la celebración de las sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado para aprobar el proyecto de Constitución (31 de octubre de 1978) como *Día de recuerdo y homenaje a todas las víctimas* del golpe militar, la Guerra y la Dictadura (art. 7).

Las habituales, socorridas y grandilocuentes proclamas⁷ contenidas en el Preámbulo de toda ley referidas al valor de la Constitución y del proceso

7 «La conquista y consolidación de la democracia en España ha sido el logro histórico más significativo de la sociedad española. El asentamiento de los principios y valores democráticos que consagra la Constitución de 1978 hace a nuestra sociedad más fuerte y constituyen la más clara apuesta de convivencia en el futuro. Conocer la trayectoria de nuestra democracia, desde sus orígenes a la actualidad, sus vicisitudes, los sacrificios de los hombres y las mujeres de España en la lucha por las libertades y la democracia es un deber ineludible que contribuirá a fortalecer nuestra sociedad en las virtudes cívicas y los valores constitucionales»; «esta ley ... pretende fomentar el conocimiento de las etapas democráticas de nuestra historia y de todas aquellas figuras individuales y movimientos colectivos que, con grandes sacrificios, fueron construyendo progresivamente los nexos de cultura democrática que permitieron llegar a los acuerdos de la Constitución de 1978».

constituyente español no resultan ajenas a la LMD. Pudiera pensarse que tan extraordinarias expresiones en favor del orden constitucional inaugurado en 1978 no tendrían mayor traducción normativa que el mero valor hermenéutico que se deriva de su inclusión en el Preámbulo.

Sin embargo, un recorrido por la literalidad de la norma permite llegar fácilmente a la conclusión opuesta: la LMD toma la Constitución —particularmente, las fechas del itinerario constitucional que siguió el proceso constituyente español— como referencia nuclear en el diseño de las políticas de memoria y les otorga una innegable trascendencia jurídico-constitucional atribuyéndole a la Constitución de 1978 el carácter de «lugar de memoria en España» (Humblebaek, 2004:187).

El 29 de diciembre de 1978, fecha de entrada en vigor de la Constitución⁸, constituye piedra basilar de la arquitectura de la LMD y adquiere una relevancia extraordinaria en su diseño tuitivo y de garantías al:

- a) Delimitar temporalmente el objeto de la LMD consistente en el reconocimiento de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual, durante el período comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 (art. 1.2). El 29 de diciembre de 1978, fecha de entrada en vigor de la Constitución constituye la fecha límite para adquirir la consideración de víctima del franquismo, esto es, de persona represaliada o perseguida, y, en consecuencia, merecer los «beneficios» o ser sujeto destinatario de los efectos previstos en el LMD.
- b) Delimitar temporalmente el derecho al acceso libre, gratuito y universal a los archivos públicos y privados, así como la consulta de documentos históricos sobre, entre otros periodos y temas, la transición política española «hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978» (art. 27.1).
- c) Determinar la fecha límite en la que puedan haberse cometido las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario cuyo derecho de investigación corresponde al Estado garantizar conforme a la LMD («la Guerra y la Dictadura, así como el periodo que va desde la muerte del dictador hasta la entrada en vigor de la Constitución Española») y con la intervención del nuevo Fiscal de Sala de

⁸ Hay que reconocer al Informe del CGPJ de 7 de junio de 2021 a la LMD el mérito de la elección de esta trascendente referencia ya que inicialmente el anteproyecto de la ley fijaba, como fecha final del periodo histórico, la de promulgación de la Constitución Española (27 de diciembre de 1978) por el Rey, sugiriéndose en el Informe alternativas como la fecha de su publicación en el BOE, determinante de su eficacia jurídica, o la del 15 de junio de 1977, cuando se celebraron las primeras elecciones generales democráticas que dieron lugar a las cortes constituyentes (p. 22).

Derechos Humanos y Memoria Democrática en defensa de la legalidad y los derechos humanos (art. 29).

- d) Calificar como infracción muy grave el régimen sancionador de la LMD «la apropiación indebida de documentos de carácter público por parte de personas físicas o instituciones privadas que ejercieron cargos públicos durante la Guerra, la Dictadura y hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978» (62.1).
- e) Extender la posibilidad de optar por la nacionalidad española a los hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 (Disposición Adicional 8^a).

En definitiva, puede afirmarse, concluyentemente, que la fecha de entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978 constituye la fecha límite de las investigaciones y la reparación de víctimas de la memoria amparadas por la LMD.

2. 31 de diciembre de 1983: las vulneraciones de derechos humanos en pleno régimen constitucional ajenas a la memoria

A pesar de que el apartado anterior deja meridianamente claro que la aprobación de la Constitución constituye la fecha límite del tiempo histórico marcado por la dictadura franquista y su proceso de liquidación, ha querido verse en la LMD un intento de extenderlo más allá del momento constituyente. Se ha denunciado⁹ un supuesto intento de revisión histórica consistente en deslegitimar el proceso constituyente incluyendo —por vergonzantes e interesadas cesiones parlamentarias a los representantes políticos de partidos herederos de los terroristas vascos— investigaciones por conculcaciones de derechos humanos que alcanzarían a episodios históricos posteriores incluyendo la guerra sucia contra el

9 Sirva de nuevo como ejemplo lo dicho en el *Manifiesto contra el proyecto de ley de Memoria Democrática* promovido por la Asociación para la Defensa de los Valores de la Transición: «Nuestro vigente sistema democrático se fundamenta en ese gran 'pacto constitucional' de 1978, que refrendó una amplísima mayoría de españoles. Y, por ello, no podemos aceptar que ese pacto sea objeto de una tergiversación tan injusta y tan ajena a la verdad histórica, como hace el Proyecto de ley, incluso abriendo la posibilidad de extender el 'periodo sospechoso' de la dictadura hasta el 31 de diciembre de 1983, etapa en la que se habían celebrado el referéndum constitucional, tres elecciones generales, además de las correspondiente municipales y autonómicas, y el normal funcionamiento de las instituciones y de los tribunales de justicia que permita el enjuiciamiento de cualquier conducta que atentara contra los derechos de la personas, como ocurrió en numerosas ocasiones. Nos preocupa que esa extensión se haya incorporado al Proyecto de Ley a través de una propuesta acordada expresamente con el grupo político Bildu, expresión actualizada de quienes, precisamente en esa época, utilizaban la violencia terrorista como método sistemático de actuación, con consecuencias dramáticas bien recordadas, en que el citado grupo aún no haya formulado una condena expresa de aquellos crímenes» (disponible el 8-2-2023 en <http://defensadelatransicion.es/la-asociacion-para-la-defensa-de-los-valores-de-la-transicion-contra-el-proyecto-de-la-memoria-democratica/>).

terrorismo vasco. Para justificar estas afirmaciones se enarbola lo dispuesto en la Disposición Adicional 16^a que fue incorporada durante el trámite parlamentario en el Congreso de los Diputados para asegurar, presuntamente, la mayoría parlamentaria para la aprobación de la LMD: «El Gobierno, en el plazo de un año, designará una comisión técnica que elabore un estudio sobre los supuestos de vulneración de derechos humanos a personas por su lucha por la consolidación de la democracia, los derechos fundamentales y los valores democráticos, entre la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y el 31 de diciembre de 1983, que señale posibles vías de reconocimiento y reparación a las mismas».

A veces argumentar lo evidente o rebatir lo innecesario resulta más difícil que hacerlo contra aquello que tiene un mínimo fundamento pues se hace muy extraño admitir la existencia de un argumentario completamente falaz por muy patente que sea. Una disposición adicional no integra el cuerpo de la ley y habitualmente incorpora mandatos dirigidos a los poderes públicos que no producen efectos jurídicos vinculantes. La Disposición Adicional 16^a se limita a encargar al Gobierno la constitución de una comisión técnica para elaborar un estudio: ningún alcance jurídico de los que derivarían de su inclusión en el cuerpo normativo. El objeto de dicho estudio y su proyección temporal en nada permite imaginar, siquiera remotamente, un intento de revisión del proceso fundacional del orden constitucional o el amparo de investigaciones sobre la «guerra sucia» contra el terrorismo de ETA: se pretende realizar un estudio sobre los supuestos de «vulneración de derechos humanos a personas por su lucha por la consolidación de la democracia, los derechos fundamentales y los valores democráticos» entre «la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y el 31 de diciembre de 1983». Imposible entender que los atentados contraterroristas pudieran tener como destinatarios a personas distinguidas por su «lucha por la consolidación de la democracia» entre el 29 de diciembre de 1978 y el 31 de diciembre de 1983.

Las imputaciones anteriores no tienen ningún fundamento, pero ¿cuál es la razón de ser de la DA 16^a? Los siguientes datos deberían bastar para entender su existencia: 1) su inclusión en la LMD es fruto de una enmienda parlamentaria conjunta impulsada por el grupo parlamentario socialista aunque suscrita con Podemos, EHBildu y Más País; 2) el objeto del estudio se limita a los contados supuestos acaecidos tras la aprobación de la Constitución de vulneración de derechos humanos sufrida por personas identificadas por su lucha por la consolidación de la democracia, los derechos fundamentales y los valores democráticos, esto es, casos como, por ejemplo, el de Yolanda González —líder estudiantil y militante comunista asesinada por la extrema derecha el 1 de febrero de 1980— que, ajenos al alcance tuitivo de la LMD, el legislador consideró merecedor de recuperación histórica y dignificación; 3) la elección de la fecha del 31 de diciembre de 1983 para acotar temporalmente dicho estudio resultó meramente aleatoria y pretendía evitar fijar una fecha anterior que alcanzara exclusivamente a los periodos de gobierno de UCD lo que hubiera podido suscitar o aparentar un sesgo o interés partidista inexistente. De todo ello dan cuenta los diarios de sesiones del

Congreso de los Diputados y del Senado que ilustran sobre «la voluntad del legislador»¹⁰. En definitiva, esta disposición adicional 16ª perseguía satisfacer la reivindicación de quienes lucharon por la consolidación de la democracia y sufrieron vulneración en sus derechos aún después de la aprobación de la Constitución. Aunque esos crímenes fueron judicialmente sancionados, sus víctimas no fueron objeto de reconocimiento al finalizar el ámbito temporal de la LMD con la entrada en vigor de la Constitución.

V. LOS VALORES DE LA TRANSICIÓN Y LA LEY DE AMNISTÍA: ¿DEVALUACIÓN, REVISIÓN O ENSALZAMIENTO DEL PROCESO CONSTITUYENTE?

1. La incuestionable vigencia de la ley de Amnistía

La supuesta revisión o ruptura del pacto constituyente y del espíritu que lo envolvió (reconciliación, consenso, «olvido») atribuida a la LMD pone su foco en términos axiológicos en el desmerecimiento de los valores de la Transición política, en la revisión de una inequívoca y «auténtica memoria de la transición» (Vidal, 2021: 255) y, en términos bien específicos —y de alcance jurídico inequívoco— en la supuesta derogación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía y de los principios constitucionales que acompañan su anclaje en el ordenamiento jurídico. Por contra, es mucho más cierto que la literalidad de la LMD niega de plano las críticas anteriores pero también las recomendaciones de Naciones Unidas: «Valorar las alternativas y privar de efecto las disposiciones de la Ley de Amnistía que obstaculizan todas las investigaciones y el acceso a la justicia sobre violaciones graves de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y el franquismo»¹¹.

10 D.S.S. 5 de octubre de 2022, nº 104, p. 99.

11 Informe de P. Greiff, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, elaborado con motivo de su visita a España del 21 de enero al 3 de febrero de 2014 (p. 22). Disponible el 16-2-2023 en <https://www.refworld.org/es/type/MISSION,,ES-P,543fc3914,0.html>. La respuesta del Gobierno de España en 2014 fue contundente: «La transición española constituye un caso único de reconciliación nacional sin justicia penal, por decisión deliberada y consensuada por la inmensa mayoría de las fuerzas políticas parlamentarias de evitar la justicia transicional. El equilibrio entre los distintos intereses, paz y democracia, justicia y reconciliación, se encontró en España a costa de renunciar a la justicia penal. Los derechos de las víctimas fueron inicialmente relegados pero desde los inicios de la democracia empezaron a adoptarse medidas de reconocimiento y reparación que culminaron con la adopción de la conocida como Ley de Memoria Histórica en 2007. Esta Ley aglutina una serie de medidas de reparación y reconocimiento, así como otras de carácter simbólico. Creemos que es importante por ello reivindicar el valor de una normativa que refleja la manera como los españoles han querido reconciliarse con su pasado ... la Ley de Amnistía en 1977 que, como ya se explicó al Relator, no es una ley de punto final otorgada por la dictadura para perdonarse a sí misma, sino una ley adoptada por los partidos parlamentarios democráticamente elegidos» (*Observaciones al Informe de P. Greiff, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la*

El Preámbulo de la LMD, lejos de desmerecer, ensalza con epítetos extraordinarios el significado de la Transición política —a la que se ha calificado como «la mejor Memoria Democrática de la historia de España» (Núñez Encabo, 2021:19)— como «la base de la época de mayor esplendor y prosperidad que ha conocido nuestro país»: «La vigente Constitución se fundamentó en un amplio compromiso social y político para la superación de las graves y profundas heridas que había sufrido la sociedad española durante la guerra y los cuarenta años de dictadura franquista. Este consenso fue el espíritu de nuestra transición política, y ha sido la base de la época de mayor esplendor y prosperidad que ha conocido nuestro país. La Transición asumía el legado democrático y de dignidad que varias generaciones de españoles y españolas habían forjado en torno a la defensa de la democracia, la lucha antifascista en Europa y la recuperación de las libertades individuales y colectivas en nuestro país». Su cuerpo normativo no duda en referir y loar reiteradamente este momento histórico: «Se declara ilegal el régimen surgido de la contienda militar iniciada con dicho golpe militar y que, como consecuencia de las luchas de los movimientos sociales antifranquistas y de diferentes actores políticos, fue sustituido con la proclamación de un Estado Social y Democrático de Derecho a la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978, tras la Transición democrática» (art. 1.3)¹². De hecho, su art. 27, al regular el derecho de acceso y consulta de los documentos de archivo sobre el golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura, garantiza también el derecho al acceso libre, gratuito y universal a los archivos públicos y privados, así como la consulta de documentos históricos integrantes de series documentales o de colecciones de bienes del Patrimonio Documental sobre la transición hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978».

Pero, si duda, el acto normativo que formaliza y otorga impacto jurídico a la Transición, traduciendo normativamente la dimensión axiológica de este momento histórico, es la Ley 46/1977 de Amnistía sobre la que el Preámbulo de la LMD tampoco escatima parabienes: «El primer Parlamento elegido democráticamente desde el final de la Guerra aprobó la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, una reclamación histórica de la oposición antifranquista, dictada antes de la Constitución de 1978 pero posteriormente a la entrada en vigor en España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado el 30 de abril de 1977. Esta ley tuvo por virtud amnistiar todos los delitos de intencionalidad política e infracciones de naturaleza laboral y sindical».

Como consta en los Diarios de Sesiones de la época, invocándose reiteradamente como argumento de autoridad la defensa parlamentaria de esta Ley por el dirigente comunista Marcelino Camacho¹³, la Ley de Amnistía fue una reivindicación de las

verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, de 2014, p. 3. Disponible el 16-2-2023 en <https://digitallibrary.un.org/record/780611?ln=es>).

¹² Texto de la enmienda presentada por el grupo parlamentario plural (PDeCat).

¹³ «Nosotros considerábamos que la pieza capital de esta política de reconciliación nacional tenía que ser la amnistía. ¿Cómo podríamos reconciliarnos los que nos habíamos estado matando los 'unos a los otros' si

fuerzas políticas opositoras a la Dictadura —casi en su totalidad de izquierdas— que, lógicamente, perseguían la excarcelación y rehabilitación de las personas represaliadas por el régimen franquista. Con el tiempo, paradójicamente, una parte de esa izquierda¹⁴ política ha cuestionado la vigencia de esta norma y reivindicado su derogación con la finalidad de enjuiciar a personajes (Martín Villa, «Billy el Niño»...) a los que se les atribuirían conductas y actos que pudieran merecerlo a la luz de los más recientes desarrollos del Derecho Internacional que ha declarado la imprescriptibilidad e inamistiabilidad de los calificados como crímenes contra la humanidad (torturas, etc.). De hecho, tal pretensión se concretó en enmiendas a la LMD que fueron rechazadas en el trámite parlamentario. No es menos cierto que este cuestionamiento de la Ley de Amnistía no se focaliza en la pretensión de denuncia de determinadas y singulares vulneraciones de derechos sino que persigue un objetivo mucho más ambicioso: objetar la legitimidad democrática del régimen constitucional emergido en 1978 que adolecería, entre otros vicios de origen, del oprobio de haber permitido la impunidad de quienes protagonizaron crímenes contra los derechos humanos durante el franquismo (Escudero, 2013; Segura, 2016).

2. La amnistía a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos

La LMD ni deroga ni modifica la Ley de Amnistía de 1977 pero, como advierte su Preámbulo, fue dictada antes de la aprobación de la Constitución y no es ajena a la posterior evolución histórica del marco internacional de garantía de los derechos humanos: «Sin perjuicio de la voluntad de reconciliación y de construcción de una sociedad democrática avanzada que presidió ese proceso político, a la luz del desarrollo del derecho internacional de Derechos humanos,

no borráramos ese pasado de una vez para siempre? Para nosotros, tanto como reparación de injusticias cometidas a lo largo de estos cuarenta años de dictadura, la amnistía es una política nacional y democrática; la única consecuente que puede cerrar ese pasado de guerras civiles y de cruzadas. Queremos abrir la vía a la paz y a la libertad. Queremos cerrar una etapa; queremos abrir otra. Nosotros, precisamente, los comunistas, que tantas heridas tenemos, que tanto hemos sufrido, hemos enterrado nuestros muertos y nuestros rencores. Nosotros estamos resueltos a marchar hacia adelante en esa vía de la libertad, en esa vía de la paz y del progreso» (*D.S.C.D.*, 14 de octubre de 1977, nº 24, p. 960).

14 Aunque con nulo éxito, particularmente empecinado en la derogación de la ley de amnistía estuvo el grupo parlamentario republicano (ERC). Puede constatarse en el texto de la enmienda a la totalidad con texto alternativo al proyecto de LMD presentada en el Congreso de los Diputados argumentado que la Transición española se caracterizó por el mantenimiento de la legislación franquista. Los principios de la legislación internacional sobre derechos humanos y concretamente las convenciones contra la impunidad de los crímenes contra la Humanidad, no se pudieron aplicar. En este periodo preconstitucional se aprobaron leyes contrarias a esta legislación internacional como la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977: «en una verdadera ley de «Punto Final», a todos los funcionarios, autoridades y personal que hubiesen cometido actos contra los derechos humanos ... sin duda, a la luz de los Tratados y Convenios sobre Derechos Humanos la Ley de Amnistía y Punto Final de 15 de octubre de 1977 es contraria a la Constitución de 1978». También comparieron la propuesta de derogación de la ley de amnistía los GGPP de EHBildu y Más País.

la práctica de los organismos de derechos humanos, y de conformidad con el artículo 10.2 de la misma Constitución, se ha de garantizar el derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, así como las oportunas formas de reconocimiento y reparación».

En otras palabras, la LMD recuerda una obviedad en la hermenéutica constitucional que «la historia política de la transición, desde una dictadura de cuarenta años al sistema democrático surgido tras las primeras elecciones democráticas en España el 15 de junio de 1977 y la aprobación de la Constitución en 1978, así como la evolución del sistema político durante este periodo, pueden ayudar a entender desde la perspectiva metajurídica» (Carrillo, 2022:197). Se afirma que, conforme al art. 10.2 CE, «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», esto es, los derechos, libertades y principios constitucionales (principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) que informan el Estado de Derecho deberán interpretarse indefectiblemente de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos en la materia ratificados por España e, incluso, aplicarse éstos directamente cuando corresponda. Además, el mandato del art. 10.2 CE se aplica tanto a los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales como al resto del ordenamiento jurídico: «no sólo a las normas contenidas en la Constitución sino [a] todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental» (STC 78/1982, FJ 4). En todo caso, se ha advertido (Carrillo, 2022:205) que, para garantizar el efecto pleno de esta cláusula de apertura, será necesario que España adoptase en el ámbito internacional alguna decisión adicional como la suscripción de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968 quedando así definitivamente completada la previsión de la Ley 20/2022.

El interrogante mayúsculo que se cierne sobre la exigencia de interpretación de la Ley de amnistía y la Constitución «de conformidad con los tratados internacionales» reside en resolver si dichas normas resultan compatibles o, en su defecto, es inexorable el vaciamiento de la ley de amnistía en determinados supuestos dejando irremediabilmente paso al enjuiciamiento de determinadas causas. A ello aboca forzosamente el tenor literal del art. 2.3 LMD: «Todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, se interpretarán y aplicarán de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional Humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y

tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables»¹⁵. Este precepto nada añade a lo proclamado en el art. 10.2 CE, reitera lo obvio —que una ley nacional como la ley de amnistía debe ser interpretada de conformidad con los Tratados internacionales suscritos por España que, por lo demás, forman parte del ordenamiento interno español y desplazan a las normas vigentes que los contradigan por mor de lo dispuesto en el art. 96.1 CE— y su única virtud reside en explicitar los contenidos de dichas disposiciones internacionales que deben ser «conciliados» con la Ley de amnistía —la imprescriptibilidad y no amnistiabilidad de los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura—.

Al proclamar el art. 2.1 LMD los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición como fundamento de la misma, esta norma está afirmando el derecho de las víctimas a que se investiguen judicialmente las conductas y hechos que supongan su conculcación. Sin embargo, la negación o resistencia frente a dicha intervención judicial ha tenido abanderados relevantes como es el caso del CGPJ. Su Informe a la LMD no duda en negar tal posibilidad por ser ajena esta definición de víctima a la existencia de un proceso penal español que no ampararía el derecho a conocer la *verdad histórica* en una manifestación de lo que el Informe Greiff denomina «excesivo formalismo en la interpretación del derecho»¹⁶.

Así lo corroboraría la STS de 17 de febrero de 2021 al negar la viabilidad de los «juicios de la verdad, esto es, aquellos que pretenden una indagación judicial sobre unos hechos, con apariencia de delictivos, respecto a los que se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal, muerte, prescripción o amnistía ... Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados». Para el CGPJ la inviabilidad del proceso penal para la investigación de hechos vinculados con la guerra civil y la posguerra se sustenta: 1) en el principio de legalidad penal y el de interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) que prohíben la aplicación

15 Enmienda transaccional suscrita por los GGPP Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, a instancias de Más País.

16 En el Informe de P. Greiff se añade: «El Relator Especial observa un excesivo formalismo en la interpretación del derecho que cohibe toda reflexión sobre posibles alternativas para garantizar el derecho de las víctimas a la verdad y la justicia. Sin embargo, en otro tipo de casos, España supo atender las consideraciones relevantes, sin vulnerar el principio de legalidad, como en los casos *Scilingo* y *Pinochet*, donde los tribunales españoles desplegaron destreza jurídica en favor de los derechos de las víctimas. Respetando los principios del debido proceso, desestimaron el Decreto-Ley de amnistía chileno y encontraron las vías legales para sobrepasar el problema de la aplicabilidad de tipos legales propios del derecho internacional y las cuestiones de prescripción ... no habría impedimentos en el sistema judicial español para revisar o anular las disposiciones de la Ley 46/1977 que fueran incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado. El Tribunal Constitucional sería la institución idónea para debatir y pronunciarse sobre la interpretación de la Ley 46/1977, a la luz de las normas y obligaciones internacionales de derechos humanos» (p. 15).

retroactiva de las disposiciones sancionadoras a los hechos anteriores a su vigencia —no resultando posible la aplicación retroactiva del derecho penal internacional, consuetudinario y convencional, que tipifica entre otros los delitos contra la humanidad, al haberse incorporado en nuestro ordenamiento con posterioridad a los hechos—; b) en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, que proclama la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que pudieran imponerse por los actos y delitos amnistiados¹⁷.

A pesar de reconocer la obligación de los Estados de perseguir las violaciones constitutivas de delitos contra la humanidad tras la promulgación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de confirmar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos se comprometen a disponer recursos efectivos para la persecución de las vulneraciones a los derechos reconocidos y de convenir que una ley de amnistía que excluya la responsabilidad penal puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho, la STS de 27 de febrero de 2012, que absolvió a Baltasar Garzón del delito de prevaricación judicial, confirmó esta impunidad (Peris, 2016) judicial al afirmar que las exigencias del principio de legalidad hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas «con posterioridad» a la entrada en vigor del Pacto y el Convenio —reconociendo el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que el Pacto «no puede aplicarse retroactivamente»—.

Las sucesivas recomendaciones para la derogación de la ley de amnistía (Resolución 828 de 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa; observación General 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1992), o recordando la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 94 periodo de sesiones, Observancia final nº 5 sobre España) únicamente llevan al Tribunal Supremo a constatar la existencia de una «cultura jurídica» que justifica la razonabilidad de las posiciones contrarias. Sin embargo, la STS de 27 de febrero de 2012 advierte que la Constitución, a pesar de realizar una derogación expresa de diversas normas, no incluyó entre ellas la Ley de Amnistía por constituir un «pilar esencial, insustituible y necesario» para superar el franquismo y conseguir una «transición pacífica»: «precisamente, porque la ‘transición’ fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya

17 Véase la airada respuesta del Gobierno español de 2014 en sus Observaciones al Informe de P. Greiff: «los jueces no hacen sino aplicar los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, pilares del Estado de Derecho. Nadie duda de que toda norma penal ha de ser aplicada e interpretada con exquisita observancia del principio de legalidad y sus manifestaciones de *lex previa*, *certa*, *stricta* y *scripta*. Es por ello que en opinión del Gobierno español, es erróneo calificar peyorativamente de «interpretación formalista» una interpretación que propugna el respeto al estado de Derecho y al principio de legalidad (p. 3). Disponible el 16-2-2023 en <https://digitallibrary.un.org/record/780611?ln=es>.

eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento» (FJ 3º-3). Pero todo ello no impide, como afirma en su Informe Pablo Greiff, que «en países que no han derogado leyes de amnistía, algunos tribunales han encontrado interpretaciones tanto de esas leyes como de los principios relevantes (legalidad, no retroactividad) que no han impedido la investigación y el procesamiento de presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. Esto se basa, por ejemplo, en que muchas amnistías suspenden la responsabilidad penal, pero su aplicación requiere una determinación judicial (como indica la Ley 46/1977, art. 9), es decir, conceder los beneficios de la amnistía requiere al menos una investigación de los hechos, pues de otra manera no hay responsabilidad alguna que se pueda suspender o extinguir. Nada en la Ley vigente impide expresamente el desarrollo de investigaciones»¹⁸.

La Ley de Amnistía incluyó los «delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley y los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas» (art. 2) de forma que la amnistía implicaba «la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que se pudieran imponer con carácter principal o accesorio» (ar. 6).

De admitirse, sin matices, la inamnistiabilidad de dichos delitos y la vigencia de su responsabilidad jurídico-penal a los efectos de la apertura de procesos judiciales, se produciría un conflicto frontal, en general, con el principio de seguridad jurídica pero, muy en particular y decisivamente, con el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales que entraría decisivamente en juego por mor del literal del art. 9.3 CE y la jurisprudencia constitucional derivada. Resulta difícil no admitir que revisar a peor los efectos jurídico-penales de una conducta individual más de medio siglo después constituye ejemplo palmario de una aplicación retroactiva de una disposición más restrictiva o perjudicial. Aunque también parece evidente que el conflicto no lo sería tanto entre la Ley de Amnistía y las normas internacionales que proclaman la inamnistiabilidad, como entre éstas y la Constitución en su dicción del art. 9.3. La solución a este interrogante habría que buscarla en el art. 95 CE que presume la inexistencia de disposición constitucional contraria a Tratados Internacionales en la medida en que, de haberlo sido, debería haberse producido una previa reforma constitucional de adaptación. En consecuencia, ante dos normas plenamente vigentes, corresponderá al operador jurídico competente declarar la superioridad de una u otra vista la imposibilidad de su conciliación o compatibilidad.

En el orden internacional ha progresado sustancialmente la cultura de la imprescriptibilidad y la no procedencia de amnistía respecto a delitos contra la

18 Informe de P. Greiff (p. 16).

humanidad. Resulta paradigmática la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006 (*Caso Kolk y Kislyly contra Estonia*)¹⁹ en la que se asegura la vigencia de los principios de legalidad e irretroactividad pero amparando «el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía *delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*». A la vista de lo anterior, la STS de 27 de febrero de 2012 reconoce la fuerza expansiva de los derechos humanos y admite la posibilidad de una investigación y condena penal por delitos contra la humanidad sin vulnerar el principio de legalidad cuando «el contenido incriminatorio de los hechos sea, de alguna manera, conocido por los infractores o que lo sea para el país al que pertenecen como miembros de un aparato de poder» En definitiva, el TS destaca la validez universal de los derechos humanos y su aplicación incluso cuando no aparece su punición en el ordenamiento interno del país.

VI. INJUSTICIA E ILEGITIMIDAD *VERSUS* ILEGALIDAD Y NULIDAD DE LAS CONDENAS Y CONSEJOS DE GUERRA

La sucesión²⁰ de una legalidad por otra en los procesos transicionales desde las autocracias a los regímenes constitucionales democráticos constituye un ámbito especialmente sensible: de la legalidad de un Estado ajeno a los valores y principios inherentes a la dignidad y los derechos humanos a la de un Estado propiamente de Derecho informado por los principios propios de un régimen constitucional democrático respetuoso con los derechos y libertades de los seres humanos. Este cambio, desde una autocracia sustentada en un Estado legal, a un Estado Social y Democrático de Derecho plantea inexorablemente potentes interrogantes sobre la supervivencia y devenir de las resoluciones dictadas por órganos e instituciones creados en flagrante conculcación de los derechos humanos y de los principios propios de un Estado de Derecho. En concreto, estos interrogantes tienen su específica proyección en el tratamiento futuro, una vez garantizado un orden constitucional democrático, de las resoluciones dictadas por los órganos e instituciones franquistas conculcando las libertades y derechos humanos y al margen de los principios y reglas propias de un Estado de Derecho (López, 2014).

19 Dos responsables del Ministerio del Interior ruso deportaron a una familia durante la ocupación de Estonia en 1949. En 1994 fueron condenados por los tribunales de Estonia, tras recuperar la independencia, por delitos contra la humanidad imprescriptibles conforme al Derecho penal internacional.

20 El Informe del CGPJ recuerda que la ruptura de legitimidad, evidenciada en el art. 1.2 CE, se ayudó de la legalidad anterior produciéndose una continuidad de ordenamientos negando sustancialmente el Tribunal Constitucional eficacia retroactiva de la Constitución respecto de situaciones jurídicas nacidas y agotadas antes de la entrada en vigor del texto constitucional (SSTC 9/1981, de 31 de marzo; 43/1982, de 6 de julio; 35/1987, de 18 de marzo; AATC 262/1990, de 18 de junio; 187/2004, de 25 de marzo).

Como ya hemos visto, una ley de amnistía constituye el instrumento habitual para garantizar esa transición de la legalidad autoritaria a la legalidad democrática. Pero no basta: como han evidenciado las demandas sociales que han venido a atender la LMH y la LMD.

La Ley 52/2007 de Memoria Histórica ya declaró: a) el carácter *radicalmente injusto* de «todas las condenas y sanciones» producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura; así como la *injusticia* del exilio (art. 2); b) la *ilegitimidad* de los «tribunales, jurados u órganos» de cualquier naturaleza administrativa creados con vulneración de las más elementales garantías del derecho a un proceso justo —en particular, «por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo», se declaró en todo caso la *ilegitimidad* del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, los Tribunales de Responsabilidades Políticas y los Consejos de Guerra—; c) la *ilegitimidad* de las «sanciones y condenas», por vicios de forma y fondo, impuestas por motivos políticos, ideológicos o de creencias durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución. (art. 3). Con ello, como recordaba su Preámbulo, se pretendía subrayar de forma inequívoca, «la carencia actual de vigencia jurídica» de dichas disposiciones y resoluciones contrarias a los derechos humanos y se buscaba contribuir a la rehabilitación moral de quienes sufrieron unas sanciones y condenas a las que calificaba como *injustas*. En concreto, una disposición derogatoria de la LMH privaba expresamente de vigencia jurídica a las normas de la Dictadura «manifiestamente represoras y contrarias a los derechos fundamentales» con un doble objetivo: a) proclamar su formal expulsión del ordenamiento jurídico; b) e impedir su invocación por cualquier autoridad administrativa y judicial.

La afirmación de la *ilegitimidad* o la *injusticia* de sanciones o condenas y de órganos, tribunales o consejos de guerra del franquismo tiene un evidente alcance formal o simbólico que, en principio, no parecía impactar, alterar o modificar la realidad jurídica o el estatuto de vigencia de dichas disposiciones por mucho que se aludiera a su «expulsión del ordenamiento jurídico». No en vano, no puede considerarse casual la utilización de dichas expresiones que encierran una indudable carga de calculada ambigüedad. Sin duda, ambigüedad que pretendía evitar o circunvalar el imprevisible alcance y efectos jurídicos (de naturaleza económica, etc.) derivados de una expresa derogación, nulidad o «expulsión» del ordenamiento jurídico de dichas sanciones o condenas. Preocupación bien evidenciada en el art. 4.5 LMD al negar la responsabilidad patrimonial del Estado, de cualquier Administración Pública, o cualquier reparación o indemnización de índole económica o profesional. De hecho, más allá de su significativo valor simbólico y emocional, el supuestamente limitado o nulo alcance jurídico pretendido por el legislador al proclamar la ilegitimidad o injusticia de dichas sanciones

y condenas tendría su palmaria manifestación en un art. 4.4 que reconoce el derecho a obtener una *Declaración de reparación y reconocimiento personal* a quienes durante la Guerra Civil y la Dictadura padecieron los efectos de estas resoluciones —un derecho, por lo demás, como resulta obvio, plenamente compatible con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en numerosas normas anteriores.

La compatibilidad del reconocimiento personal con otras acciones judiciales dio pie, durante la vigencia de la LMH, a la interposición de recursos de revisión contra las condenas de los tribunales franquistas con escaso éxito para lograr su anulación. La LMH había optado por no introducir en el texto una declaración explícita de nulidad de las condenas y/o sanciones²¹ en aras a la seguridad jurídica inherente a la continuidad del ordenamiento jurídico y del Estado²².

Sin embargo, de forma ciertamente sorpresiva, la declaración de ilegitimidad y dichos recursos de revisión llevaron al Tribunal Supremo a dictar una relevante doctrina a partir del Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2011 (*Caso Miguel Hernández*)²³ —doctrina secundada, posteriormente, por ejemplo, por los Autos del TS de 30 de marzo de 2012 y de 29 de junio de 2015²⁴— concluyendo la inexistencia de la sentencia condenatoria por

21 *D.S.C.D.*, nº 222, 14 de diciembre de 2006.

22 Notable reproche formulado por el Informe de P. Greiff: el Relator Especial «lamenta que las autoridades judiciales invoquen el principio de seguridad jurídica por encima de los derechos de las víctimas, el derecho a la justicia y los principios del debido proceso. Lamenta que el Gobierno y el Poder Legislativo no hayan aún prestado suficiente atención a esta cuestión y que puedan haber predominado preocupaciones de orden económico en esta decisión» (p. 19).

23 En el *Caso Miguel Hernández*, el TS reproduce algunos de los sobrecogedores párrafos de la condena a muerte del poeta: «Resultando probado y así lo declara el Consejo que el procesado, de antecedentes izquierdistas, se incorporó voluntariamente en los primeros días del Alzamiento Nacional al 5º Regimiento de Milicias pasando más tarde al Comisariado Político de la 1ª Brigada de Choque e interviniendo entre otros hechos en la acción contra el Santuario de Santa María de la Cabeza. Dedicado a actividades literarias era miembro activo de la Alianza de intelectuales antifascistas, habiendo publicado numerosas poesías y crónicas y folletos de propaganda revolucionaria y de excitación contra las personas de orden y contra el Movimiento Nacional, haciéndose pasar por el poeta de la revolución ... delito de adhesión a la rebelión, sancionado en el párrafo 2º del art. 238 del C.J.M de cuyo delito es responsable en concepto de autor el procesado por participación directa y voluntaria», indicándose, en relación con la graduación de la pena, que «el Consejo haciendo uso de las facultades que le conceden los artículos 172 y 173 del C.J.M. estima justo imponer la pena en su máxima extensión «, por lo que se concluye condenando a la pena de muerte».

24 También la Fiscalía General del Estado, mediante Decreto de 5 de abril de 2010, haría valer idéntico criterio con motivo del procedimiento de revisión de la condena al *President de la Generalitat de Catalunya* Lluís Companys al afirmar que «esta actuación no tendrá trascendencia jurídica alguna porque el efecto que se pretende que no es otro que la «desaparición» jurídica de dichas resoluciones por su naturaleza intrínsecamente injusta, se ha producido ope legis, al ser consideradas por expresa disposición legal injustas e ilegítimas ... De hecho, pretender ahora, tras la entrada en vigor de la Ley 52/2007, de Memoria Histórica, la revisión, en sentido técnico-jurídico, de las resoluciones judiciales dictadas contra don Lluís Companys i Jover, sería tanto como reconocer, implícitamente, la actual vigencia y efectividad de las mismas pese a la radical declaración de injusticia e ilegitimidad que contienen los artículos 2 y 3 de la disposición legal antes citada. Es decir, resulta impropcedente iniciar el proceso concreto de revisión de unas resoluciones privadas totalmente de eficacia y validez por decisión expresa y categórica del legislador».

mor de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, que la había declarado «radicalmente injusta e ilegítima», por vicios de fondo y forma, «lo que equivalía a decir que carecía actualmente de cualquier vigencia jurídica». Para el TS, la ilegitimidad equivaldría a carencia de vigencia jurídica y, por lo tanto, a la inexistencia de la sentencia condenatoria —por ello denegaría el recurso de revisión por inexistencia del «presupuesto objetivo» de la revisión—²⁵. En definitiva, las sentencias y condenas dictadas por los órganos, tribunales y consejos de guerra franquistas son, tras la LMH, inexistentes y nulas de pleno derecho sin que subsista actualmente apariencia alguna de legalidad o validez de las mismas, al haber sido expulsadas del ordenamiento jurídico.

De nuevo se hacía evidente la imposibilidad de obtener una explícita declaración judicial de nulidad a pesar de equipararse judicialmente ilegitimidad, inexistencia y nulidad. Por ello, la LMD da, aparentemente, un salto significativo al referir de forma insistente y reiterada a la *ilegalidad* y *nulidad*²⁶ de sanciones y condenas y de los órganos, tribunales y consejos de guerra que las dictaron. A las ya consabidas referencias a la *ilegitimidad* e *injusticia* presentes en la LMH, la *ilegalidad*, *ilicitud* y *nulidad* de sanciones y condenas y de órganos, tribunales y consejos de guerra se suceden en la LMD: a) al repudio y condena del golpe de Estado del 18 de julio de 1936 y la posterior dictadura franquista, se «declara ilegal» el régimen surgido de la contienda militar iniciada con dicho golpe militar (art. 1.3); b) se declara el carácter «ilegal y radicalmente nulo» de todas las condenas y sanciones «independientemente de la calificación jurídica utilizada para establecer dichas condenas y sanciones» (art. 4.1); c) se declara la «ilegalidad e ilegitimidad» de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos así como la «ilegitimidad y nulidad» de sus resoluciones (5.1)²⁷; d) se declara la «nulidad» de condenas y sanciones y la «ilegalidad e ilegitimidad» del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, los Tribunales de Responsabilidades Políticas y los Consejos de Guerra «por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo» (art. 5.2); se declaran «ilegítimas y nulas», por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos

25 Este ATC fue objeto de recurso de amparo ante el TC que fue inadmitido por providencia de 17 de septiembre de 2012 arguyéndose inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo.

26 La ley alemana de nulidad de las sentencias penales nacionalsocialistas injustas, de 25 de agosto de 1998, estableció también la nulidad *ope legis* de todas las sentencias y condenas dictadas en el orden penal a partir del 30 de enero de 1933. También, la Ley húngara de 11 de febrero de 1992 declaraba nulas las condenas pronunciadas entre el 5 de abril de 1963 y el 15 de octubre de 1989. La Ley checoslovaca 119/1990 de Rehabilitación judicial de las Víctimas por motivos políticos, del 23 de abril de 1990, imponía la anulación automática de las sentencias basadas en leyes que recogían crímenes políticos abolidos después de noviembre de 1989.

27 Texto pactado con los GGPP Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, a partir de enmiendas presentadas por PDeCAT, EHBildu y Más País.

penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución, «independientemente de la calificación jurídica utilizada para establecer dichas condenas y sanciones»(art. 5.3).

Todo parecería indicar que la novedosa inclusión —respecto a la LMH— en la LMD de la referencia a la *ilegalidad y nulidad* de tribunales, sanciones y condenas comportaría efectos jurídicos adicionales inevitables e inherentes al vicio de ilicitud y nulidad que el legislador les atribuye. Sin embargo, bien pronto se encargaría el Preámbulo de la norma de desmentir esta pretensión. Por un lado, el Preámbulo proclama que la declaración de «ilegalidad y radical nulidad» de todas las condenas y sanciones producidas durante la Guerra y la Dictadura constituye el paso subsiguiente a la injusticia de las sentencias y la ilegitimidad e ilegalidad de los órganos que las dictaron, ya declaradas por la LMH. Parecería buscar el legislador otorgar un alcance jurídico superior a esta declaración de ilegalidad y nulidad. Sin embargo, de forma concluyente, desmiente inmediatamente esta intención al afirmar que dicha declaración de ilegalidad y radical nulidad «carece de cualquier vigencia jurídica conforme a la interpretación jurisprudencial relativa a la revisión de sentencias».

Como bien afirma el Informe del CGPJ, la LMD «no genera ningún cambio de paradigma ni modificación jurídico-práctica en relación con la regulación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, pues se centra en un propósito de reparación moral». La explícita proscripción de efectos jurídicos adicionales a las declaraciones de nulidad únicamente conoce una excepción con mero alcance simbólico y nulo impacto jurídico al preceptuarse que la declaración de nulidad «deberá hacerse constar en el expediente judicial de la causa anulada». Tan es así que los arts. 5.4 y 6 LMD atribuyen idéntico alcance a la «ilegitimidad» proclamada en la LMH que a la «nulidad» reconocida en la LMD reiterando: a) el derecho derivado de ambas a obtener una *declaración de reconocimiento y reparación personal*; b) siempre compatible con cualquier otra fórmula de reparación prevista en el ordenamiento jurídico; c) sin generar responsabilidad patrimonial adicional del Estado, de cualquier administración pública o de particulares; d) y sin dar lugar a reparación o indemnización de índole económica o profesional. No puede extrañar, en consecuencia, que el Informe del CGPJ concluya afirmando que «no parece que la seguridad jurídica se vea afectada, ni la continuidad del ordenamiento jurídico-constitucional perturbada»²⁸.

28 Por todo ello podría ponerse en duda el cumplimiento efectivo de la Recomendación incluida en el *Informe de P. Greiff* en que conminaba a España a «identificar mecanismos idóneos para hacer efectiva la nulidad de las sentencias adoptadas en violación de los principios fundamentales del derecho y del debido proceso durante la Guerra Civil y el franquismo» (p. 22).

De hecho, a pesar de que el art. 30 LMD proclama el derecho de las víctimas al reconocimiento y la «reparación integral por parte del Estado»²⁹ y el art. 31 LMD reconoce el derecho al resarcimiento de los bienes incautados y las sanciones económicas —en los términos que se establezcan legalmente así como en la normativa de desarrollo—, este último precepto mandata a la Administración General del Estado a promover las iniciativas necesarias para la investigación de las incautaciones producidas pero difiere y condiciona su ejercicio efectivo a la realización de una «auditoría de los bienes expoliados»³⁰ —incluyendo las obras de arte, el papel moneda u otros signos fiduciarios depositados— que deberá llevarse a cabo en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley implementándose posteriormente las vías de reconocimiento a los afectados. En paralelo y con riesgo de solapamiento con la previsión anterior, la Disposición Adicional 15ª remite a un acuerdo del Consejo de Ministros para la designación de una comisión técnica que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, elabore y presente un estudio que describa el conjunto de medidas y reparación de carácter económico dirigidas a las víctimas para que establezca conclusiones y recomendaciones sobre el grado de cobertura alcanzado y déficits subsanables».

VII. LA APOLOGÍA DEL FRANQUISMO COMO EJERCICIO DE DERECHOS Y LIBERTADES CONTRARIO A LA MEMORIA: ¿DEMOCRACIA «MILITANTE» *VERSUS* DEMOCRACIA «INERME»? LOS LÍMITES A LA «NEUTRALIDAD» CONSTITUCIONAL EN UNA DEMOCRACIA «RESISTENTE»

La Resolución 39 (I) de la Asamblea General de la ONU sobre «la cuestión española», adoptada el 12 de diciembre de 1946, condenó el régimen de Franco habida cuenta de que, en origen, naturaleza, estructura y conducta general, el régimen de Franco era un régimen de carácter fascista, establecido gracias a la ayuda recibida de la Alemania nazi de Hitler y de la Italia fascista de Mussolini. La Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, el 20 de noviembre de 2002, aprobó por unanimidad una Resolución en la que se afirmaba que el franquismo, como régimen totalitario contrario a la libertad y a la dignidad de todos los ciudadanos, merecía la «condena y repulsa de nuestra sociedad democrática». La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa condenó expresamente el régimen franquista el 17 de marzo de 2006 por «las graves violaciones de Derechos Humanos cometidas en España por el régimen franquista entre 1939 y 1975».

29 Texto pactado con los GGPP Socialista, Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común y Más País.

30 Texto pactado con los GGPP Socialista, Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, Más País y PNV.

La Constitución española de 1978 constituye ejemplo paradigmático de una democracia «neutral» y «no militante» en la que la libertad ideológica en ella proclamada no conoce límites y su traducción en el ejercicio de iniciativas concretas dirigidas a su consecución no requiere de otra condición que el respeto a la ley y a los procedimientos constitucionales explícitamente establecidos (proscribiéndose, obviamente, comportamientos o actos de violencia que los acompañen). En consecuencia, cualquier propuesta de reforma del texto constitucional (modificación de la forma de Jefatura del Estado, de la organización territorial, etc.) tendría amparo en la norma constitucional ajustándose al cumplimiento de los procedimientos y habilitaría para el legítimo ejercicio ordinario de las libertades públicas (asociación, reunión, expresión, etc.) que permitieran su defensa y promoción.

Desde el momento mismo del acto fundacional del régimen constitucional y hasta la fecha, se han expuesto numerosas dudas (Revenga, 2015) sobre el alcance pleno de este modelo de democracia neutral opuesto a un modelo de democracia militante defensor de los elementos básicos que hacen reconocible un régimen constitucional (pleno respeto de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, legitimación democrática del poder, etc.). Las únicas dudas que han prosperado frente al modelo de democracia neutral han tenido su fundamento en quiebras significativas de los procedimientos y comportamientos en que se sustentaban dichas ideas poniendo en cuestión el orden público —discursos de odio (Teruel, 2017), violencia, infracción de la legislación penal—. Esta postura trasluce la convicción del escaso recorrido o posibilidades de éxito que se otorga a las iniciativas de reforma constitucional que puedan poner en cuestión elementos concretos definitorios del sistema democrático constitucionalizado. En definitiva, el modelo de democracia neutral en que se asienta el régimen constitucional español se permite el lujo —a diferente de otros sistemas democráticos— de amparar y garantizar el ejercicio pleno de derechos y libertades conducente a revisar o amputar elementos concretos de una democracia constitucional de la que no se intuye un riesgo general.

Sin embargo, aunque existe quien no alberga duda alguna en amparar la defensa de regímenes totalitarios como expresión legítima de la libertad expresión (León, 2020), asalta un interrogante mayúsculo cuando el ejercicio de dichas libertades se dirige a formular una enmienda de totalidad de los rasgos definitorios de un sistema democrático, en beneficio de un régimen autoritario, a través de la exaltación y enaltecimiento (en definitiva, apología) de quienes personificaron el régimen totalitario franquista, las ideas que lo revistieron y la reiterada y flagrante conculcación de los derechos humanos de los españoles durante décadas.

La pregunta se torna inevitable: ¿debe amparar una democracia neutral, no militante, el ideario y acciones de quienes exaltan y reivindicán la persona y obra de quienes personifican un régimen totalitario desarmándose y permitiendo una pedagogía que, en última instancia, pueda conducir a la sustitución del régimen democrático por otro autoritario? ¿proscribiendo un modelo de democracia no

militante que excluyera la defensa de ideologías totalitarias y propugnando una democracia neutral postulante únicamente de los procedimientos constitucionales, no estamos dando paso a una «democracia inerme» ante los ataques de sus enemigos? ¿cuáles serían los límites exigibles a la democracia neutral en defensa de la supervivencia del propio orden constitucional democrático?

El debate sobre la proscripción de la apología del franquismo nos aboca a los interrogantes anteriores y obliga a intentar darles respuesta. La LMD encara esta reflexión propugnando alternativas que pretenden ser constitucionalmente equilibradas. Su Preámbulo aborda esta problemática cuando, de forma concluyente, afirma que «la incompatibilidad de la democracia española con la exaltación del alzamiento militar o el régimen dictatorial» hace necesario introducir las medidas que eviten situaciones de cualquier naturaleza o actos de enaltecimiento de los mismos o sus dirigentes: «En el marco de una cultura de derechos humanos, la exaltación, enaltecimiento o apología de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad supone, en todo caso, un evidente menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, que es obligado combatir en respeto y preservación de su dignidad, como un ejercicio necesario de recordarlas y honrarlas». Puede observarse fácilmente que el legislador ha buscado legitimar las medidas legales dirigidas a combatir la «apología del franquismo» en el ataque a la dignidad de las víctimas que deriva del menosprecio y humillación inherente a la exaltación del franquismo facilitándose un contraste entre dos posiciones en las que una (apologistas del franquismo) enarbolaría su derecho al ejercicio de la libertad ideológica y de expresión en una democracia neutral y la otra (víctimas) abogaría por el respeto a los derechos de las víctimas de conculcaciones gravísimas de los derechos humanos. A buen seguro que el legislador ha presumido disponer de un argumento de mayor autoridad arguyendo esta vulnerable situación frente a la apología franquista que el que hubiera ofrecido un debate en torno a los límites constitucionales sobre la libertad ideológica y de expresión en un modelo de democracia neutral.

En todo caso, la LMD, atendiendo a los reiterados llamamientos de los organismos de derechos humanos que instan a hacer frente a las organizaciones que difunden discursos de incitación al odio y a la violencia en los espacios públicos, ha adoptado medidas que buscan limitar la apología del franquismo y que, a tal fin, persiguen posibilitar: 1) la extinción de fundaciones y de asociaciones, así como la revocación de la declaración de utilidad de estas últimas, cuando promuevan la apología del franquismo, 2) la prohibición de actos públicos contrarios a la memoria; 3) y la exaltación del franquismo en los medios de comunicación.

1. La apología del franquismo: ¿disolución de la Fundación Franco?

Los derechos de asociación y de fundación constitucionalmente reconocidos (arts. 22 y 34 CE) han sufrido sendas reformas por la LMD.

Por un lado, la DF 2ª modifica el art. 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en lo relativo al régimen de «liquidación» y la Disposición Adicional 5ª preceptúa que, habida cuenta de que su art. 31 f) afirma que concurrirá causa de extinción cuando las *fundaciones* no persigan fines de interés general o realicen actividades contrarias al mismo, a estos efectos se considerará contraria al interés general la «apología del franquismo que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezca a sus dirigentes, con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales». El art. 34.2 CE remite al régimen de ilicitud y disolución de las asociaciones previsto en el art. 22 CE de tal forma que el legislador puede declarar ilícitas las fundaciones que persiguen fines o empleen medios tipificados como delito (art. 22.2 CE) y, por otro lado, las fundaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada (art. 22.4 CE). En consecuencia, como señala el Informe del CGPJ, la prohibición penal no es la única sanción que puede prever el ordenamiento para las fundaciones ilícitas y, aunque la ley no penal puede crear causas de disolución de las fundaciones, su apreciación y declaración estará reservada a la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la DA 6ª establece que, a los efectos del artículo 32.1 a) de la L.O. 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de Asociación, se considerará que no responden a la promoción de fines de interés general aquellas *asociaciones* que entre sus fines persigan o que con sus actividades lleven a cabo «la apología del franquismo que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezca a sus dirigentes, con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales». Las administraciones públicas competentes procederán a revocar la declaración de utilidad pública de estas asociaciones. Del mismo modo que con las fundaciones, la Disposición adicional 7ª impone que, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la LMD, se promoverá la modificación de la L.O. 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, con el objeto de incluir como causa de disolución de las asociaciones «la realización pública de apología del franquismo que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezca a sus dirigentes, con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales».

En definitiva, la LMD identifica y/o define como «apología del franquismo» el ensalzamiento «del golpe de Estado y la dictadura o de sus dirigentes» que comporte «menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas». «Acierto del legislador» (Carrillo, 2022:212) pero fórmula compleja que no resultará de fácil concreción en la medida en que el «ensalzamiento» del franquismo admite actos objetivos bien identificables

mientras que el «menosprecio» o la «humillación» de las víctimas tiene una dimensión fundamentalmente subjetiva.

Resulta bien evidente que estas novedades legislativas persiguen, como específica pretensión, la proscripción y, en su caso, extinción de las fundaciones y asociaciones que de forma evidente contravienen los fines de la LMD al exaltar en sus actividades el franquismo. De entre ellas, un objetivo inequívoco, explícito y evidente reside en la disolución de la Fundación Franco —ejemplo incontestable de ensalzamiento del golpe de Estado y la dictadura y de enaltecimiento de sus dirigentes—.

2. Prohibición de actos públicos contra la memoria democrática

El art. 38 LMD incluye en la categoría de *actos públicos contrarios a la memoria democrática* los «actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, y supongan exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial». No resulta difícil imaginar ejemplos palmarios de actos de esta naturaleza como las concentraciones y manifestaciones anuales del 20-N exaltando la figura del dictador. Como resulta obvio e innecesario reiterar, si en la celebración de un acto público de esa naturaleza se advirtieran hechos que pudieran ser constitutivos de delito, las autoridades los pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal (38.1).

De entrada, este precepto no parece impedir o prohibir la celebración o participación en este tipo de «actos contrarios a la memoria democrática»³¹. De hecho, la expresa referencia a la L.O. 9/1983, a los efectos de que los ayuntamientos informen, siguiendo su 9.2, sobre los riesgos y alternativas cuando el acto vaya a producirse en la proximidad de las zonas incluidas en los mapas de fosas, los lugares de memoria democrática y monumentos o elementos análogos erigidos en recuerdo y reconocimiento de las víctimas da a entender, como regla general, la aceptación de su celebración a pesar de que existen previsiones dirigidas a disuadir sobre su indeseada celebración: los restos mortales de dirigentes del golpe militar de 1936 no podrán ser ni permanecer inhumados en un lugar preeminente de acceso público, distinto a un cementerio que pueda favorecer la

31 El Informe del CGPJ confirma también que la calificación como «acto contrario a la memoria democrática» no comporta por sí sola una determinada consecuencia jurídica en el sistema de la Ley: «nos encontramos ante una norma expresiva del desvalor de una clase de actos por el contenido de los mensajes efectuados en ellos. Tal desvaloración no se expresa como una prohibición ni constituye el supuesto de hecho de una infracción administrativa. Con todo, la desvaloración de este tipo de conductas expresivas lleva al prelegislador a prevenir su realización no mediante la previsión de una sanción directa sino a través de la tipificación como infracción administrativa de actos de carácter instrumental».

realización de actos públicos de exaltación, enaltecimiento o conmemoración de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra o la Dictadura. (art. 38.3).

En consecuencia, la LMD no realiza una prohibición general sobre la convocatoria, celebración o participación en este tipo de actos contrarios a la memoria democrática por constituir apología del franquismo y *a priori*, conforme a la L.O. 9/1983, sólo parecería impedirse su celebración en el supuesto de que pusieran en riesgo la integridad de bienes y personas. De hecho, se ha defendido³² la exclusión del ámbito de aplicación de la LMD de estos supuestos de ejercicio del derecho de reunión al estar sometido este derecho fundamental al específico régimen jurídico de la L.O. 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. El propio Tribunal Constitucional ha afirmado: a) que «el contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública no puede ser sometido a controles de oportunidad política ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado» (STC 66/1995); b) que «la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población ... no tiene cabida un modelo de 'democracia militante', esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución» (STC 192/2020). Ahora bien, el Alto Tribunal se ha cuidado de matizar su doctrina afirmando que «el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos, encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables» (STC 235/2007).

De hecho, el régimen punitivo de la LMD aporta una perspectiva adicional ya que, a pesar de la no existencia de una prohibición general, sí que sanciona administrativamente tanto la convocatoria como la pasividad impidiendo su celebración. Queda, por el contrario, libre de sanción la participación en dichos actos públicos contrarios a la memoria democrática que constituyan apología del franquismo.

El art. 62.1 d) y e) LMD califica como «infracción muy grave»: 1) la falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización, en espacios abiertos al público o en locales y establecimientos públicos, de actos de apología del franquismo; 2) la convocatoria de actos de apología del franquismo. Esto es, el legislador busca reprimir conductas individuales de liderazgo

32 Informe del CGPJ a la LMD.

consistentes en la convocatoria y/o no disolución de actos de apología del franquismo y, también, en apariencia, la pasividad que puedan mostrar los responsables públicos competentes, en su caso, para impedir o poner fin a la realización de dichos actos de exaltación. Quedan, en todo caso, exonerados de cualquier responsabilidad administrativa los participantes o asistentes a estos actos de apología del franquismo.

Tampoco resultará fácil acotar el alcance de este régimen represivo en relación con las situaciones conflictuales que se han evidenciado durante las últimas décadas como la celebración anual en torno al 20-N de las *misas por el alma del Caudillo* que, a primera vista, constituyen actos de enaltecimiento del franquismo celebrados en espacios abiertos al público o en locales y establecimientos públicos cuando dicho régimen sancionador entraría en abierto conflicto no sólo con el derecho de reunión o la libertad de expresión sino, también, con la libertad religiosa o de culto.

3. La exaltación del franquismo en medios de comunicación

El art. 62.1 e) LMD no solo especifica límites al derecho de reunión sino que fija límites al ejercicio del derecho de información y a la libertad de expresión al proscribir la exaltación del franquismo en los medios de comunicación en los términos definidos por la siguiente infracción muy grave: «convocar campañas de divulgación o publicidad por cualquier medio de comunicación pública, en forma escrita o verbal», que, en sus elementos sonoros o en sus imágenes, inciten a la exaltación y apología del franquismo. La casuística imaginable a la que podría resultar aplicable esta disposición resulta ciertamente difusa y alcanzar supuestos *a priori* pacíficos como los anuncios en los medios de comunicación de la celebración de «misas del 20-N» que, en definitiva, también podrían ser considerados publicidad en medios públicos de comunicación de actos de exaltación o apología franquista. En todo caso, resulta inequívoca la restricción del derecho a informar a través de medios de comunicación sobre actos o actividades de exaltación y/o apología del franquismo.

4. Defición de *apología del franquismo*: ¿humillación de las víctimas como *conditio sine qua non*?

Como ya hemos advertido, la legitimidad de las anteriores restricciones³³ a derechos fundamentales (derecho de reunión, asociación o información) y

33 Dado que la LMD no persigue un desarrollo del contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 53 CE), tampoco resulta exigible un rango de ley orgánica siquiera «parcial»

libertades públicas (libertad ideológica, de expresión, religiosa o de culto) dependerá de un justo equilibrio de valores constitucionales en torno al concepto de «democracia neutral y no militante» sin incurrir en un desarme constitucional que la convierta en una «democracia inerme».

Todas las restricciones anteriores en derechos y libertades constitucionales operan frente a la «apología del franquismo» —entendida por la LMD como el ensalzamiento del golpe de Estado de 1936, la guerra y la dictadura y/o sus dirigentes—. Ante el riesgo de imputar un vicio de inconstitucionalidad a restricciones legales sobre conductas amparables por el beneficio de la neutralidad ideológica de la Constitución, el legislador ha huído de fundamentarlas en un anclaje constitucional alternativo (rescatando una versión matizada de la democracia militante) para, finalmente, residenciar su justificación en la agresión a las víctimas del franquismo consistente en el «menosprecio y humillación» de su dignidad o la «incitación directa o indirecta al odio o violencia» contra las mismas (en contra de considerar la apología y exaltación del franquismo como discurso del odio, Roig, 2020:39).

Conviene advertir que la concurrencia de ambas circunstancias (apología del franquismo y humillación de las víctimas) no se encontraba en el anteproyecto de ley y fue el Informe del CGPJ el que conminó a su vinculación por entender que «la apología del franquismo, sin el requisito adicional de menosprecio o humillación de las víctimas, supone la expresión de ideas respecto de un régimen político contrario a los valores democráticos proclamados en nuestra Constitución» pero constitucionalmente amparadas por el Tribunal Constitucional: «al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan» (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). El secundado Informe del CGPJ no duda en concluir que «la apología del franquismo invade claramente el derecho a la libertad ideológica consagrada en la Constitución que, como se ha declarado reiteradamente, no impone un modelo de democracia militante y que tales ideas o creencias, en la medida que no comporten ‘incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del Golpe de Estado, de la guerra o del franquismo’, por su condición de tales», no pueden servir para la extinción de una fundación o asociación». No resulta tan evidente alcanzar tal conclusión: que el ideario franquista pudiera

puesto que, como ha afirmado recientemente el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de mayo de 2021, «la limitación de derechos fundamentales por el legislador no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica ... establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales». El Tribunal Constitucional ha reiterado que no toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica —como ha confirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional en SSTC 76/2019, 86/2017 y 49/1999—.

estar amparado por la libertad ideológica no plantearía mayor problema si residenciamos la «apología» de ese ideario en el ejercicio de la libertad de expresión que, como resulta obvio, puede merecer restricciones múltiples de impecable factura constitucional cuando entra en conflicto con otros valores o principios constitucionales.

De sobras conocida es la doctrina constitucional que arrancó en el *Caso Violeta Friedman* con la STC 214/1991, de 11 de noviembre, donde se afirmaba que «ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 C.E.), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la Constitución ... ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social» (Valero, 2017). En fecha mucho más reciente el TEDH condenó a España en Sentencia de 13 de marzo de 2018 (*Caso Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*) amparando la quema de fotos del Rey en la libertad de expresión (Bilbao, 2018) por tratarse de «una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público, a saber la institución de la monarquía. El TEDH recuerda en este contexto que la libertad de expresión vale no solamente para las ‘informaciones’ o ‘ideas’ acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o importunan: así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna ‘sociedad democrática’». Sin embargo, esta misma Sentencia matizó el alcance de la libertad de expresión (Holgado, 2022): los discursos incompatibles con los valores proclamados y garantizados por el Convenio se han sustraído a la protección del artículo 10 (*libertad de expresión*) cuando se trataba de declaraciones que negaban el holocausto (Bilbao, 2008; Bustos, 2015) o que justificaban una política pro nazi: «La protección del artículo 10 del Convenio está limitada, incluso excluida, al tratarse de un discurso de odio, término que se entiende que abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio y que debe ser examinado *teniendo sumamente en cuenta el contexto*». En concreto, «los delitos antidiscriminatorios surgen y tienen su máximo desarrollo precisamente como respuesta a esa ideología (*nazi*), ¿qué sentido tiene brindarle una especial protección bajo el fundamento de constituir un colectivo que parte de una posición de desventaja?»

Dicha desventaja, si es que existiera, debería ser algo de lo que enorgullecernos como sociedad» (Prieto, 2021:49).

Cada caso concreto merece su específica valoración. La quema de unas fotografías no admite comparación ni con la negación de la dignidad de personas y grupos (raciales, religiosos, etc.) ni con la exaltación de regímenes totalitarios que protagonizaron actos de barbarie inéditos e inimaginables en la historia de la humanidad. A riesgo de incurrir en una auténtico «despropósito» (Prieto, 2021:49), el genocidio nazi o el «holocausto español» (en palabras de Preston, 2011) y los regímenes y políticas que los sustentaron no admiten amparo en la libertad ideológica y de expresión lo que explica y justifica la razonabilidad de las proscripciones vigentes en Alemania (Roig, 2020) —y de las medidas adoptadas por la LMD en España para perseguir la «apología del franquismo».

¿La apología del franquismo —entendida como «exaltación» personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura o «enaltecimiento» de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial— no lleva implícito el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares? ¿acaso el legislador pretende que las víctimas del franquismo sufran una doble victimización a través de una nueva manifestación de humillación adicional a la ya sufrida durante la guerra o la dictadura? ¿sólo resulta imputable, reprochable, perseguible y reprimible constitucionalmente la apología del franquismo cuando, con motivo de actos públicos, manifestaciones, proclamas, misas, etc., se vuelva a ofender, humillar o menospreciar con acciones explícitas a las víctimas? Parece más que razonable concluir que todo acto de apología del franquismo constituye, en sí mismo, ofensa, humillación y menosprecio a las víctimas y, en consecuencia, los límites con que se encuentra en el ejercicio de derechos y libertades constitucionales gozan de pleno amparo constitucional sin necesidad de prueba adicional.

Así las cosas, desvinculando (al presuponerla) la apología del franquismo de una humillación adicional a las víctimas, todas las restricciones anteriores en derechos y libertades constitucionales necesitan de un fundamento constitucional definitivo que en el supuesto específico que nos ocupa resulta inequívoco: una democracia constitucional, por muy neutral ideológicamente que se pretenda, no puede amparar su propia destrucción y el probado proselitismo ideológico dirigido a derrocarla y sustituirla por su opuesto: un régimen autoritario. Cuando la «democracia neutral» se convierte en «democracia inerte», lejos de propugnar una democracia militante resulta irrenunciable una «democracia resistente» frente a enemigos declarados y persistentes.

VIII. CONCLUSIÓN

La LMD ni traiciona los valores de la transición, ni deroga la ley de amnistía ni implica ruptura alguna del pacto constitucional ni extiende la vigencia

temporal de la memoria para investigar los crímenes vinculados a la guerra sucia contra ETA y, lejos de suponer ataque al orden constitucional, la LMD toma la Constitución como referencia nuclear en el diseño de las políticas de memoria.

La LMD ni deroga ni modifica la Ley de Amnistía de 1977 pero no es ajena a la evolución histórica del marco internacional de garantía de los derechos humanos y recuerda que debe ser interpretada de conformidad con los Tratados internacionales suscritos por España que explicitan la imprescriptibilidad y no amnistiabilidad de los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura. El conflicto con los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales debería resolverse evaluando la posibilidad de su conciliación ya que en el orden internacional ha progresado sustancialmente la cultura de la imprescriptibilidad y la no procedencia de amnistía respecto a delitos contra la humanidad. Los principios de legalidad, seguridad jurídica e irretroactividad deberían posibilitar el enjuiciamiento, conforme a la doctrina del TEDH, de conductas ilícitas o delitos cuyo contenido incriminatorio se enmarque en los *principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*.

Las sentencias y condenas dictadas por los órganos, tribunales y consejos de guerra franquistas ya eran, con la jurisprudencia aplicativa de la LMH, inexistentes y nulas de pleno derecho sin que subsista actualmente apariencia alguna de legalidad o validez de las mismas, al haber sido expulsadas del ordenamiento jurídico. La LMD no solo no introduce modificación jurídico-práctica alguna sino que explícita la proscripción de efectos jurídicos adicionales a la declaraciones de nulidad sin generar responsabilidad patrimonial adicional del Estado ni dar lugar a reparación o indemnización de índole económica o profesional.

Aunque la jurisprudencia constitucional actual parezca inequívoca proclamando lo contrario, resulta muy razonable afirmar que una democracia neutral, no militante, no puede amparar inmatizadamente a quienes exaltan y reivindicar la persona y obra de quienes personifican un régimen totalitario con la finalidad de sustituir un régimen democrático por otro autoritario. La democracia neutral puede y debe establecer límites en defensa de la supervivencia del propio orden constitucional democrático y, a tal fin, la LMD propugna alternativas constitucionalmente bien equilibradas al restringir el ejercicio de derechos fundamentales (derecho de reunión, asociación o información) y libertades públicas (en libertad ideológica, de expresión, religiosa o de culto) cuando la apología del franquismo suponga agresión a las víctimas del franquismo consistente en la humillación de su dignidad. Se trata de un justo equilibrio de valores constitucionales en torno al concepto de «democracia neutral y no militante» sin incurrir en un desarme constitucional que la convierta en una «democracia inerme».

La apología del franquismo lleva implícita el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares y la LMD no puede amparar una

doble victimización a través de una nueva manifestación de humillación adicional a la ya sufrida durante la guerra o la dictadura. Parece muy razonable concluir que todo acto de apología del franquismo constituye, en sí mismo, ofensa, humillación y menosprecio a las víctimas y, en consecuencia, los límites con que se encuentra en el ejercicio de derechos y libertades constitucionales gozan de pleno amparo constitucional sin necesidad de prueba adicional.

Una democracia constitucional, por muy neutral ideológicamente que se pretenda, no puede amparar su propia destrucción y el probado proselitismo ideológico dirigido a derrocarla y sustituirla por su opuesto: un régimen autoritario. Cuando la «democracia neutral» se convierte en «democracia inerme», lejos de propugnar una democracia militante resulta irrenunciable una «democracia resistente» frente a enemigos declarados y persistentes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguilar Fernandez, P. (1996). *Memoria y olvido de la Guerra Civil Española*. Madrid:Alianza.
- Aguilar, P. (2018). Memoria y transición en España. Exhumaciones de fusilados republicanos y homenajes en su honor. *Historia y Política*, 39, 291-325.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2008). La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión, *Revista de Derecho Político*, 71-72.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2018). La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: la crónica de una condena anunciada. *Revista General de Derecho Constitucional*, 28, 1-29.
- Bustos Gisbert, R. (2015). Libertad de expresión y discurso negacionista. *Libertad de expresión y discursos del odio. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá, 123-148.
- Carrillo, M. (2022). La memoria y la calidad democrática del Estado (comentario a la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de memoria democrática). *Revista de las Cortes Generales*, 114, 183-229.
- Closa, C. (2008). *Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States*/ Disponible el 16-2-2023 en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a47f10b9-405e-48b7-b406-fb758819a5e8>.
- De La Cuesta, J. L. - Odriozola, M. (2018). Marco normativo de la memoria histórica en España: legislación estatal y autonómica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-08, 1-38.
- Escudero Alday, R. (2013). Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 319-340.
- Escudero Alday, R. - Pérez González, C. (2013). *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del Franquismo*, Madrid:Trotta.
- Faber, S. (2004). Entre el respeto y la crítica. Reflexiones sobre la memoria histórica en España. *Migraciones y Exilios*, 5, 37-50.
- Gálvez Biesca, S. (2008). La «memoria democrática» como conflicto. *Entelequia*, 7, 1-53.

- García De Andoain, C. (2021). Políticas de memoria y justicia anamnética. *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, 51-65.
- García De Las Heras González, M. (2019). La impunidad de la dictadura franquista: notas sobre la represión y la memoria histórica en la España democrática The impunity of the Francoist dictatorship: notes on repression and the historical memory in democratic Spain. *Reflexión Política*, 21(43), 37-49.
- Holgado Gonzalez, M. (2022). Libertad de expresión y discurso político intolerante. *Revista Estudios Jurídicos*, 24, 1-24.
- Humblebaek, C. (2004). La Constitución de 1978 como lugar de memoria en España. *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, 12, 187-212.
- León Alapont, J. (2020). Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos. *Diario La ley*, 9572, 1-21.
- López, P. (2014). *Crímenes del franquismo y justicia transicional*, Madrid: Universidad Complutense.
- Martín Pallín, J. A. - Escudero, R. (2008). *Derecho y Memoria Histórica*, Madrid:Trotta.
- Núñez Encabo, M. (2021). La memoria democrática plural de España: la transición democrática de la República de 1931 y la transición democrática de la Monarquía de 1978. *Cuadernos Republicanos*, 106, 11-28.
- Peris Muiños, M.I. (2016) La impunidad de los crímenes del franquismo. *Drets. Revista Valenciana de Reformes Democràtiques*, 2, 15-36.
- Preston, P. (2011). *El holocausto español. Odio y exterminio en la Guerra Civil y después*. Barcelona: Debate.
- Revenga M. (2015). Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante? *Libertad de expresión y discursos del odio, Cuadernos de la Cátedra de democracia y Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá, 15-32.
- Roig Torres, M. (2020). El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste con la regulación alemana. *Revista General de Derecho Penal*, 33, 1-51.
- Sánchez-Moreno, M. (2020). Las políticas de memoria democrática en España: entre la impunidad y las obligaciones internacionales. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 7-1, 41-52.
- Segura, A. (2016). Memoria Democrática (Histórica), una nueva estrategia que impulse el proceso constituyente. *Nueva Historia*, 2, 218-226.
- Tapia Ballesteros, P. (2021). El discurso de odio del art. 510.1 a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación. *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 31, 25-66.
- Teruel Lozano, G. (2017). El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27, 81-106.
- Valero Heredia, A. M. (2017). Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 305-333.
- Vidal Prado, C. (2021). La nación española en la transición política a la democracia: recuperemos la memoria y el auténtico relato de la transición. The Spanish Nation in the Political Transition to Democracy: Let us Recover the Memory and the Authentic Story of the Transition. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 47, 255-278.

- Violi, P. (2013). Dealing with the past. Políticas de la memoria y discurso jurídico: el caso español. *Estudios*, 29, 155-188.
- Yusta Rodrigo, M. (2014). El pasado como trauma. Historia, memoria y «recuperación de la memoria histórica» en la España actual. *Pandora*, 12, 23-41.

TITLE: *Democratic memory and Constitution*

ABSTRACT: *This paper analyzes several questions from a legal, political and constitutional perspective produced by Spanish Democratic Memory Law adopted in 2022: 1977 amnesty law; Constitution relevance in face of democratic memory policies; current importance of political transition values; extension of investigations against human rights violation after entering into force the Constitution in 1978; declaration of illegality, illegitimacy and overruling of sanctions and convictions of Francoist military courts; restrictions on the exercise of constitutional rights and freedoms to avoid Francoism apology and its victims dignity humiliation.*

RESUMEN: *Este trabajo analiza los interrogantes de naturaleza jurídica, política y constitucional generados por la Ley de Memoria Democrática aprobada en 2022: la ley de amnistía de 1977; la relevancia de la Constitución en la articulación de las políticas de la memoria democrática; la trascendencia de los valores de la transición política; la extensión de las investigaciones contra las vulneraciones de los derechos humanos posteriores a la aprobación de la Constitución en 1978; la declaración de ilegalidad, ilicitud y nulidad de sanciones y condenas y de órganos, tribunales y consejos de guerra franquistas; las restricciones en el ejercicio de derechos y libertades constitucionales frente a la apología del franquismo y la humillación de la dignidad de sus víctimas.*

KEY WORDS: *Constitution, democratic memory, historical memory, amnesty, francoism, transitional justice.*

PALABRAS CLAVE: *Constitución, memoria democrática, memoria histórica, amnistía, franquismo, justicia transicional.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 21.02.2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 08.03.2023

CÓMO CITAR / CITATION: Rallo Lombarte, A. (2023). Memoria democrática y Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 109-146.