

UNA REVISIÓN NORMATIVA CRÍTICA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO. LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA

A CRITICAL NORMATIVE REVIEW UNDER THE LIGHT OF THE SEX-EQUALITY PRINCIPLE. THE HISTORICAL MEMORY LAW.

Ana María López Narbona, Ph.D.
Profesora de Sociología
Universidad de Málaga

Fecha de recepción: 22 de septiembre 2020
Fecha de aceptación: 29 de octubre 2020

RESUMEN: Este artículo realiza un análisis crítico de algunas causas intra-sistémicas de cambio legislativo. Aún hoy día se observa que mucha de la legislación emanada del Parlamento español adolece de ilegitimidad, ilegalidad y vicios de fondo y forma, por no respetar el principio de igualdad por razón de sexo. Se presenta, en consecuencia, un análisis crítico a la luz del principio de igualdad por razón de sexo de una ley producida en las Cortes españolas, en concreto, la conocida como Ley de Memoria Histórica (Ley 52/2007, de 26 de diciembre).

ABSTRACT: This article offers a critical analysis of some intra-systemic causes of legislative change. Today we can still observe that many laws enacted by the Spanish Parliament suffer from illegitimacy, illegality, and substance and form defects, because they do not respect the gender equality principle. Therefore, we present a critical review under the light of the gender equality principle of a law enacted by the Spanish Congress of Deputies and the Senate, concretely, the so-called Law on Historical Memory (Law 52/2007, of December 26th).

PALABRAS CLAVE: Causas intra-sistémicas, vicios de fondo y forma, principio de igualdad por razón de sexo, Ley de Memoria Histórica, violencia contra la mujer por resolución o sentencia.

KEYWORDS: Intra-systemic causes, substance and form defects, gender-equality principle, Law for Historical Memory, violence against women stated by resolution or sentence.

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio de igualdad como valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. La igualdad por razón de sexo. III. ilegitimidad, ilegalidad y vicios de fondo. la necesaria revisión normativa desde una perspectiva crítica. IV. La ley de memoria histórica. Una revisión crítica desde la perspectiva de la igualdad de sexo. V. A modo de conclusión. VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN.

Ante un cambio legislativo, podemos hacernos la pregunta de si el cambio se ha producido porque la sociedad (o el poder) ha modificado su opinión, percepción o valores en relación con un tema y, en consecuencia, se impone la adaptación de la norma a la realidad social o bien podemos también cuestionarnos si el cambio legislativo debe llevarse a cabo porque la legislación en cuestión es sencillamente ilegítima, ilegal o presenta algún vicio que ya no puede sostenerse, es decir, porque ya desde su origen esa normativa se había aprobado sin respetar principios, valores o procedimientos consagrados en normas superiores como la Constitución y la incoherencia o contradicción flagrante de dicha normativa ya no permite seguir manteniéndola. Nos encontraríamos ante dos causas diferentes de cambio legislativo las extrasistémicas y las intrasistémicas.

Pongamos algunos ejemplos. La normativa sobre el divorcio (aprobada por *Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*) puede considerarse una norma incluida en el primer grupo de causas (extrasistémicas) pues la sociedad española exigía dicho cambio.

Según el parecer de determinados grupos feministas, la Constitución ya debió incluir en su articulado alguna mención a cuestiones tan fundamentales como ésta y no consagrar la protección de la familia de una manera tan amplia.

En relación con las modificaciones del Código Civil para ampliar la definición de matrimonio con el objeto de incluir parejas de igual sexo (*Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*), éstas podrían atribuirse a la presión (poder) de los grupos LGTB con una importante ascendencia en el Gobierno de Rodríguez Zapatero.

Como ejemplo de normativa ilegítima, ilegal o viciada, apuntamos las leyes y normas de inferior rango que se aprueban sin respetar un principio fundamental consagrado en la Constitución española de 1978, a saber, la igualdad de ambos sexos ante la ley.

Planteamos en este trabajo un análisis crítico de algunas causas intrasistémicas de cambio legislativo por cuanto aún hoy día se observa que mucha de la legislación emanada del Parlamento español adolece de ilegitimidad, ilegalidad y vicios de fondo y forma, por no respetar el principio de igualdad por razón de sexo. Pretendemos realizar, en consecuencia, un análisis crítico a la luz del principio de igualdad por razón de sexo de una ley producida en las Cortes españolas, en concreto, la conocida como Ley de Memoria Histórica (*Ley 52/2007, de 26 de diciembre*).

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO VALOR FUNDAMENTAL DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA IGUALDAD POR RAZÓN DE SEXO.

La igualdad en toda la extensión del concepto debe ser *conditio sine qua non* de la vida social, siendo el derecho para Legaz Lacambra (1958), *una forma de vida social que expresa un punto de vista sobre la justicia y cristaliza en un sistema de legalidad*. Figueruelo Burrieza (2003) lo expone de manera clara

cuando afirma que lo que caracteriza a la Constitución *como forma de ordenación jurídica del poder es el principio de igualdad*.

Aunque la Constitución española de 1978 consagra de manera incontrovertible la igualdad como un principio y valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, a juicio de la doctrina, ella misma contiene una seria discriminación o excepción al principio de igualdad por razón de sexo. Los artículos relativos a la Corona así lo atestiguan (Mellado y Gómez Sánchez, 1984, hacen referencia al artículo 57.1).

Las razones por las que, a fecha de hoy, aún no se ha modificado dicho articulado escapan al razonamiento jurídico y filosófico y tienen que ver exclusivamente con dificultades y obstáculos de carácter social dado que la matriz de dominación cultural que aún predomina en nuestra sociedad es el hetero-patriarcado.

En nuestra opinión, un análisis del principio de igualdad por razón de sexo en nuestro ordenamiento jurídico debe partir del cuestionamiento de los artículos 56 a 65 (Título II de la Constitución española) por cuanto no representan el verdadero espíritu de la Constitución ni al pueblo español. En este caso, estaríamos ante "*normas constitucionales inconstitucionales*" (Mellado y Gómez Sánchez, 1984); en consecuencia, para estas autoras, esa norma no ha podido generar derechos. Y, además, los derechos nunca pueden ser adquiridos contra un valor superior del ordenamiento jurídico ni contra terceros de mejor derecho.

Nuestra Norma Fundamental destina varios artículos a la igualdad. Así, en su artículo 1.1, proclama que España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*.

Se trata de la primera referencia constitucional a la igualdad que goza de un lugar privilegiado, junto con otros valores superiores o principios generales del derecho, pues se encuentra en el Título Preliminar. La propia legalidad del ordenamiento jurídico se hace depender del respeto a estos principios generales del derecho.

Pero más allá de la legalidad del ordenamiento jurídico, la legitimidad de la normativa emanada de las Cámaras encuentra su soporte jurídico en la justicia formal o material contenida en los preceptos constitucionales.

En este artículo nos vamos a centrar en la igualdad. Los artículos 9.2 y 14 de la Constitución contienen un mandato de igualdad material o real (artículo 9.2) y de igualdad formal o ante la ley (artículo 14). Así lo viene estableciendo el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (114/1983, de 6 de diciembre; 98/1985, de 29 de julio; y 19/1988, de 16 de febrero). Para el TC, *lo proclamado en el artículo 9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de una igualdad sustancial*. Carmona Cuenca (1994) afirma que el Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 9.2 como correctivo del principio formal del artículo 14.

Pues bien, es precisamente el respeto a la igualdad ante la ley (artículo 14) y el respeto a esa conjunción del artículo 9.2 y 14 entendidos como correctivo el primero del segundo, lo que se echa en falta en la normativa emanada de nuestras Cortes desde la aprobación de la Constitución de 1978. Una normativa, en general, con una inaceptable discriminación a la mujer, no sólo en cuanto a su

desigualdad material sino también en cuanto al desigual trato de la mujer desde una perspectiva formal.

Y es que la legitimidad y la justicia sólo pueden predicarse de leyes que respeten escrupulosamente los valores y principios consensuados en la norma fundamental.

Sin embargo, se observa un trato discriminatorio de carácter formal con respecto a la mujer; asimismo, es claro que la igualdad material (social y económica), por lo que respecta a la mujer, tiene aún que desplegar todos sus efectos jurídicos (como señalaba Elías Díaz) pues observamos cómo no sólo las leyes que se aprueban perpetúan los efectos de desigualdad material para la mujer sino también cómo numerosas sentencias emitidas por tribunales vienen precisamente a deslegitimar a dichos órganos por cuanto son manifiestamente sexistas y denigrantes para la mujer.

Como sostiene Fernando de los Ríos (en Elías Díaz, 1978), *aun siendo conscientes del indudable progreso que ha significado la igualdad jurídico-política del Estado democrático liberal, no es suficiente y no trae necesariamente consigo la igualdad real y, por consiguiente, la plena liberación humana*. Estas palabras pronunciadas en el siglo XX, son desgraciadamente aún de plena aplicación en el siglo XXI.

Para Squella (1989) la igualdad material, a cuya realización apuntan los derechos económicos y sociales, no es una conquista consolidada por el transcurso del tiempo, como la igualdad ante la ley, que forma parte inseparable de la organización jurídica de los sistemas parlamentarios representativos.

Para Peces-Barba (1984), se trataba, en su día, de un objetivo a alcanzar progresivamente. La pregunta sería cuán progresivamente y para cuándo esa igualdad material. Dicho de otra manera, si hablamos de la igualdad por razón de sexo, por qué deberíamos, a fecha del siglo XXI, esperar el transcurso progresivo del tiempo.

Gran parte de la normativa que se sanciona en la actualidad viene precedida de la crítica de sectores que reclaman una revisión de la composición de las comisiones de estudio o una revisión y modificación en profundidad de las fuentes del derecho (la ley, la costumbre y los principios generales del derecho) en la medida en que hayan quedado obsoletas o sean manifiesta o siquiera levemente contrarias al espíritu o a lo consagrado en la Norma Fundamental.

La aprobación en fecha reciente de normativa con perspectiva de género tanto a nivel estatal (Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; Ley 30 /2003 sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno; Real Decreto 1083/2009 por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo de las normas a adoptar por el Gobierno) como autonómico (en Andalucía, por ejemplo), es, sin duda, una evidencia de la desigualdad que sigue existiendo.

En su artículo sobre el principio de igualdad material, Carmona Cuenca (1994) cita a Alessandro Pizzorusso en relación con una cláusula similar (artículo 3.2 de la Constitución italiana) a nuestro artículo 9.2. Para el jurista italiano, *nos hallamos, por tanto, ante una solución intermedia entre el igualitarismo extremo que se enuncia en la fórmula “a cada uno según sus necesidades” y la mera igualdad de derecho (“a cada uno según sus méritos”), de tal forma que se aspira no ya a la nivelación general sino al establecimiento de unos límites máximos y*

mínimos que aseguren una vida decorosa y segura (“la llamada libertad frente a la necesidad”) permitiéndose, al tiempo, que los más dotados, los más trabajadores o los más perseverantes alcancen las posiciones más destacadas en el campo de la política, de los negocios, de la cultura, del arte, etc.

Pero es que el principal problema con que se encuentran las mujeres en nuestra sociedad es precisamente que no pueden siquiera optar a esas diferentes recompensas atribuidas por diferentes méritos demostrados dada su inicial posición de inferioridad y discriminación que, en la ley aplicable, se manifiesta en su origen y formulación, en su procedimiento y aprobación y en los fines que persigue queridos o no queridos.

Por todo lo anteriormente expuesto, sostenemos que resulta imperativa la exigencia de que la redacción de la normativa a sancionar en Cortes venga precedida del pertinente Informe de Contenido Social por el que se alerte de la desviación de la futura norma respecto del principio de igualdad (formal y material) o de las graves consecuencias que, de ser aprobada con una determinada redacción y espíritu, se derivarían para la igualdad (insistimos, formal y material) de sectores tradicionalmente marginados y que, por ende, precisan de especial protección o incluso de discriminación positiva (aparte de las mujeres, colectivos LGTBI, inmigrantes, gitanos, etc).

El Informe de Contenido Social no puede ser un informe sin verdadero contenido, sin carga pedagógica, sin objetivo claro, pues puede caerse en un mero trámite que no tenga implicaciones más allá de la mera buena voluntad del legislador.

La Ley de Memoria Histórica (*Ley 52/2007 de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*) es un buen ejemplo para analizar lo que venimos defendiendo en estas líneas.

III. ILEGITIMIDAD, ILEGALIDAD Y VICIOS DE FONDO. LA NECESARIA REVISIÓN NORMATIVA DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA.

¿Puede predicarse ilegitimidad, ilegalidad o vicios de una normativa que no respeta en su procedimiento de aprobación y/o en su contenido el principio de igualdad, material y formal, de sexos?

Para Legaz Lacambra (1958), la *legalidad, en el más amplio, general y obvio de los sentidos, significa existencia de leyes y conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos*. La pregunta sería si una ley no es obedecida, entonces, ¿deja de ser legal, es decir, la legalidad se predica sólo de leyes que producen conformidad de los actos a las mismas?

Para Stein (1994), a veces, el derecho exige también obediencia aun siendo incorrecto. La sentencia objetivamente antijurídica, pero firme, debe ejecutarse; la norma anticonstitucional hay que seguir aplicándola hasta que sea abolida. Pero si el derecho incorrecto o el derecho que se ha hecho incorrecto se mantiene por demasiado tiempo, se debilita el régimen jurídico en general, los destinatarios del Derecho se apartan del régimen jurídico y se pierde la autoridad del derecho.

Stein introduce el concepto de autoridad o legitimación para que la norma sea obedecida. Además, el concepto de Estado de Derecho no se limita, para este autor, a los elementos de legalidad formales, sino que se incluya en él también criterios de legitimidad de fondo, especialmente la exigencia de respeto a los derechos humanos fundamentales. De ahí la importancia del respeto a un principio esencial como es el de igualdad por razón de sexo. Concluye Stein (1994) que *el Estado de Derecho significa que el ejercicio del poder estatal sólo es admisible en base a la constitución y a leyes dictadas constitucionalmente desde el punto de vista formal y sustancial, con el único objetivo de garantizar la dignidad humana, la libertad, la justicia y la seguridad jurídica.*

Por su parte, Habermas (2004) reclama que no debe haber obediencia incondicional al derecho positivo pues no todo derecho merece ser obedecido, sino sólo aquel que presenta una adecuación material a los principios constitucionales puede esperar una obediencia cualificada de los ciudadanos, una obediencia que prevé, por tanto, la posibilidad de desobediencia. El examen de esta adecuación es lo que distingue precisamente a esa obediencia cualificada. La minoría presta un asentimiento condicionado a la decisión de la mayoría sólo si se adopta en un foro público de discusión abierto y tiene un carácter revisable.

Para que un sistema sea legítimo, deben darse una serie de condiciones necesarias. De entre ellas, destacaríamos el respeto a los principios fundamentales que informan el sistema en su conjunto, en concreto, el principio de igualdad por razón de sexo.

Fariñas Dulce (2018) sugiere que no se puede organizar una sociedad prescindiendo de la moralidad cívica de la ciudadanía, por cuanto eso es lo que supone el enganche legitimador con sus instituciones y normas de convivencia, salvo que prescindamos también de ellas.

En la misma línea de abogar por la moralidad como anclaje fundamental de la legitimidad de la norma, López Hernández (2009) aúna los conceptos de legalidad y legitimidad en un todo a través de la conexión entre derecho y moral. Sugiere López Hernández que, *en conclusión, la legitimidad es posible a través de la legalidad si ésta se basa en una teoría procedimental de la justicia, con la cual el derecho y la moral se entremezclan para producir un sistema político con ciertos caracteres: 1) La Constitución regula el proceso político a través de normas: mayoría, proceso parlamentario, ley electoral, etc. 2) La labor del Parlamento debe estar apoyada en una participación cada vez mayor de la población. 3) La calidad de la vida pública debe mejorar constantemente y en ello tienen especial importancia los medios de comunicación.*

Como señala Figueruelo Burrieza (2003), el Tribunal Constitucional ha dictaminado que *cuando nos encontramos ante un caso de diferente trato por razón de sexo, siempre hay una sospecha de ilegitimidad que obliga a la inversión de la carga de la prueba.* En efecto, si bien el TC ha considerado ilícitos, por inconstitucionales, los supuestos de acción protectora que conceden ventajas al sexo femenino (a excepción de la maternidad), en supuestos de la cláusula de interdicción de la discriminación se han considerado adecuados denominándose acción positiva.

La legitimidad es la creencia de la población sujeta a un orden político en la validez de dicho orden (Weber, 1979) o la creencia de la población de que el orden político que les gobierna es merecedor de reconocimiento (Habermas, 1981). Reconocimiento y validez son dos cualidades que parecen predicarse de la

legitimidad. O como continúa afirmando Habermas, la moral también ha de ser considerada como integrante del principio de legitimidad.

La concepción de la legitimidad de Habermas contiene dos aspectos, por un lado, la propia formalidad del derecho tiene ya en sí contenidos morales implícitos y, por otro, la misma argumentación racional en sí misma produce contenidos morales. *Puesto que hoy ya no hay certezas fuera de la propia sociedad, es la sociedad con sus procedimientos democráticos la única fuente de las decisiones políticas, jurídicas y morales. Sólo de una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad.*

López Hernández (2009) concluye que la legitimidad es posible a través de la legalidad si ésta se basa en una teoría procedimental de la justicia, con la cual el *derecho y la moral se entremezclan para producir un sistema político con ciertos caracteres: 1) La Constitución regula el proceso político a través de normas: mayoría, proceso parlamentario, ley electoral, etc. 2) La labor del Parlamento debe estar apoyada en una participación cada vez mayor de la población. 3) La calidad de la vida pública debe mejorar constantemente y en ello tienen especial importancia los medios de comunicación.*

Para Habermas (2005) la legitimación es un proceso de comunicación, cuyo objetivo es la búsqueda del entendimiento, basado en condiciones pragmáticas ideales que posibilitan dicho entendimiento y sin que exista ninguna coacción externa, incluida la del propio poder político. Fuera de ese proceso de comunicación (que además ha de ser moral) no puede existir legitimación. En consecuencia, si no existe comunicación o si ésta no se plasma en informes que sancionen el cumplimiento de principios fundamentales como el de igualdad por razón de sexo (informes, por ende, que garanticen la moralidad de la norma), no existe legitimación.

Señala Bobbio (1984) que, desde el punto de vista del soberano, la legitimidad es lo que fundamenta su derecho; *la legalidad establece su deber. Desde el punto de vista del súbdito, al contrario, la legitimidad es el fundamento de su deber de obedecer; la legalidad es la garantía de su derecho de no ser oprimido.*

Si la legitimidad, como hemos visto, es autoridad, aceptación y moralidad, el deber de obedecer la ley decae o se hace más débil si dicha ley no puede ser aceptada por ser inmoral. Podríamos, pues, afirmar que una ley es inmoral si no respeta el principio de igualdad. Por otra parte, si la legitimidad es el fundamento del deber de obediencia, ¿deberíamos desobedecer una norma ilegítima por cuanto no contiene un elemento valorativo imperativo cual es la igualdad no sólo formal o ante la ley sino sustancial o material?

Desde un punto de vista normativo, el Estado democrático de derecho está constituido por dos ideas en igual medida, la garantía estatal de la paz interior y la seguridad jurídica de todos los ciudadanos, y la aspiración de que el orden estatal sea reconocido como legítimo por los ciudadanos, esto es, libremente y por convicción.

Para Velasco Arroyo (1996), la legitimidad por parte del Estado democrático de Derecho no se satisface por el simple hecho de que las leyes, sentencias o medidas sean dictadas, pronunciadas o adoptadas conforme el procedimiento prescrito. En las cuestiones fundamentales no es suficiente la legitimidad procedimental, sino que el propio procedimiento y la totalidad del ordenamiento jurídico tiene que poder justificarse fundamentándose en principios esenciales.

Rawls, Dworkin y Habermas señalan como un requisito imprescindible para considerar un acto de disidencia política bajo la categoría de desobediencia civil el respeto por el orden político vigente, siempre que éste responda a una constitución democrática.

Velasco Arroyo (1996), en las argumentaciones justificatorias aducidas por quienes desobedecen civilmente se entrecruzan razones de índole político-moral y también jurídicas. Quienes actúan así están convencidos de la inutilidad de los procedimientos legales, bien por su lentitud insoportable o bien por su probada falta de eficacia.

Para Elías Díaz (2006), junto con los derechos civiles y políticos (o de primera generación, consagrados por el Estado liberal) y los derechos sociales, económicos y culturales (o de segunda generación y propios del Estado del Bienestar), los derechos de tercera generación *reclaman de un modo u otro su incorporación a la legalidad: derechos de las minorías étnicas, los derivados de las diferencias sexuales, lingüísticas, de la marginación por diferentes causas, derechos de los inmigrantes, ancianos, niños, mujeres, derechos en relación con el medio ambiente, las generaciones futuras, la paz, el desarrollo económico de los pueblos, la demografía, las manipulaciones genéticas, las nuevas tecnologías, etc.*

Es precisamente esa incorporación a la legalidad de los derechos de las mujeres, lo que se expone y defiende seguidamente. La ilegalidad o ilegitimidad de las leyes tienen siempre consecuencias. Un sistema no es justo, moral y pacífico si no aplica los principios fundamentales en los que se fundamenta. En consecuencia, la autoridad de ese sistema quedaría mermada y su desobediencia puede plantearse como legítima.

IV. LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA. UNA REVISIÓN CRÍTICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD DE SEXO

La *Ley 52/2007, de 26 de diciembre por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil o la dictadura* (en adelante, *LMH*) fue publicada en el BOE de 27 de diciembre de 2007.

Se trata de una ley que ha perdido la oportunidad de hacer justicia con la mujer (republicana) pues la sociedad española tiene una deuda histórica con los vencidos pero muy especialmente con este grupo social dado que se vio especialmente perjudicado precisamente por razón de sexo. Al menos una parte de los vencedores condenó a este grupo social a una condición de absoluta inferioridad y estigmatización, ejerciendo una violencia añadida por la condición de mujer.

La literatura académica no repara en el trato dado a la mujer en la LMH. Por ejemplo, para Escudero Alday (2013) la LMH plantea una *segunda reivindicación, que busca ir más allá de la implementación de este programa de reparaciones para poner su foco de atención en la construcción de una sociedad y una ciudadanía más respetuosa con la legalidad, la democracia y los derechos humanos*. Insistimos en la oportunidad perdida para elaborar una ley que, en efecto, sea respetuosa con la legalidad, la democracia y los derechos humanos, en concreto, los de todo un colectivo, las mujeres.

A la luz del planteamiento expuesto, varios son los artículos que deberían ser objeto de revisión. Entre ellos, vamos a centrarnos en los artículos 1, 2, 4 y 5.

El artículo 1 de la LMH delimita el objeto de la ley, el 2 realiza un reconocimiento general, el 4 contempla la declaración de reparación y reconocimiento personal y el 5 se refiere a la mejora de las prestaciones reconocidas por la Ley 5/1979 a las viudas.

Artículo 1 Objeto de la Ley

1. La presente Ley tiene por objeto reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales.

Artículo 2 Reconocimiento general

1. Como expresión del derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura.

2. Las razones a que se refiere el apartado anterior incluyen la pertenencia, colaboración o relación con partidos políticos, sindicatos, organizaciones religiosas o militares, minorías étnicas, sociedades secretas, logias masónicas y grupos de resistencia, así como el ejercicio de conductas vinculadas con opciones culturales, lingüísticas o de orientación sexual.

Artículo 4 Declaración de reparación y reconocimiento personal

1. Se 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 las resoluciones a que se refieren los artículos anteriores.

El objeto de la ley se reduce (decimos bien, se reduce) a razones que dejan fuera la condición de mujer que tan importante fue en la comisión de actos de violencia y venganza. Es de todos conocido el uso de la violencia contra la mujer, en concreto, las violaciones, como arma de guerra. En este sentido, la evidencia del uso de las violaciones para generar un estado de terror con fines de guerra y de venganza se muestra, entre otros muchos ejemplos, en las alocuciones radiofónicas (¿podrían ser consideradas resoluciones de órganos constituidos de acuerdo con el artículo 3.1 LMH?) del General Queipo de Llano en Sevilla:

Nuestros valientes legionarios y regulares han enseñado a los cobardes de los rojos lo que significa ser hombre. Y, de paso, también a las mujeres. Después de todo, estas comunistas y anarquistas se lo merecen, ¿no han estado jugando al amor libre? Ahora por lo menos sabrán lo que son hombres de verdad y no milicianos maricas. No se van a librar por mucho que forcejeen y pataleen.

La ley no ha tenido en cuenta en su elaboración y redacción la condición de mujer como elemento específico y diferenciado en el uso de la violencia. Estamos ante una condición que, al ser hetero-normativa (es decir, es la condición de

mujer y no de hombre) no ha gozado de la protección que la condición privilegiada de hombre si tiene. En este sentido, si el hombre es la medida de la ley, dicha ley sólo podrá referirse a situaciones y actuaciones que reflejen la posición del hombre en el espacio y en el tiempo. Por lo tanto, sólo se reconocen los derechos que se derivan de la exclusiva condición de hombre pues sólo los hombres (o de manera mayoritaria) tuvieron resoluciones (o sentencias) que, de acuerdo a la LMH, les avalan como merecedores de los derechos derivados de dicha ley. Si sólo los hombres eran juzgados en tribunales u organismos similares y las mujeres sólo sufrieron violencia y muerte sin resoluciones o sentencias, la violencia y muerte sufridas por las mujeres no merecen declaración de derecho alguna. Si la ley la hubieran hecho hombres y mujeres por igual, o personas sensibilizadas y conscientes de las diferentes posiciones de los sexos en el tiempo y en el espacio, no se hubiera primado la emisión de resoluciones o sentencias para la declaración de los derechos.

Hombres y mujeres sufrieron y murieron por igual, tan sólo un elemento insustancial (no en el sentido de que el contenido de las resoluciones o sentencias lo sea sino en el sentido del soporte material que justifica la declaración del derecho, es decir, el papel o documento de la sentencia o resolución) diferencia dichos sufrimiento y muerte. Pero la ley sólo contempla la existencia (prueba fehaciente) de sentencia o resolución para la declaración del derecho.

En el caso de las violaciones y asesinatos de mujeres hubo sentencia o resolución, sin duda alguna, pero fue una sentencia arbitraria y emitida por una persona, el verdugo, en su calidad de tal persona y no en nombre de un tribunal u órgano oficial. Sólo y exclusivamente la terminología jurídica impide la justicia, el reconocimiento y la reparación.

En su artículo 3.1 la LMH *habla de tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal*. Ninguno de estos tribunales “oficiales” juzgó a las mujeres pues por su condición de tales no tenían acceso a los mismos en su gran mayoría.

Los juicios a mujeres fueron en su mayor parte de carácter personalísimo y “sumario”, y se consumaron in situ, de manera inmediata con no menos violencia o saña que los de los hombres y por evidentes razones de guerra, políticas e ideológicas, pero con el agravante de la condición de mujer. Nada hay, pues, de fondo del asunto que impida considerar las muertes de las mujeres como precedidas de resolución, sentencia o determinación, aunque sea arbitraria e individual. Sin embargo, la ley es clara en su artículo 3.1, excluyendo implícitamente a la mujer. Esa exclusión no es aleatoria y ha de ser entendida como incardinada en la matriz de dominación (conocimiento-poder) que subyace en nuestras sociedades, a saber, el hetero-patriarcado.

En este sentido, Bergalli (1998) mantiene que el Estado no deja nada al azar pues implementa oportunas estrategias de control social en sus decisiones respecto a las maneras de comportarse en relación con sus ciudadanos. En este sentido, para este autor dichas decisiones *no dependen de voluntades personales u opciones políticas coyunturales. Antes bien, ellas son la consecuencia de oportunas estrategias de control social que responden a las tensiones producidas en las relaciones entre la estructura socio-económica y la esfera política de toda sociedad*.

Por su parte, el artículo 5 que se refiere a la ley 5/1979 ahonda, por razones obvias, en la desigualdad, aunque en este caso parezca favorable a la mujer. Y decimos “parezca favorable” porque ¿hasta qué punto es favorable tener un reconocimiento como “viuda de” en lugar de como persona sobre la que se ejerció violencia, es decir, como mujeres que sufrieron en sus propias carnes violencias acumuladas, añadidas, por su condición de mujeres? Reproducimos seguidamente el título del artículo 5 LMH.

Artículo 5 Mejora de las prestaciones reconocidas por la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, de reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social a favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada Guerra Civil

En suma, la ley hace referencia a violencia por resolución o sentencia, de manera que sólo contempla prima facie el soporte documental emitido por órganos a los que pocas mujeres tuvieron acceso con ocasión de su violación o muerte pues eran órganos que representaban espacios exclusivos y propios del tradicional rol desarrollado por hombres despreciando a todo un colectivo que sufrió varias violencias, entre ellas, la propia de los vencidos en una guerra, la derivada de su condición política e ideológica y la derivada de su condición de mujer.

En efecto, si la mujer era extremadamente joven (adolescentes y niñas) o estaba relegada al hogar (aunque muchas mujeres trabajaran, no era la norma o bien no se reconocía de igual manera que el trabajo del hombre), y fue represaliada, dado que en la mayor parte de los casos no lo fue por sentencia judicial o resolución de órgano, la ley 52/2007 no contempla adecuadamente ni repara convenientemente (ni económica, ni moralmente) a la mujer represaliada durante la guerra civil y en la dictadura.

Las represalias contra las mujeres tomaron la forma de violencia de todo tipo por su condición de mujer, entre ellas, violación y rapado de la cabeza con lo que ello conllevaba de humillación, vergüenza y desprestigio social.

Dos son, al menos, los objetivos de la LMH. En primer lugar, un objetivo colectivo, el de recordar y honrar a aquéllos que murieron o sufrieron tortura defendiendo la legalidad vigente. En segundo lugar, un objetivo individual, cual es la consagración del derecho a obtener una *Declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes durante la Guerra Civil y la Dictadura padecieron los efectos de las resoluciones (artículo 4.1 LMH). Finalmente se modifican determinadas leyes que establecen compensaciones económicas o fiscales y se aprueba, en atención a las circunstancias excepcionales que concurrieron en su muerte, el derecho a una indemnización, por una cuantía de 135.000 euros, a los beneficiarios de quienes fallecieron durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1968 y el 31 de diciembre de 1977, en defensa y reivindicación de las libertades y derechos democráticos (artículo 10 LMH).*

Para la consecución de estos objetivos, es fundamental que la ley realice un recordatorio específico de acciones cometidas en razón de la especial circunstancia de ser mujer.

Como se ha dicho, muchas mujeres sufrieron torturas, mutilaciones, violaciones, rapados de cabeza y muerte sólo por ser republicanas. Colectivamente es de justicia recordar su pertenencia a un sexo concreto e, individualmente, estas mujeres tienen derecho a las reparaciones y reconocimiento legales, aunque el artículo 4.1 de la LMH sea un obstáculo para

dicha compensación pues sanciona que existe dicho derecho siempre que la violencia se hubiera derivado de resoluciones.

Existe una contradicción fundamental entre la memoria que es eminentemente subjetiva y sujeta a permanente revisión (las razones o sinrazones que llevaron al alzamiento y a la guerra y posterior dictadura, los recuerdos del horror, la humillación y la derrota) y la Historia, que se pretende una lectura objetiva de los hechos del pasado (es decir, las fosas comunes, el número de personas enterradas en las mismas, los documentos escritos, gráficos y sonoros conformarían la base de la historia, es decir, de los hechos verificables y cuantificables).

Pero en todo caso es de justicia tratar de hacer memoria a partir de datos de hemerotecas, fotografías, denuncias, informes policiales y sentencias (si las hubiere) emitidas en contra de mujeres. Aunque probablemente, no habrá muchas sentencias o resoluciones porque insistimos a las mujeres no se las juzgaba.

La confluencia entre sexo y sexualidad es especialmente compleja en el análisis de la ilegitimidad, ilegalidad y vicio de fondo de las leyes. La ley, en todo caso, parece reconocer la orientación sexual como causa de reconocimiento general (artículo 2 de la LMG) pero no el sexo hetero-normativo (es decir, la condición de mujer).

La Comunidad Autónoma de Andalucía ha intentado subsanar esta injusticia de la que hablamos mediante la promulgación del Decreto 372/2010, de 21 de septiembre y posteriormente de la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía que, en su Exposición de Motivos, no deja lugar a dudas de la injusticia y la deuda histórica con las mujeres republicanas además de dejar entrever las dificultades que plantea la correcta aplicación del principio de igualdad por razón de sexo.

Dice la Exposición de Motivos de la Ley andaluza:

En este sentido cabe señalar la especial sensibilidad que tanto el Parlamento de Andalucía como el Gobierno andaluz han tenido con las mujeres que padecieron represión durante la Guerra Civil y el franquismo con la publicación del Decreto 372/2010, de 21 de septiembre, por medio del cual se establecían indemnizaciones a mujeres que sufrieron formas de represión en su honor, intimidad y propia imagen. Y es que las características de la represión ejercida exclusivamente sobre las mujeres durante la Guerra Civil y la Posguerra tuvo un claro componente de género; las mujeres fueron ultrajadas, a veces, únicamente por ser mujeres. Muchas mujeres fueron asesinadas, otras violadas, encarceladas, vejadas, «paseadas», rapadas, etc.

En efecto, resulta sorprendente que puedan plantearse obstáculos para el disfrute de la igualdad por razón de sexo en un estado social y democrático de derecho; sin embargo, la realidad es tozuda cuando prevalece como matriz de dominación (y, por ende, de desigualdad) el hetero-patriarcado. En Andalucía, el Decreto 372/2010, de 21 de septiembre, por el que se establecen indemnizaciones a mujeres que sufrieron formas de represión de la dictadura franquista sobre su honor, intimidad y propia imagen, pretende reparar la doble injusticia, por una lado, de una falta total de reconocimiento del sufrimiento de la mujer y de la violencia ejercida sobre ella (precisamente por la dificultad de demostrar la violencia producida por su condición de mujer) y por otra, la falta de una indemnización o reparación adecuadas. En su Exposición de Motivos, el Decreto

372/2010 no deja lugar a dudas de las dificultades que tienen las mujeres por su condición de tales para una cuestión de justicia tan evidente:

El presente Decreto se dirige a aquellas mujeres que sufrieron diversas formas de represión distintas de penas privativas de libertad, con incidencia, esencialmente, en su consideración social, con el objetivo de reparar su honor, intimidad y propia imagen y reconocer su contribución a la construcción de la sociedad democrática.

Una característica de estas formas de represión reside en la dificultad, cuando no imposibilidad, de ser probadas por quienes las sufrieron sin que existan expedientes administrativos o judiciales. Para evitar que la carencia de una prueba documental de tal naturaleza pueda impedir la consecución de los objetivos de la presente norma, expresamente se habilita la prueba mediante cualesquiera medios admitidos en Derecho, siempre que las formas de represión queden suficientemente acreditadas, como se exige en el empleo de fondos públicos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Como condición previa a la elaboración de un texto legal, se exige un Informe Económico que explique la viabilidad económica de la ley que se pretende aprobar, es decir, su financiación y dotación presupuestaria. En el mismo sentido, en nuestra opinión, es imperativo que se exija la elaboración de un Informe de Contenido Social que determine los principales aspectos sociales a tener en cuenta, que valore las consecuencias tanto positivas como negativas que puedan derivarse y que establezca los parámetros lingüísticos de su redacción, todo ello con el objeto de que se respeten escrupulosamente los principios generales del derecho (y, muy en especial, el principio de igualdad por razón de sexo) en cuanto al fondo y la forma de las normas que nos vamos a otorgar.

La imperatividad de un Informe de Contenido Social en el caso que nos ocupa de la Ley de Memoria Histórica hubiera salvado, si no todos, sí gran parte de las cuestiones de ilegitimidad, ilegalidad y vicios de fondo de la misma que se apuntan en este artículo.

La obediencia a las normas depende de su legalidad y legitimidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

R. BERGALLI, “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”. *Jueces para la democracia*, 32, 1998, pp. 58-63.

N. BOBBIO, “El derecho y el poder”. En: Bobbio, Norberto & Bovero, Michelangelo. *Origen y Fundamentos del poder político*. Grijalbo, México, 1984, p. 30.

E. CARMONA CUENCA, “El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. 1994, número 84.

E. DÍAZ,

“Derecho social y ética política en el socialismo humanista de Fernando de los Ríos”, en E. Díaz, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Civitas: Madrid, 1978.

“Estado de Derecho y Derechos Humanos”. *Novos Estudios Jurídicos*, Vol. 11, n. 1, 2006, pp. 9-25.

R. ESCUDERO ALDAY, “Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica.” *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013, pp. 319-340.

M. J. FARIÑAS DULCE, “Neoliberalismo versus Democracia” *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 14, 2018, pp. 342-352.

L. FERRAJOLI, Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía*, nº.16 México, 2002.

A. FIGUERUELO BURRIEZA, “El discurso jurídico. La mujer en la Constitución Española”. Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca el 23 de octubre de 2003 en el marco de las "IV Jornadas de Historia de las Mujeres. Discursos de Género", 2003.

J. HABERMAS,

La reconstrucción del materialismo histórico, trad. J.N. Muñiz y R.G. Cotarelo, Madrid: Taurus, 1981.

Ensayos políticos. Barcelona: Península, 2004.

Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso, trad. M. Jiménez Redondo, 4a ed., Madrid: Trotta, 2005.

L. LEGAZ LACAMBRA, “Legalidad y legitimidad.” *Revista de estudios políticos*, (101), 1958, pp. 5-24.

J. LÓPEZ HERNÁNDEZ, “El concepto de legitimidad en perspectiva histórica”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 18, 2009, pp. 153-166.

P. MELLADO PRADO, y Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, "En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 5 de la C.E. de 1978", *La Ley*, 1, 1984.

G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*. Tecnos: Madrid, 1984.

A. SQUELLA, “Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia”. *Anuario de Filosofía del Derecho VI*, 1989, pp. 253-266.

T. STEIN, “Estado de derecho, poder público y legitimación desde la perspectiva alemana”. Issue 88 of Working papers, Universidad Autónoma de Barcelona, Instituto de Ciencias Sociales y Políticas, 1994.

J. C. VELASCO ARROYO, “Tomarse en serio la desobediencia civil. Un criterio de legitimidad democrática”. *Revista Internacional de Filosofía Política*, vol. 7, 1996, pp. 159-184.

M. WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Trad. Medina Echavarría y otros, 2ª ed. México: F.C.E. 1979 (1ª ed. alemana 1922).