

LA MEMORIA Y LA CALIDAD DEMOCRÁTICA DEL ESTADO

(COMENTARIO A LA LEY 20/2022, DE 19 DE OCTUBRE, DE MEMORIA DEMOCRÁTICA)

THE MEMORY AND THE DEMOCRATIC QUALITY OF THE STATE

(COMMENT TO LAW 20/2022, OF OCTOBER 19, ON DEMOCRATIC MEMORY)

Marc CARRILLO

Catedrático de Derecho Constitucional

Universitat Pompeu Fabra

<http://orcid.org/0000-0002-0805-8982>

Fecha de recepción del artículo: noviembre 2022

Fecha de aceptación y versión final: diciembre 2022

RESUMEN

La Ley 2/2022, de Memoria Democrática constituye un reto para el Estado que permite acrecentar su calidad democrática. En este artículo se abordan algunas cuestiones de relevancia jurídica de su extenso texto. El punto de partida de las políticas públicas de memoria se ha de fundamentar en la necesidad de afrontar el pasado traumático derivado de la Guerra Civil y la Dictadura no solo desde la reparación a las víctimas, sino también mediante el fomento de la investigación histórica, para evitar la mitificación del pasado. Para ello, es imprescindible la colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas en el marco de sus respectivas competencias determinadas por la Constitución y los estatutos de autonomía.

Por otra parte, a fin de que los efectos jurídicos de esta ley sobre la Ley de Amnistía de 1977 alcance su plenitud será preciso que el Estado concrete su compromiso con el Derecho internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Finalmente,

la disolución de una fundación por apología de la dictadura franquista exige, además, que su actividad se identifique con la provocación del odio o la violencia

Palabras clave: amnistía, apología, comunidades autónomas, competencias, colaboración interadministrativa, derechos fundamentales, Derecho convencional, discurso del odio, interpretación constitucional, libertad de expresión, memoria, políticas públicas.

ABSTRACT

Law 2/2022, on Democratic Memory, constitutes a challenge for the State that allows it to increase its democratic quality. This article addresses some issues of legal relevance of its extensive text. The starting point of public memory policies must be based on the need to face the traumatic past derived from the Civil War and the Franco dictatorship, not only from reparation to the victims, but also through the promotion of historical research, to avoid the mythification of the past. To this end, collaboration between the State and the Autonomous Communities is essential within the framework of their respective powers determined by the Constitution and the Statutes of Autonomy.

On the other hand, in order for the legal effects of this Law on the Amnesty Law of 1977 to reach its fullness, it will be necessary for the State to specify its commitment to international law on the imprescriptibility of war crimes and crimes against humanity. Finally, the dissolution of a foundation in apology of the Franco dictatorship also requires that its activity be identified with the provocation of hatred or violence.

Keywords: amnesty, apology, autonomous communities, competencias, inter-administrative collaboration, fundamental rights, conventional law, Hate Speech, Constitutional Interpretation, Freedom of Expression, Memory, Public Policies.

SUMARIO: I. LA HISTORIA Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE MEMORIA, UNA ASIGNATURA PENDIENTE. 1. El preámbulo en la historia. 2. Las políticas públicas de memoria: deber de reparación y de investigación histórica. II. LA LEY DE AMNISTÍA DE 1977 Y LA INTERPRETACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. III. APOLOGÍA DEL FRANQUISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. IV. LAS CUESTIONES COMPETEN-

CIALES EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE MEMORIA: LA IMPERIOSA NECESIDAD DE APLICAR LAS TÉCNICAS DE COLABORACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. BIBLIOGRAFÍA.

En memoria del profesor Bartolomé Clavero

I. LA HISTORIA Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE MEMORIA, UNA ASIGNATURA PENDIENTE

Han pasado nada menos que cuarenta y cuatro años desde la aprobación de la Constitución para que las Cortes Generales hayan aprobado una ley que establezca una amplia regulación de políticas públicas de memoria. Esto es, para que el Parlamento democrático aborde desde la norma jurídica el tratamiento que el órgano depositario de la soberanía popular ha de dar al pasado histórico más inmediato que se inició con la sublevación militar contra el régimen democrático de la II República en 1936, y las consecuencias que se derivaron de la Guerra Civil y la dictadura de casi cuarenta años que vino después.

Ciertamente, no ha sido la primera vez que el legislador lo ha intentado. Hace quince años se produjo un primer intento de alcance notablemente más limitado con la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, más conocida como la ley de memoria histórica. Efectivamente, se quedó en un intento dado que el Gobierno surgido de la nueva mayoría política resultante de las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011 renunció a dotarle de apoyo presupuestario por lo que sus modestos efectos quedaron en buena parte desactivados. La excepción a esta neutralización de la aplicación material fueron las iniciativas adoptadas por algunas comunidades autónomas (CC. AA.) en el marco de sus competencias.

El tiempo transcurrido en régimen democrático hasta llegar a la aprobación de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática ha sido muy prolongado y seguramente dice mucho de las diversas concepciones que todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria han tenido y tienen acerca de la memoria colectiva y de la posición que el Estado deba adoptar al respecto al pasado de la Guerra Civil y la larga dictadura franquista. No hay duda, claro está, que no solo desde la ley una sociedad democrática puede resolver sus cuentas pendientes con el pasado, en especial cuando este

fue especialmente traumático como lo fue nada menos que una Guerra Civil de tres años y una dictadura de casi cuarenta. Previamente se hacen precisas también otras condiciones que una ley no puede reglar, que tienen mucho que ver con la cultura y actitudes políticas de la ciudadanía, su aprecio por las instituciones representativas y, en definitiva, con la dignidad y la calidad democrática que los ciudadanos y los partidos entienden que ha de atesorar el Estado que les representa y del que forman parte.

No es el objeto, sin embargo, de este artículo examinar estas cuestiones, sino de abordar algunas de las que presentan mayor relevancia jurídica. Así, en las páginas que siguen se tratarán las políticas públicas de memoria que acoge la ley; los efectos de su interpretación conforme a la cláusula de apertura al Derecho internacional y al Derecho convencional del artículo 10.2 de la Constitución Española (CE); la relación entre la libertad de expresión y el discurso del odio en la práctica de determinadas entidades asociativas y, finalmente, el desarrollo de las políticas de memoria en el marco del sistema de distribución de competencias diseñado por la Constitución.

Sin duda, la nueva ley es mucho más ambiciosa que la de 2007. Su extenso e importante preámbulo aporta elementos hermenéuticos de especial calado para incorporar en su parte dispositiva los precedentes históricos que a juicio del legislador justifican su aprobación. No se trata de un tema banal, porque los Preámbulos, como recuerda Herrero de Miñón (2018, p. 7) «han pasado de tener mera importancia política a alcanzar relieve jurídico; primero como cláusulas interpretativas, después como verdaderas normas, aunque con diferencias notables en cuanto a la intensidad normativa se refiere». En todo caso, y por la que hace a la jurisprudencia constitucional española, la invocación al preámbulo se hace en directa conexión con algún precepto sustantivo de la parte dispositiva de la norma [Sentencia del Tribunal Constitucional (STC)] 140/1995, de 29 de septiembre, Fundamento Jurídico (FJ) 9). Por tanto, desde esta perspectiva la interrelación entre el preámbulo y la parte dispositiva de la Ley 20/22 no es retórica sino intensa y directa. No ofrece dudas.

1. El preámbulo en la historia

Su contenido es especialmente explícito sobre la posición del legislador del Estado democrático respecto del pasado representado por el golpe militar contra la II República, la Guerra Civil y la dictadura. El sentido que inspira a la Ley 20/2022 es la asunción por parte del Estado la responsabilidad de llevar a cabo políticas públicas de memoria para fomentar la reparación y reconocer la dignidad de las víctimas de dicho período histórico.

El punto de partida es, con acierto, la valoración de la Constitución de 1978 y de la Transición política hacia un régimen de libertades como el logro histórico más significativo para la consolidación de la democracia en España. Y que dicha Transición asumió el legado democrático y de dignidad de varias generaciones de españoles en la defensa de la democracia, la lucha antifascista en Europa y la recuperación de la libertades individuales y colectivas

Del texto del preámbulo, así como de la detallada parte dispositiva, no es difícil deducir que el legislador entiende que con esta ley –también con razón– la decisión que supuso la aprobación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre de Amnistía, de incluir en la misma «e) 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 [art. 2 2)]», en ningún caso excluía que las Cortes Generales adoptasen la decisión de regular mediante una ley políticas públicas de memoria.

La amnistía pasaba página de las responsabilidades penales de aquellas autoridades y funcionarios, pero –por supuesto– no lo hacía sobre el conocimiento público de sus actos. Y, sin duda, desde la estricta perspectiva jurídica, no incluía el olvido del pasado y la función de reparación de las víctimas de la guerra y la dictadura que el poder público democrático, a través de las Cortes Generales, decidiese llevar a cabo mediante políticas públicas de memoria cuando lo creyese oportuno, que eso era ya harina de otro costal. Es lo que moderadamente intentó la Ley 52/2007 y lo que ahora, de manera más ambiciosa ha llevado a cabo la nueva Ley 20/2022.

Por ello, el preámbulo ha atribuido un específico sentido a su contenido dispositivo al establecer que: «La consolidación de nuestro ordenamiento constitucional nos permite hoy afrontar la verdad y la

justicia sobre nuestro pasado. El olvido no es una opción para una democracia». A lo que podría añadirse, que tampoco puede ser una opción si de lo que se trata es de preservar dignidad y fortalecer la calidad democrática del Estado surgido tras la Constitución de 1978.

Desde la concepción del preámbulo como cláusula interpretativa de la parte dispositiva de la ley, ¿cuáles son los hitos más relevantes de su contenido? En síntesis, pueden subrayarse los siguientes:

- Situar históricamente la Guerra Civil, a la que se refiere como «Guerra de España», en el contexto internacional. Esto es, como prólogo de las agresiones que otros Estados recibieron poco después y que posteriormente serían juzgadas y condenadas por el Tribunal de Nuremberg, conforme a la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que ha pasado a formar parte del Derecho moderno internacional de Derechos humanos y Derecho humanitario.
- Adoptar como referencia de la ley las diversas luchas por las libertades a lo largo de la historia del constitucionalismo español, con especial mención a que «España atesora una larga tradición liberal que surge con las Cortes de Cádiz...» y menciona como textos de referencia las Constituciones de 1812, 1869, 1931 y la actual de 1978. Una valoración, ciertamente, muy optimista sobre el efectivo arraigo de dicha tradición, aunque el preámbulo tampoco ignore la fragilidad de las ideas liberales. Porque, sin perjuicio de reconocer el indudable valor de dichos textos constitucionales y del proyecto reformista que supuso la Constitución de 1931 de la II República y su obra política en un país pobre y atrasado como era la España de los años treinta, es lo cierto que a lo largo del siglo XIX español el liberalismo constituyó una excepción. Por la proliferación de pronunciamientos militares, guerras civiles, monarquías autoritarias o dictaduras, un proceso histórico respecto del cual la dictadura franquista no dejó de expresar una línea de continuidad con el pasado autoritario, sin duda, en grado sumo por su virulencia y prolongada actividad represiva. Todo un proceso histórico que no dejó de ser – un ejemplo más – de la cristalización de la impotencia para asentar un sistema liberal, que, de hecho,

- no llegó a cuajar, con algunos déficits que siguen presentes, hasta la aprobación y desarrollo posterior de la Constitución de 1978.
- Calificar de forma explícita la interrupción del periodo democrático de la II República y sus avanzadas reformas políticas y sociales como un «golpe de Estado».
 - Apelar al Informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptado en París el 17 de marzo de 2006, en el que se señalaba que «durante la Guerra de España se cometieron gravísimos crímenes y que durante la dictadura franquista se estableció un sistema político autoritario que reprimió masivamente todo atisbo de oposición política de manera sistemática y generalizada».
 - Constatar que «el régimen franquista impuso desde los inicios una poderosa política pública de memoria que excluía, criminalizaba, estigmatizaba e invisibilizaba radicalmente a las víctimas vencidas tras el triunfo del golpe militar contra la República legalmente constituida», añadiendo además que: «En el marco de este relato totalitario, y al mismo tiempo que continuaba una dura represión sobre las personas que defendían la Segunda República, se establecieron importantes medidas de reconocimiento y reparación moral y económica a las víctimas que habían combatido o se habían posicionado a favor del golpe de Estado». Entre las cuales, el ejemplo más grandilocuente y fastuoso sería el llamado Valle de los Caídos inaugurado el 1 de abril de 1959, veinte años después del final militar de la guerra, y al que ahora la ley denomina Valle de Cuelgamuros y establece medidas como lugar de memoria democrática y al que cambiará su significado a fin de fortalecer los valores constitucionales y democráticos.

Esta beligerancia mostrada por la dictadura en materia de políticas públicas de memoria permite poner de relieve que la gestión de la memoria no es un privilegio de las sociedades comprometidas con los valores democráticos. La historia del siglo XX acredita que los regímenes autoritarios y totalitarios siempre han pretendido imponer determinadas versiones sobre el pasado, demostrando la importancia de la historia como factor de legitimación de tales regímenes (Silveira Bauer, 2018, p. 392). En este sentido, el caso de la dictadura franquista fue paradigmático.

- Atender al hecho lacerante de la existencia todavía de personas desaparecidas en fosas comunes durante la guerra y la dictadura. En este sentido, en el marco del Derecho internacional humanitario, el preámbulo recoge como hitos significativos la ratificación y entrada en vigor de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 14 de julio de 2009. En este sentido, también se hace eco, tras las visitas a España impulsadas por las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, de los informes emitidos por el relator especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, Pablo Greiff.

Pues bien, con estos presupuestos fijados por el preámbulo, la Ley 20/2022 despliega un amplio y ambicioso catálogo de medidas de políticas de memoria a desarrollar tras su aprobación, cuya efectiva aplicación por parte de las diversas administraciones públicas en régimen de colaboración seguramente será el mayor reto para que llegue a buen puerto.

2. Las políticas públicas de memoria: deber de reparación y de investigación histórica

Pueden ser definidas como la acción de los poderes públicos dirigida a crear una memoria colectiva, esto es, una memoria destinada a preservar, valorar, transmitir el recuerdo de determinados aspectos del pasado. En relación con las dictaduras y las diversas manifestaciones de regímenes autoritarios las políticas de memoria coinciden en un objeto común: reconocer la existencia sistemática de la violación de los derechos humanos por parte de los Estados. Su materialización adopta formas diversas: la realización de conmemoraciones en fechas simbólicas, la construcción de monumentos, la preservación de los llamados «lugares de la memoria», un concepto institucionalizado por el historiador francés Pierre Nora (García Cárcel, 2011, p. 78)¹,

¹ La ley los define en el artículo 49 en los siguientes términos: «Lugar de Memoria Democrática es aquel espacio, inmueble, paraje o patrimonio cultural inmaterial o intangible en el que se han desarrollado hechos de singular relevancia por su significación histórica, simbólica o por su repercusión en la memoria colectiva, vinculados a la memoria

la creación y fortalecimiento de instituciones como archivos y centros de documentación, museos, etc.; elaboración de cartografías de la memoria; reformulación de currículos educativos, etc. (Silveira Bauer, 2018, p. 390). Asimismo, siguiendo a esta autora que recoge los estudios del profesor Ricard VINYES sobre memoria y reparación, una política pública en este sentido es una combinación de tres elementos: un objetivo, que justifique el interés en preservar ciertos valores democráticos, éticos y morales; un programa, que defina las actividades a preservar y difundir sobre el periodo dictatorial que, de alguna forma, sirva, como patrimonio para generaciones futuras; finalmente, unos instrumentos que garanticen la puesta en práctica del programa (Silveira Bauer, 2018, p. 391). Como seguidamente se expondrá, la Ley 20/2022 se enmarca en esta línea.

En coherencia con lo expuesto en el preámbulo, la parte dispositiva de la norma se extiende en la previsión de un amplio y específico elenco de medidas que responden a la doble lógica, desde la perspectiva subjetiva, del deber de preservar el reconocimiento personal de las víctimas; pero, a su vez, desde un planteamiento de alcance objetivo y con dimensión de futuro, la ley incide también en la necesidad de fomentar el conocimiento y divulgación de las políticas de memoria. En el caso concreto del caso español, lo primero constituye una prioridad que se explica por el simple hecho de que esta ley haya sido aprobada a nada menos que a casi cuarenta y cuatro años de la entrada en vigor de la Constitución; lo segundo, responde a la necesidad de que la memoria democrática no devenga solo un referente históricamente estático, ceñido al pasado, sino que también quede abierto y permeable a la investigación histórica.

Con relación al primer aspecto, la ley presta especial atención a las víctimas, entendiendo por estas a los que perdieron la vida o su patrimonio, los perseguidos por razones políticas, lingüísticas, religiosas, o de identidad sexual, los que padecieron tortura, deportados y sometidos a trabajo forzado, los exiliados, las depurados profesionalmente, como fue el caso específico de los maestros, etc.

democrática, la lucha de la ciudadanía española por sus derechos y libertades, la memoria de las mujeres, así como con la represión y violencia sobre la población como consecuencia de la resistencia al golpe de Estado de julio de 1936, la Guerra, la Dictadura, el exilio y la lucha por la recuperación y profundización de los valores democráticos»

(art. 3), así como también al papel activo de las mujeres (art. 11). De acuerdo con la finalidad reparadora la ley prescribe la ilegalidad e ilegitimidad, así como la nulidad de las resoluciones de cualesquiera órganos penales o administrativos surgidos tras el golpe de 1936 y, en consecuencia, el derecho reconocido a que las víctimas obtengan del Estado una «declaración de reconocimiento y reparación personal». La misma supondrá que la «declaración de nulidad deberá hacerse constar en el expediente de la causa anulada» (art. 5). A tal efecto, se crea Registro y Censo Estatal de Víctimas (art. 9).

Se establece también una política memorial de conmemoraciones anuales: el 31 de octubre, en recuerdo y homenaje a las víctimas del golpe militar, la guerra y la dictadura; y el 8 de mayo, en recuerdo de los que como consecuencia de ello padecieron el exilio (arts. 7 y 8). Por otra parte, en el marco de la potestad que corresponde al Gobierno de dirección de la política interior del Estado (art. 97 CE), se prescribe que el Ejecutivo deberá aprobar un Plan de Memoria Democrática de carácter cuatrienal (art. 12).

Sobre la hiriente cuestión de la permanencia todavía de personas desaparecidas en España como consecuencia de la guerra y la dictadura, y en el marco de lo que la propia norma tipifica como el «derecho de las víctimas a la verdad» (art. 16), la ley se muestra especialmente activa al respecto al implicar directamente a todas las administraciones públicas (arts. 15 a 24). A diferencia de la Ley de 2007, la cuestión no queda limitada a la iniciativa privada, sino que ahora el procedimiento regulador de las actividades de localización, exhumación e identificación de personas desaparecidas «se incoará de oficio por la Administración General del Estado, en defecto de normativa autonómica sectorial aplicable, o por la comunidad autónoma en cuyo territorio se ubiquen los restos, o bien a instancia de las entidades locales» (art. 18.2). Además, se crea el Banco Estatal de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) de Víctimas de la Guerra y la Dictadura, como una base de datos adscrita orgánicamente al Ministerio de Justicia. Su función consistirá en la recepción y almacenamiento de los perfiles de ADN de las víctimas y sus familiares, así como de las personas afectadas por la sustracción de recién nacidos, a fin de poder comparar dichos perfiles de ADN con vistas a la identificación genética de las víctimas (art. 23).

Dentro de la nueva lógica que adopta la ley de procurar la mayor implicación de los poderes públicos en llevar a cabo de manera más efectiva políticas de memoria, la ley incide también en el ámbito orgánico de la Administración de Justicia para crear la figura del fiscal de sala, con funciones de impulso investigación de las violaciones de derechos humanos en el periodo histórico de la guerra y la dictadura, así como también de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados (arts. 28 y 29).

Como contraste a la incisiva política de memoria pública que la dictadura llevó a cabo y cuyos rastros, a pesar del tiempo transcurrido tras la aprobación de la Constitución de 1978, no han desaparecido completamente del ámbito público (incluso, en algunos casos han sido restablecidos), lógicamente la Ley 20/2022, ha tenido que afrontar la cuestión en el capítulo IV relativo al deber de memoria democrática y en el marco de las políticas integrales sobre esta materia (Título II). Con este fin se refiere a la supresión de los símbolos, elementos y a los actos contrarios a la memoria democrática y a la regulación del procedimiento de retirada o, en su caso, de eliminación (arts. 35 a 37); a los actos públicos contrarios a la memoria (art. 38); a la revisión de reconocimientos, honores y distinciones (art. 40), así como a la supresión de títulos nobiliarios (art. 41) y la revisión y revocación de condecoraciones y recompensas (art. 42). Asimismo, la ley regula el tratamiento jurídico que deben recibir los lugares de memoria democrática (arts. 49 a 56) y en ese apartado necesariamente, se establecen los parámetros legales que han de servir para una nueva concepción del llamado Valle de los Caídos de infausta memoria –que pasa a ser denominado Valle de Cuelgamuros– «cuya resignificación irá destinada a dar a conocer, a través de planes y mecanismos de investigación y difusión, las circunstancias de su construcción, el periodo histórico en el que se inserta y su significado, con el fin de fortalecer los valores constitucionales y democráticos» (art. 54.1). Un primer ejemplo que ya se ha avanzado a la nueva concepción de ese espacio público fue la exhumación de los restos del dictador el 24 de octubre de 2019.

El segundo aspecto que ofrece el tratamiento que la ley otorga a las políticas públicas de memoria sobre el pasado se relaciona con su proyección de futuro y, en este sentido, el papel que se atribuye a

su conocimiento y divulgación, en especial a las medidas adoptadas en materia de investigación histórica. Precisamente, como se apuntaba más arriba, el objetivo de este planteamiento no ha de ser otro que el de procurar que la actividad de los poderes públicos al respecto disponga de un poso histórico sólido y acreditado, que se aleje de la tentación de caer en la mitificación o, incluso, en la mixtificación de los hechos del pasado².

A este respecto, cobra especial relieve la decidida apuesta del legislador de abordar el tratamiento de pasado también desde la óptica de la investigación científica. Y para ello, partiendo del ineludible principio de colaboración entre las Administraciones públicas y la Universidad, la ley fija la atención en la actividad administrativa de fomento como vía más adecuada para procurar una comprensión dinámica del pasado traumático que no desdeñe la aportación investigación histórica:

La Administración General del Estado, en colaboración con las universidades, los organismos públicos de investigación y las corporaciones de derecho público con competencias en la materia, incluidas las Reales Academias de ámbito nacional, fomentará en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en materia de memoria democrática, resaltando el componente europeo y global de la memoria democrática en España (art. 45).

A fin de facilitar el acceso a la actividad investigadora, resulta decisiva la previsión legal relativa la adquisición, protección y difusión de documentos de archivo, así como aquellos otros que contengan información sobre el golpe de Estado, la guerra y la dictadura (art. 26). También lo es la regulación del derecho de acceso y consulta de

² A pesar de su contundencia, con relación a esta cuestión resulta ilustrativa la observación siguiente: «Quisiera decir cuán importante es no caer en la trampa del deber de memoria. ¿Por qué? Porque la palabra “deber” pretende introducir un imperativo, un mandamiento (...) Finalmente y sobre todo, porque se atiende fácilmente hoy a apelar al deber de memoria con el propósito de perturbar el trabajo crítico de la historia, corriéndose el riesgo de cerrar una memoria dada de una comunidad histórica sobre su desgracia singular, dejándola pegada al papel de víctima, desarraigándola del sentido de la justicia y la equidad» (Ricoeur, 2000, p. 737). [Tomo esta cita del libro del profesor R. Vinyes, *Crítica de la razón compasiva (El giro memorial en las políticas sobre el pasado)* [en prensa, Ed. Icària]. Agradezco al autor su deferencia en proporcionarme el texto original.]

los documentos de archivo sobre este periodo (art.27). A este respecto, y a fin de facilitar el trabajo de investigación de los historiadores, es muy importante la previsión legal acerca de la documentación que opera en los archivos del dictador:

Los archivos y documentación del gobierno de la Dictadura, en particular del Jefe del Estado, que se encuentren en poder de entidades privadas o personas físicas, se incorporarán, una vez superados los trámites legales, al Centro Documental de la Memoria Histórica o al archivo del organismo público que se determine de manera motivada (art. 26.6).

No deja de ser inconcebible que una documentación retenida por particulares, que por su propia naturaleza no ofrece dudas del interés público que atesora, hasta esta ley haya permanecido tantos años a extramuros del acceso para los poderes públicos en general y para los investigadores en particular.

Desde esta perspectiva dinámica del tratamiento del pasado, la Ley también introduce medidas dirigidas a paliar el déficit de conocimientos del que adolecen las nuevas generaciones sobre los orígenes de la Guerra Civil, la dictadura y los orígenes del actual sistema democrático. Para evitar que este periodo histórico sea percibido como algo más propio del Paleolítico, se prevé la adopción de medidas en materia educativa y de formación del profesorado que se deberán proyectar sobre los contenidos curriculares para la Educación Secundaria Obligatoria, la Formación Profesional y el Bachillerato (art. 44).

Por otra parte, la ley se muestra permeable al contexto social registrado en los últimos años en los que han proliferado asociaciones que se han añadido a las primeras que se crearon al inicio de la Transición, destinadas a la preservación de la memoria democrática. En este sentido, la ley presta especial atención al reconocimiento de la labor que en este orden realizan asociaciones, fundaciones y organizaciones. Y para ello crea una estructura orgánica de carácter consultivo, el Consejo de la Memoria Democrática, en el que han de participar las entidades memorialistas. Queda adscrito al ministerio competente en esta materia, en la actualidad el Ministerio de la Presidencia, de Relaciones con las Cortes y de Memoria Democrática (art. 56 y ss.).

Finalmente, como toda ley reguladora de políticas públicas que el Estado y el resto de las administraciones han de llevar a cabo en cualquier ámbito o sector material, la Ley 20/2022, en tanto que expresión de la voluntad popular democráticamente expresada en las Cortes Generales, ha de cumplirse. Y para ello, si es el caso, esta disposición prevé un régimen sancionador (Título V) para garantizar la defensa del interés público en caso de incumplimiento por acción o por omisión de las obligaciones establecidas, sin perjuicio de otras responsabilidades que puedan concurrir (art. 59.1).

II. LA LEY DE AMNISTÍA DE 1977 Y LA INTERPRETACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Seguramente, si en un precepto de cualquier otra ley se invocase la previsión constitucional acerca de la apertura de la *norma normarum* al Derecho Internacional y europeo de los derechos humanos del artículo 10.2 CE, para prescribir que «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», se diría que ello resultaría completamente innecesario, que es una tautología jurídica. Y, sin duda, lo sigue siendo en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, se trate de la ley de la que se trate. Es una obviedad para todas las leyes, incluidas las leyes preconstitucionales.

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, no obstante, pueden ayudar a entender —claro está— desde la perspectiva metajurídica, las razones de esta obviedad recogida en una norma legislativa. A la que, sin duda, habría que añadir las diversas percepciones de la sociedad española y sus representantes en las instituciones democráticas acerca de su inmediato pasado y, específicamente, sobre la dictadura franquista. Sin embargo, de nuevo, es preciso señalar que no es el objeto de este artículo adentrarse en este terreno. Pero sí lo es examinar la relevancia jurídica que presenta el

artículo 2 del texto legal relativo a los fundamentos de los principios generales en los que se inspira.

Después de establecer que esta ley se fundamenta en «los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, así como en los valores democráticos de concordia, convivencia, pluralismo político, defensa de los derechos humanos...» (ap. 1), en los apartados 2 y 3 se establece lo siguiente:

2. De acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución Española, los poderes públicos interpretarán la presente ley de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos en la materia ratificados por España, sin perjuicio de su aplicación directa cuando correspondiera.

3. 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.

Pues bien, atendido el extenso contenido de esta disposición legal, una parte de la misma versa sobre la garantía de los derechos y de la posición que habrán de adoptar los diversos poderes públicos encargados de su aplicación e interpretación, con especial referencia al Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Una interpretación que en ningún caso ningún operador jurídico, en especial aquellos que tienen encomendada la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, podrán hacer abstracción de la cláusula de apertura del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que prescribe el citado artículo 10.2 CE.

De acuerdo con la descripción del objeto de la ley, además de la finalidad dirigida a «la recuperación, salvaguarda y difusión de la memoria democrática, entendida ésta como 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» (art. 1, ap. 1), su objeto se concreta 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 com-

prendido 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, así como promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal, familiar y colectiva (...)» (art. 1, ap. 2).

Por tanto, la ley se está refiriendo a la condición humana y a la libertad personal y política de la persona: haber sido objeto de persecución y actos de violencia por razones políticas, ideológicas, religiosas o de orientación sexual durante el periodo histórico que la ley delimita. Se trata de derechos reconocidos por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos firmados válidamente por España. Asimismo, la especificación de los derechos afectados que durante dicho periodo fueron objeto de persecución y violación se especifican en la definición de la condición de víctima que la ley establece en su artículo 3.

A los efectos de esta ley de la consideración de víctimas de la guerra y la dictadura se infiere la violación de derechos hoy reconocidos por la Constitución de 1978 y cuya garantía ha de ser conforme al Derecho Internacional y Convencional de los Derechos Humanos: en el caso de las personas fallecidas o desaparecidas (el derecho a la vida); las privadas de libertad o sometidas a detenciones arbitrarias (los derechos de libertad y seguridad); las sometidas a torturas y malos tratos, trabajos forzados (integridad física); los exiliados (libertad de circulación y residencia); incautación y expolio económico (derecho de propiedad); persecución por identidad u orientación sexual (igualdad y derecho a la no discriminación); depuración profesional (igualdad, derecho a la no discriminación y el derecho al trabajo); persecución lingüística (derechos al uso y conocimiento de la lengua propia), etc.

En consecuencia, y no obstante la reiteración en la que incurre la ley persistiendo en invocar el artículo 10.2 CE que, ciertamente, no hay que excluir que pueda haber sido de forma deliberada, conviene precisar el alcance que este decisivo aspecto adquiere en la aplicación de una ley memorial como la que es objeto de este comentario. Esto es, ¿cuál es el efecto de la Ley 20/2022 sobre la Ley de Amnistía de 1977? Dos leyes de dos legisladores democráticos separados en el tiempo por cuarenta cinco años.

De entrada, hay que reconocer que el legislador de la Ley de Memoria Democrática ha sido coherente en asumir expresamente su vinculación a la cláusula de apertura del artículo 10.2 CE. En este sentido, no hay que olvidar que además de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional, la interpretación conforme al Derecho Internacional y Convencional de los Derechos Humanos vincula también a la obra de las Cortes Generales cuando estas regulan derechos fundamentales y libertades. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, al interpretar que no es posible que un precepto legal pueda infringir autónomamente la cláusula del artículo 10.2 CE, sino que a modo de una suerte de puente jurídico (Queralt Jiménez, 2018, p. 278) la apertura internacional comporta el establecimiento de un canon interpretativo dirigido a todos los poderes públicos que «(...) obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta [la Constitución] de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución» (STC 23672007, FJ 5).

Como ya ha sido puesto de relieve la interpretación de los derechos y libertades conforme al Derecho Internacional y Convencional no es meramente retórica, constituye «una obligación de resultado». Asimismo, no se trata de un mandato estático, para un momento concreto detenido en el tiempo, sino que la Constitución asume y hace suyos los contenidos de los tratados y convenios internacionales «(...) a modo de reenvío móvil, esto es, por referencia a las regulaciones presentes y futuras y, también, a las que resulten de la interpretación que tales tratados puedan llevar a cabo sus órganos (no políticos) de garantía» (Sáinz Arnáiz, 2018, pp. 231 y 242). Esto es, no solamente a la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades surgida en el periodo preconstitucional, en tanto en cuanto no se opusiese a la Constitución, como la aprobada en los años posteriores a su entrada en vigor, sino también la resultante de las sucesivas revisiones legislativas posteriores, fruto de la evolución social y política propia de una sociedad abierta a la que el Derecho siempre ha de dar respuesta. Como no podía ser de otra manera, resulta evidente que la cláusula es un precepto de aplicación continuada.

Asimismo, como ha sintetizado (2018, p. 242) al igual que la cláusula de apertura constituye una obligación de resultado, su aplicación tampoco queda a la libre disposición del operador jurídico, ya sea el legislador o, especialmente, los órganos jurisdiccionales. En este sentido, como recordaba el Tribunal Constitucional la cláusula del artículo «impone acudir a los tratados» (STC 341/1993, FJ 5) o también, «exige interpretar de conformidad (STC 95/2003, FJ 5), o esta misma resolución se refiere en el mismo sentido a la cláusula «como instrumento hermenéutico insoslayable» (FJ 3). Es cierto, no obstante, también que, en ocasiones, la jurisprudencia se ha mostrado menos contundente sobre exigencia, dando un mayor margen de maniobra a los operadores jurídicos. Así, sin abandonar el criterio de la interpretación conforme, refiriéndose a lo prescrito por la Constitución, por ejemplo, el Tribunal se refiere con argumentos menos compulsivos como el de entender que la cláusula de apertura que «autoriza y aún aconseja acudir» (STC 36/1984, FJ 3) a los textos internacionales en materia de derechos humanos o, en la misma línea, el consistente en subrayar «el valor interpretativo» de los mismos.

Otro aspecto del alcance de la remisión al Derecho Internacional y Convencional de los Derechos Humanos es que ha de permitir determinar el significado del mandato constitucional «(...) *se interpretarán de conformidad...*». Siguiendo las referencias jurisprudenciales al respecto, el Tribunal Constitucional se ha movido entre la regla interpretativa por la que este mandato comporta la ausencia de «contradicción» entre el tratamiento nacional atribuido a un derecho fundamental y la norma internacional (STC 113/1995, FJ 7) o, incluso otra más más intensa destinada a concebir el mandato a los tratados y convenios como «el contenido constitucionalmente declarado de los derechos» (STC 236/2007, FJ 5). En todo caso, la aplicación de ambas reglas interpretativas ha de cohonestarse con el hecho de que la disposición internacional a la que insta a remitirse la cláusula de apertura del artículo 10.2 CE disponga o no de un específico órgano jurisdiccional de garantía de los derechos reconocidos por el tratado o el convenio. Así, y tal como subraya Sáinz Arnáiz (2018, p. 244), en su Declaración 1/2006, FJ 6), el Tribunal Constitucional señaló que han de ser las instancias internacionales de protección las indicadas para la determinación del contenido y alcance de los derechos reconocidos. A

ellas «corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio» (STC 34/2008, FJ 6).

En consecuencia, es con estos mimbres en tanto que parámetro general de aplicación que será preciso abordar la interpretación que de la remisión que el artículo 2 de esta ley hace a la cláusula de apertura del artículo 10.2 CE y, en su caso, la referencia específica a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

En este sentido, la nueva Ley de Memoria Democrática «puede» suponer un cambio importante. El tratamiento interpretativo que haya de atribuirse a las políticas públicas de memoria por los órganos jurisdiccionales no, podrá obviar la posición adoptada por el legislador democrático de 2022 al respecto. Esto es, no pueden ser interpretadas solo a la luz de la jurisprudencia ordinaria y constitucional hasta ahora existente sobre los principios de legalidad penal. Antes, al contrario, la obra del legislador de 2022 demandará de los tribunales de justicia, especialmente del Tribunal Constitucional, en su condición de máximo intérprete de la Constitución, un esfuerzo hermenéutico para una adecuada aplicación en todos sus términos de la aplicación del parámetro interpretativo que le ofrecen tanto el Derecho positivo reflejado en los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados por España; así como, de forma más específica, la jurisprudencia creada por de los órganos específicos de garantía de carácter internacional, en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dicho de otro modo, ante la nueva Ley de Memoria Democrática, tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional no pueden seguir interpretando el ordenamiento jurídico-penal como si nada hubiera pasado en las Cortes Generales.

Ahora bien, para que ello sea plenamente así es preciso que España, como sujeto de Derecho internacional, adopte en el ámbito de sus compromisos internacionales de naturaleza normativa, alguna decisión adicional para que la cláusula de apertura del artículo 10.2 CE a los efectos prescritos por esta ley sea plena.

Ciertamente, en el marco de Derecho interno, el Código Penal de 1985, después de su reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y las sucesivas revisiones de 2007 y 2010, se adecuó al Derecho Penal Internacional mediante la incorporación del artículo 607 *bis* relativo a la tipificación de los «Delitos de lesa

humanidad»³, pero claro está, su persecución está sometida a la regla constitucional sobre irretroactividad de las normas sancionadoras salvo aquellas que resulten más favorables (art. 9.3 CE).

Atendida la citada referencia expresa a la Ley 46/1977, de amnistía, y más concretamente, en relación a los supuestos delictivos que quedaban comprendidos por la misma recogidos en el artículo 2, *e)* y *f)*, cometidos por autoridades, funcionarios y agentes de orden público⁴, cabe subrayar que ya desde 1987 las Cortes Generales concedieron la autorización prevista en el artículo 94.1 CE para prestar el consentimiento del Estado sobre el «Instrumento de ratificación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984». Ahora bien, esta Convención no establece una cláusula expresa de imprescriptibilidad sobre estos tipos delictivos.

Por el contrario, sí que lo hace y de forma solemne la «Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad», adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, y que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. En su preámbulo la Convención señala que

³ Artículo 607 bis.

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

⁴ e) 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.

f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.

«en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo» y –continúa, afirmando– «que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves».

Asimismo, añade:

«que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales».

Y concluye :

«advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes».

De acuerdo con esta exposición de motivos, el artículo 1 de su parte dispositiva prescribe lo siguiente:

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las «infracciones graves» enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos

no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

En coherencia con esta Convención, el legislador ha decidido incorporar directamente en la ley el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad y de genocidio y, añade también los de tortura que ya se ha señalado que la Convención de 1984 no llega a atribuirles ese carácter; aunque, no resulta difícil deducir que la tortura de seres humanos haya formado parte en algún momento del proceso que ha conducido a la comisión de delitos de los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio.

Ahora bien, la cuestión jurídica que se plantea sobre este aspecto concreto de la ley, es el referido a que en el ámbito del Derecho Internacional, y hasta la fecha, el Estado español todavía no ha suscrito la «Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968». Por el contrario, sí que lo ha hecho ahora el legislador que mediante esta ley ha asumido el carácter imprescriptible de esos delitos, a la espera de que España como Estado sujeto de Derecho Internacional preste su consentimiento para obligarse respecto de las previsiones de la Convención que atribuyen el carácter de imprescriptibles a unos delitos específicos. Que no son precisamente cualesquiera delitos, sino acciones punibles en sumo grado, de una gravedad extrema, por la agresión que suponen a la integridad y la dignidad de la condición humana y los derechos que le son inherentes (art. 10.1 CE).

Una vez que España suscriba y ratifique dicha Convención, quedará definitivamente completada la decisiva previsión jurídica del artículo 2 en sus apartados 2 y 3 de la Ley 20/2022. La finalidad del acto de Derecho Internacional que se deriva de la cláusula de apertura *ex* artículo 10.2 CE, es que esta relevante prescripción normativa del legislador democrático sobre el pasado histórico pueda desplegar plenos efectos jurídicos, superando la coyuntura de un cierto vacío o de indeterminación jurídica de su alcance que tras su promulgación circunstancialmente le afecta.

Porque, ciertamente, la atribución a los mismos del carácter de imprescriptibles supone una excepción al principio general del Derecho Penal que niega esa condición salvo en los casos que la

norma penal resulte más favorable para la persona afectada, como así lo prescribe la Constitución (art. 9.3 CE). Pero se trata de una excepción justificada en la salvaguarda de la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes (art. 10.1 CE), primero, por la gravedad de estos delitos que el devenir no solo de la historia mundial, como de las historias locales de infausta memoria en los más diversos países como en España permiten acreditar; y, segundo, por la impunidad de la que tradicionalmente se han beneficiado sus autores, salvo en los casos, por otra parte, nada inhabituales, en los que el contexto político les ha resultado ocasionalmente desfavorable.

III. APOLOGÍA DEL FRANQUISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La pregunta ha sido y sigue siendo recurrente en diversos ámbitos académicos de Europa: ¿cómo es posible que exista todavía en España una fundación con el nombre de Francisco Franco? Una entidad que además de ensalzar a personaje tan detestable se caracteriza por enaltecer a su régimen y a sus dirigentes. No sería verosímil que apareciese una entidad similar en Alemania con el nombre de Hitler. Pero más allá de la dimensión política del hecho, en lo que atañe al objeto de este artículo, la cuestión también plantea relevantes aspectos de orden jurídico.

Este tema fue objeto de debate con ocasión del *íter* legislativo que precedió a la aprobación de la Ley 20/2022, en especial ante una primera redacción de la disposición adicional quinta del anteproyecto de ley en la que se establecía una nueva causa de extinción de fundaciones que se configuraba en los siguientes términos:

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 31.f) de la Ley 52/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, concurrirá causa de extinción cuando las fundaciones no persigan fines de interés general o realicen actividades contrarias al mismo. A estos efectos, se considera contrario al interés general la apología del franquismo o la incitación directa al odio o violencia contra las víctimas del Golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, por su condición de tales.

Corresponderá al Protectorado instar judicialmente la extinción de la fundación por concurrencia de esta causa, pudiendo en tal caso el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, con arreglo a los artículos 721 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero,

de Enjuiciamiento Civil, acordar la suspensión provisional de las actividades de la fundación hasta que se dicte sentencia, así como adoptar las medidas cautelares que se consideren necesarias para la eficacia de la suspensión de actividades.

La cuestión de relevancia jurídica que se planteaba en esta primera redacción del texto del anteproyecto versaba acerca de su posible incidencia en el contenido del derecho de asociación (art. 22 CE) en su manifestación específica del derecho de fundación (art. 34 CE) y, asimismo, sobre el alcance y los límites de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], a la luz, en el caso de esta última, tanto de la jurisprudencia constitucional como la convencional generada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Más concretamente, las posibles dudas de validez constitucional se presentaban en relación a la tipificación de una actividad de una fundación reputada como contraria al interés general cuando consistiese en: «(...) *la apología del franquismo o la incitación directa al odio o violencia contra las víctimas del Golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, por su condición de tales*».

El texto de anteproyecto fue objeto de un informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que fue aprobado por Acuerdo de 7 de junio de 2021. En síntesis, la interpretación del CGPJ sobre la disposición adicional quinta, en lo que concierne más específicamente al objeto de este artículo, fue objeto de las consideraciones que siguen:

- Dado que el texto del proyecto establece una nueva causa general de extinción de las fundaciones, distinta de las previstas en el artículo 3.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones, afecta al contenido esencial del derecho de fundación, como se desprende del artículo 34.1 CE y la jurisprudencia constitucional [Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 18/1984 y 341/2005].
- El artículo 34.2 CE dispone que «regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22». En consecuencia, el legislador puede declarar ilícitas las fundaciones que persiguen fines o empleen medios tipificados como delito (art. 22.2 CE) y la decisión acerca de su disolución o suspensión

de actividades corresponde a la autoridad judicial en resolución motivada (art. 22.4 CE).

- De la combinación de ambos preceptos constitucionales cabe deducir que la prohibición penal no es la única sanción que puede prever el ordenamiento para las fundaciones ilícitas. Por tanto, la ley no penal puede crear otras causas de disolución de las fundaciones, pero su apreciación y declaración deberá estar reservada a la autoridad judicial por prescripción constitucional.
- La causa de sanción civil prevista por el texto de la disposición adicional quinta que determina la disolución de la fundación, desde un punto de vista formal, adolece de falta de taxatividad, al dejar al aplicador de la norma (tanto el protectorado de la fundación a la hora de instar a la disolución, como al juez para acordarla) un amplísimo margen de apreciación, defecto que pugna con el principio general del ordenamiento de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Por tal razón, la falta de precisión y taxatividad supone una limitación desproporcionada de la actividad de las fundaciones.
- En el supuesto de hecho extintivo de la personalidad jurídica de una fundación debe distinguirse, de un lado, la 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, que suponen expresiones, que el legislador puede limitar por afectar a la dignidad e igualdad de las víctimas. De otro, en cambio, la apología, 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 por la Constitución. Pero, como interpreta 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). Haber incluido tanto en la disposición adicional quinta como también en la sexta, la «apología del franquismo» invade claramente la libertad ideológica. Una libertad 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 –como se establece en el artículo

515.4° CP, (de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución) «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».

Pues bien, la opción del Proyecto que se sometía a debate y aprobación de las Cortes Generales con el primer redactado de la disposición adicional quinta, trae causa de unos de los temas recurrentes en el debate actual sobre la libre opinión y la libertad para expresarla en el estado democrático. Y, más concretamente, cuando la opinión puede tener relación o ser una manifiesta expresión del discurso político del odio (*political speech*).

Es evidente que el tratamiento jurídico que el legislador y los tribunales puedan dar a esta modalidad de la libertad de expresión no es un tema que concierna solamente al sujeto jurídico titular del derecho, sea persona física o entidad jurídica, que invoque su legítimo ejercicio y su garantía por el Estado. Sino que, sobre todo, concierne al propio Estado democrático de Derecho y a su concepción de la democracia –procedimental o de contenido–, o más concretamente, si esta debe militar o ser neutral frente a los enemigos (Valero Heredia, 2017, p. 319). Y aquí es donde aparece con toda crudeza la posición que el Estado debe adoptar frente a entidades como la Fundación citada, caracterizada por unas actividades que se sitúan en las antípodas del régimen democrático. El informe del CGPJ aborda la cuestión de las expresiones de odio desde una lógica interpretativa tributaria de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Es bien sabido que la concepción de la libertad de expresión se mueve entre dos modelos acerca de su alcance y límites. Por un lado, el planteamiento liberal que excluye la intervención del Estado salvo que exista un peligro real e inminente de lesión de derechos, asentado en el caso *Brandenburg vs. Ohio*, de 1969⁵, una doctrina habitual en los Estados Unidos, pero aplicada con matices especialmente tras la legislación antiterrorista aprobada con motivo de los atentados del

⁵ 395 U.S. 444 (1969)

11-S de 2001⁶. Siguiendo a Valero Heredia (2017, pp. 308 y 319) esta concepción liberal se resume en la frase: «[...] suprimir la libertad de expresión, incluida la expresión subversiva, implica una supresión parcial de la democracia» (Rawls, 1996, p. 103). Un planteamiento que contrasta con el europeo, que se recoge en la jurisprudencia asentada por el TEDH basado en un criterio de democracia militante que debe operar contra quienes la quieran destruir. Un ejemplo que ilustra este planteamiento es el que ofrece el caso *Féret vs. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, en el que aborda la condena penal de un miembro de la extrema derecha belga por causa de la difusión durante una campaña electoral de mensajes de carácter xenófobo contra los inmigrantes. El Tribunal entiende que el discurso racista es un discurso de odio que no puede quedar cubierto bajo el manto de la libertad de expresión. La *ratio decidendi* fija la atención tanto en contenido del discurso como también el contexto electoral en el que se produjeron las expresiones. Desde esta perspectiva, interpreta que:

[...] la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia o no a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de población.

En este caso, el TEDH no entiende necesario acudir a la aplicación de la regla interpretativa que exigiría la concurrencia del factor de la incitación al odio y a la violencia para limitar la libertad de expresión. El criterio en el que se sostiene la argumentación de la sentencia se funda en que el discurso del odio incide sobre unos de los supuestos específicos acotados por el ordenamiento, en este caso dirigido a la discriminación de personas que integran un grupo social, los inmigrantes. La condición social del sujeto que es objeto

⁶ La Antiterrorism and Effective Death Penalty Act de 1996.

de discriminación es ya un factor suficiente para limitar la libertad de expresión.

Un supuesto distinto adoptado por el Tribunal de Estrasburgo, que permite alumbrar el sentido de la regla que finalmente ha adoptado el legislador de la Ley 20/2022, para legitimar la disolución por el poder público de una entidad que haga apología del franquismo, es el criterio interpretativo contenido –por ejemplo– en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) del caso *Gündüz vs. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003⁷. En el mismo, como subraya Valero Heredia (2017, p. 322), el Tribunal interpreta que el mero hecho de apoyar en un programa televisivo a un régimen político basado en la ley de la Sharia, sin apelar a la violencia, no puede ser considerado como equivalente al discurso del odio, aun dando por supuesta la enorme dificultad, en realidad –cabría añadir– la absoluta incompatibilidad de la ley islámica con un sistema democrático. En consecuencia, por deleznable que aparezca a los ojos de la razón la Sharia, su defensa en el ámbito público sin apelación a la violencia ha de ser garantizada como una manifestación más del ejercicio de la libertad de opinión y de la libertad de expresión. No hay razón para que la sociedad abierta desconozca la existencia, incluso, del pensamiento deleznable en su seno, así como a aquellos que lo protagonizan. El límite para que ello pueda ser así, es el impedimento de la incitación directa o indirecta a la violencia.

En relación con la cuestión de la violencia y en una línea similar a la que el Tribunal expone en el caso citado, cabe retener la atención en una resolución más reciente que afectó a España en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, de 13 de marzo de 2018 con relación a unos actos de protesta realizados en el contexto de proceso secesionista en Cataluña, que consistieron en la quema de la foto de los reyes. Acerca de la valoración de estos hechos concretos –la quema de las fotos– el Tribunal descartó que a pesar de la espectacularidad que puedan suponer, presentan:

(...) una relación clara y evidente con la crítica política concreta expresada por los demandantes, que se dirigía al Estado español y a

⁷ También, la STEDH de 13 de septiembre de 2005, caso *I.A. vs. Turquía*.

su forma monárquica: la efigie del Rey de España es el símbolo del Rey como jefe del aparato estatal (...)

(...) La puesta en escena orquestada por los ahora demandantes, aunque haya llevado a quemar una imagen, es 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

Y, acerca de la cuestión de la violencia, el Tribunal precisa que el acto de la quema de un símbolo del Estado no vino:

acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público. Los incidentes que se habrían producido algunos días más tarde en el marco de unos actos de protesta contra la inculpación de los demandantes, a los que se refiere el Gobierno, en nada cambian esta conclusión.

Pues bien, toda esta serie de referencias de jurisprudencia convencional europea permiten aseverar el acierto del legislador autor de la Ley 20/2022 de incorporar –en este caso– un nuevo redactado de la disposición adicional quinta a las consideraciones hechas por el CGPJ en el citado informe, en el sentido de perseguir jurídicamente la apología del franquismo si esta va acompañada del menosprecio y humillación de las víctimas o de la incitación directa o indirecta al odio y a la violencia. En consecuencia, el nuevo redactado de este importante precepto legal sobre la extinción de fundaciones ha quedado formulado en los siguientes términos:

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 31.f) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, concurrirá causa de extinción cuando las fundaciones no persigan fines de interés general o realicen actividades contrarias al mismo. A estos efectos, se considera 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.

De esta forma, la Ley 20/2022, se adecua a la jurisprudencia del TEDH. Asimismo, y teniendo en cuenta que en la medida que el derecho fundación es una manifestación específica del derecho

fundamental del derecho asociación (art. 22 CE) y que la regulación de las causas de disolución de una entidad asociativa forma parte del contenido esencial del derecho, es evidente que ello forma parte de la reserva de ley orgánica. Razón por la cual era preceptivo que la nueva causa de disolución de una fundación sea incorporada en una futura modificación del derecho de asociación⁸.

La Ley 20/2022, es una expresión del Estado democrático que permite dar cobertura a expresiones políticas detestables como lo son las que sostienen un régimen político de infausta memoria como fue la dictadura franquista. El límite a la manifestación de las opiniones que lo puedan reivindicar, como establece la ley es el: «(...) *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*».

Como se decía con anterioridad respecto del criterio de Estrasburgo en relación a la ley Sharia, también en relación al franquismo la sociedad no debe prescindir de conocer las ideas ni los protagonistas que las sostienen. Si al inicio de este apartado se afirmaba que resultaba impensable la existencia en Alemania de una Fundación con el nombre de Hitler, ello no ha impedido que la extrema derecha de *Alternative für Deutschland* (Alternativa por Alemania) reivindique allí su régimen y su figura. Ello en sí, como también lo es con Franco en España, donde su propio nombre como identificación de una entidad puede considerarse implícitamente un acto de violencia. Cierto. Sin embargo, antes que someterlo a sanción penal, en la lógica de la jurisprudencia convencional descrita, es mejor que sus defensores se expresen condicionados por los límites que fija la ley y que la sociedad los conozca. Recogiendo la célebre frase del juez

⁸ Así, la disposición adicional séptima establece que:

En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se promoverá la modificación de la Ley Orgánica 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.

Frankfurter «el mejor derecho se hace a veces con las personas más indeseables»⁹.

IV. LAS CUESTIONES COMPETENCIALES EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE MEMORIA: LA IMPERIOSA NECESIDAD DE APLICAR LAS TÉCNICAS DE COLABORACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Constitución no hace referencia expresa a la memoria ni a las políticas públicas de memoria como atribución asignada a los poderes públicos. No obstante, se trata de una laguna de escasa trascendencia jurídica. El silencio constitucional no es impeditivo para que el legislador aborde el tratamiento normativo que, en el marco de sus respectivas competencias, el Estado y las comunidades autónomas (CC.AA.), sea necesario para ordenar el régimen jurídico de las políticas de memoria sobre el pasado.

En términos –ciertamente generales– la cobertura constitucional para ello puede encontrarse, por contraste, con el inmediato pasado dictatorial con el que la Constitución de 1978 rompió en su propio Preámbulo, cuando las Cortes Generales aprobaron el objetivo de «[...]consolidar” un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular» o de «[P]roteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones». Y de forma un poco más concreta, en el capítulo III del Título I relativo a los principios rectores de la política social y económica, en su artículo 46 estableció que:

«Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad (...)».

Además, por supuesto, del apartado primero de la decisiva y explícita cláusula derogatoria de la CE cuando prescribe que:

⁹ Tomo esta cita de: M. Presno Linera (2021, p.349).

Queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley, la de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958; el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; el del Trabajo, de 9 de marzo de 1938; la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942; la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947, todas ellas modificadas por la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y en los mismos términos esta última y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945.

Parece evidente que la memoria de este conjunto normativo que enlaza el marco institucional de la dictadura con la llamada *ley puente* de transición a la democracia, constituye una cláusula abierta para dar cobertura a una ley memorial que pueda resarcir a las víctimas de la aplicación de ese conjunto normativo y del arsenal de Derecho represivo que se derivó de las llamadas leyes fundamentales.

No obstante, la ausencia de una referencia formal en la Constitución, el tiempo transcurrido desde su aprobación hizo que nuevas disposiciones de relevancia infra-constitucional como los nuevos estatutos de autonomía sí que decidiesen cubrir el relativo vacío normativo al respecto. El primer estatuto de aprobado de los llamados de nueva generación que se mostró más activo en establecer una previsión sobre las políticas de memoria, fue el resultante de la reforma estatutaria catalana, aprobado mediante la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En su artículo 54 sobre los principios rectores, intitulado de «Memoria histórica» se establece que:

1. La Generalitat y los demás poderes públicos deben velar por el conocimiento y el mantenimiento de la memoria histórica de Cataluña como patrimonio colectivo que atestigua la resistencia y la lucha por los derechos y las libertades democráticas. A tal fin, deben adoptar las iniciativas institucionales necesarias para el reconocimiento y la rehabilitación de todos los ciudadanos que han sufrido persecución como consecuencia de la defensa de la democracia y el autogobierno de Cataluña. 2. La Generalitat debe velar para que la memoria histórica se convierta en símbolo permanente de tolerancia, de dignidad de los valores democráticos, de rechazo de los totalitarismos y de reconocimiento de todas aquellas personas que han sufrido

persecución debido a sus opciones personales, ideológicas o de conciencia.

Un año después, a casi tres décadas de la aprobación de la Constitución, las Cortes Generales aprobaron la citada 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, más conocida como la ley de memoria histórica. Ese mismo año, dos meses antes Cataluña había aprobado su Ley 13/2007, de 31 de octubre, del Memorial Democrático. En la actualidad, una buena parte de las CC. AA. disponen de leyes¹⁰ y, en dos casos, mediante disposiciones reglamentarias¹¹, relativas a la regulación de las políticas públicas de memoria, que han sido aprobadas a partir de 2013 (Navarra); País Vasco (2014); Andalucía y Comunidad Valenciana (2017); Aragón y Baleares (2018); Asturias y Extremadura (2019); Cantabria y Castilla y León (2021) y La Rioja (2022).

Como se ha señalado con anterioridad, con el cambio de mayoría política tras las elecciones generales de 2011, el desarrollo normativo y la aplicación de las previsiones contempladas en la citada Ley 52/2007 quedaron hibernados. Habría que esperar a un nuevo cambio de mayoría tras las elecciones de 2019 para que su aplicación se reactivase y se diese sentido a su contenido. Tal como se ha señalado en el primer apartado, la nueva Ley de Memoria Democrática se presenta como una evolución notoriamente más ambiciosa que la de 2007. Ni qué decir tiene que su controvertido *íter* legislativo hasta concluir con su aprobación sin enmiendas en el Senado y el prolongado periodo que ha transcurrido hasta su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) ha hecho que en el *interregno* algunas CC. AA. haya decidido aprobar sus propias leyes sobre la materia. A su vez, durante ese periodo el Gobierno central ha aprobado algunas disposiciones en la línea de lo que la nueva Ley de 2022 ha venido a regular: por un lado, el Gobierno del presidente Pedro Sánchez

¹⁰ La excepción la integran: Galicia, Madrid y Murcia (Fuente: Ministerio de la Presidencia y de Memoria Democrática: <https://www.mpr.gob.es/memoriademocratica/normativa-y-otros->, (última consulta realizada el 12/X/2022).

¹¹ Castilla León y Castilla-La Mancha.

surgido del triunfo de la moción de censura contra el Gobierno del presidente Mariano Rajoy y votada el 1 de junio de 2018, aprobó la Resolución de 29 de abril de 2019, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de abril de 2019, sobre la instauración del día de homenaje a los españoles deportados y fallecidos en Mauthausen y en otros campos y a todas las víctimas del nazismo de España. Posteriormente, el Gobierno de coalición constituido tras las elecciones generales de 28 de abril de 2019, aprobó el Real Decreto 373/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, en la que se prescriben las funciones a realizar por la Secretaría de Estado de Memoria Democrática (art. 5) y por la Dirección General de Memoria Democrática.

Pues bien, las funciones atribuidas a estos órganos de la Administración activa del Estado han prefigurado la amplia regulación de políticas integrales de memoria democrática reguladas en el Título II de la nueva Ley de 2022. Para ello, ha creado una estructura orgánica que se traduce en el Consejo Territorial de Memoria Democrática, como órgano de cooperación en el marco de lo establecido por los artículos 145 a 152 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, adscrito al Ministerio competente en materia de memoria democrática. Su función es llevar a cabo dichas políticas en régimen de colaboración con las CC. AA., las ciudades autónomas y el resto de las administraciones públicas (art. 13).

Este Consejo Territorial está presidido por el titular del Ministerio con competencias en materia de memoria democrática, e integrado también por los consejeros competentes en materia de memoria democrática de cada una de las CC. AA. y las Ciudades de Ceuta y Melilla, y contará además con la participación de representantes designados por la Federación Española de Municipios y Provincias (art. 13.2). Entre las funciones atribuidas al Consejo, destacan las consistentes en: debatir y, en su caso, acordar el marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la ley; acordar planes, proyectos y programas conjuntos; facilitar la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes; informar acerca de la normativa estatal de desarrollo de esta ley, así como servir de

cauce de cooperación, comunicación e información entre las diversas administraciones públicas (art. 13.4).

Lógicamente, la ley establece que las actuaciones que lleven a cabo las administraciones públicas en materia de memoria democrática, en sus respectivos ámbitos competenciales, deberán regirse por el principio de colaboración y subsidiariedad (art. 14.1).

En ese marco de colaboración entre la Administración general del Estado y las CC. AA., en un tema tan sensible para el pasado más reciente en la historia de España como sigue siendo la existencia de desaparecidos en fosas comunes, la ley prescribe que deberán establecerse las medidas necesarias para asegurar el intercambio de información y la actuación conjunta en la gestión relativa a la elaboración y actualización de los mapas de fosas y el registro de víctimas (art. 14.2).

La configuración jurídica del Consejo Territorial de Memoria Democrática, confirma una conclusión que no por elemental ha de dejar de ser sinónimo de eficacia en la aplicación de políticas públicas: que, en un Estado compuesto, políticamente descentralizado, como es España y sin perjuicio de las respectivas competencias entre el Estado y las CC. AA., el régimen colaboración interadministrativa entre los diversos entes políticos ha de ser la regla general de funcionamiento. Sea cual fuere el ámbito material de las competencias. En este sentido, las políticas públicas de memoria han de ser un ejemplo, más allá de que, como seguidamente se verá, el Estado disponga de una notoria capacidad de intervención normativa en aspectos específicos de su regulación jurídica.

Así lo recuerda la jurisprudencia constitucional desde sus inicios, aunque la Constitución no haga una mención expresa al principio de colaboración. Como se ha recordado esta circunstancia «no es óbice para su efectiva existencia y operatividad» (Fernández Farreres, 2005, p. 353). En efecto, desde los inicios de su actividad jurisdiccional, el Tribunal Constitucional ya había destacado que la colaboración entre los diversos entes administrativos constituye un deber «que no es menester justificar en preceptos concretos», pues «se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organiza-

ción territorial del Estado que se implanta en la Constitución» (STC 18/1982, FJ 14)¹².

La colaboración interadministrativa es condición necesaria para llevar a buen puerto una correcta aplicación de las políticas públicas de memoria que establece la nueva Ley 20/2022. La garantía de las políticas memorialistas es una cuestión de Estado que, obviamente, no solo comprometen a la Administración general del Estado en virtud del importante conjunto de competencias que el Título VIII de la Constitución le atribuye, sino también –sobre todo en la fase de ejecución– a las CC. AA. y a los entes locales que, en virtud del principio de lealtad constitucional derivado del deber de colaboración entre todas las administraciones públicas, en ningún caso podrán actuar como freno o contrapoder frente a la legítima decisión del Parlamento.

Sin duda es una cuestión de Estado la forma en la que se afronte el tratamiento jurídico del pasado a través de una ley aprobada por las Cortes Generales, el órgano depositario de la soberanía popular, que obliga a todos, administraciones públicas, cargos representativos y ciudadanos en general. En su adecuada ejecución por las diversas Administraciones públicas competentes está en juego la calidad democrática del Estado y por ende su dignidad política ante la comunidad internacional. Por esta razón, con independencia de la titularidad de las competencias, la colaboración es ineludible. Así lo recordaba la primera jurisprudencia constitucional:

(...) una adecuada colaboración entre la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas que ayude a buscar soluciones equitativas (...) es necesaria para el buen funcionamiento de un Estado de las Autonomías, incluso al margen de la distribución constitucional y estatutaria de las competencias respectivas (STC 64/1982, FJ 8).

Dado el contenido de la Ley 20/2022 y la incidencia que presenta sobre los derechos y libertades de la ciudadanía la regulación de las políticas públicas de memoria democrática, resulta evidente

¹² En el mismo sentido, Fernández Farreres (2005, p. 353) señala las SSTC 152/1988 (FJ 6), 96/1996 (FJ 8); 118/1996 (FJ 66), etc.

el protagonismo de las competencias del Estado. De acuerdo con lo previsto en la disposición final cuarta, relativa a la determinación del título competencial que habilita al Estado para aprobar esta ley, se trata de competencias en algunos casos exclusivas, en otros compartidas y, en todo caso, competencias de ejecución.

Una primera cuestión competencial de orden general es la que invoca en favor del Estado la competencia exclusiva para la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», *ex* artículo 149.1.1 CE. En la medida que se trata de una ley cuyos efectos afectan al ejercicio de derechos es lógico que sea así, ahora bien, a fin de garantizar la integridad de las competencias autonómicas y evitar su desapoderamiento es preciso alertar sobre el uso expansivo del que a menudo ha sido objeto este título competencial. En este sentido, desde la importante STC 61/1997, de 20 de marzo, relativa a la materia competencial del urbanismo, el Tribunal Constitucional asentó la interpretación sobre el alcance de dicho título competencial para afirmar que, en efecto, el artículo 149.1. 1ª CE constituye un título autónomo que permite al Estado la regulación de los derechos y libertades, pero lo es de carácter limitado. De tal manera que no autoriza al Estado a llevar a cabo «el diseño completo y acabado del régimen jurídico» (FJ7), sino a garantizar unas condiciones básicas comunes para su ejercicio.

Dichas condiciones, interpreta el Tribunal, no se identifican con las bases o normas básicas a las que se refiere el artículo 149.1 CE, «señalando al respecto que las condiciones básicas no se sitúan en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo y que por tanto no son susceptibles en rigor de desarrollo por las CC. AA.» (Pemán Gavín, 2018, p. 1215). Esta regla hermenéutica que, ciertamente, no ha dejado de ser objeto de una cierta elasticidad interpretativa, es importante que sea aplicada con la debida autocontención en la aplicación de la Ley 20/2022, para no desnaturalizar las competencias autonómicas, por ejemplo, en relación a la autorización de las actividades de la localización e identificación de personas desaparecidas (art. 18), esto es, la localización de las fosas comunes y su incidencia en las competencias de urbanismo; o, con respecto al fomento de las políticas de memoria democrática, las medidas

en materia educativa y de formación del profesorado (art. 44), con relación a las competencias en materia de educación, etc.

En segundo lugar, destacan las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación procesal *ex* artículo 149.1. 6^a CE, referidas al muy significativo contenido del artículo 7 de la ley, relativo a la declaración de ilegalidad e ilegitimidad de órganos y nulidad de sus resoluciones de todo el aparato jurídico-represivo que la dictadura franquista creó para persecución de la oposición política. No ofrece dudas que tal previsión legal y los efectos de reconocimiento y reparación personal corresponde en exclusiva al Estado. Y que ello aparezca en una ley de las Cortes Generales adquiere un indudable valor político, aunque sea a cuarenta y cuatro años después de la promulgación de la Constitución de 1978. Por otra parte, y subrayando su importancia desde el mismo plano, la declaración de ilegalidad e ilegitimidad de los tribunales y jurados o cualesquiera órganos penales o administrativos, con mención especial a los tribunales de responsabilidades políticas, al Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, al Tribunal de Orden Público y, por supuesto, a los consejos de guerra, ha de entenderse sin dificultad que todos ellos quedaron derogados por la disposición derogatoria 3^a de la Constitución. Y, por tanto, la nulidad de sus resoluciones era una lógica consecuencia, si bien la ley se cuida de precisar que ello no puede generar efectos para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado.

Tampoco ofrece controversia la competencia del Estado en materia de administración de justicia *ex* artículo 149.1. 5^a CE, en lo que concierne la creación de la figura del fiscal de sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática (art. 28) ; y de nuevo, en materia procesal, respecto a la previsión de la ley sobre el derecho de investigación de violaciones de derechos humanos ocurridas durante la Guerra Civil y la Dictadura (art. 29).

No es discutible tampoco la competencia estatal sobre legislación civil *ex* artículo 148.1. 8^a CE para dar cobertura a la decisión adoptada por la Ley de conceder la nacionalidad española por carta de naturaleza a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales y, sin que, además, ello les obligue a renunciar a su anterior nacionalidad. Un beneficio que también se extiende a «sus descendientes

que acrediten una labor continuada de difusión de la memoria de sus ascendientes y de la defensa de democracia en España» (art. 33); así como también, a aquellos españoles que la perdieron o tuvieron que renunciar a ella por razones políticas (disposición adicional 8ª).

Uno de los temas más lacerantes de la historia contemporánea de España y que afectan directamente a la dignidad y calidad democrática del estado es la persistencia todavía en la actualidad del siglo XXI de fosas comunes con personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la Dictadura. Desde la perspectiva competencial, la Ley 20/2022 aborda la cuestión de la localización e identificación de personas desaparecidas en su artículo 18, referido a la autorización de las actividades de localización, exhumación e identificación y el artículo 20, sobre el acceso a los terrenos afectados por trabajos de localización e identificación. Como se ha señalado con anterioridad, con relación a lo primero destaca la iniciativa que se atribuye a todas las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, para incoar de oficio dichas actividades, mientras que en el segundo –por lo que ahora interesa– establece que la realización de las actividades de localización y eventual localización o traslado de los restos de las personas desaparecidas «se constituye en un fin de utilidad pública e interés social» a los efectos de la aplicación de la ley estatal de Expropiación Forzosa (arts. 108 a 119) y autorizar la ocupación temporal de los terrenos donde deban realizarse.

Con relación a las competencias en materia de expropiación forzosa, la jurisprudencia constitucional ha sostenido una interpretación reconocedora de las competencias autonómicas en este ámbito, que deberá ser un referente para la aplicación de la ley en una cuestión tan sensible como la de las personas desaparecidas. Así, desde el respeto a la competencia del Estado en cuanto a su regulación por este constituye una garantía básica de la propiedad y del procedimiento administrativo, también admite que la expropiación forzosa tiene un carácter instrumental de las competencias materiales o sustantivas tanto del Estado como de las CC. AA. (Baño León, 2018, pp. 1381-1382). Así, de acuerdo con la doctrina general establecida en la STC 37/1987 (y sostenidas por las más recientes SSTC 16/2018 y 32/2018):

(...) cuando en virtud del sistema de distribución de competencias que resulta de la Constitución y de los estatutos de Autonomía, la

legislación sectorial corresponda a las Comunidades Autónomas, son éstas, y no el Estado, las que ostentan la potestad de definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de *causa expropriandi* necesaria en cada caso, sin perjuicio de la obligación de atenerse a la legislación general del Estado que garantiza por igual los derechos patrimoniales de todos los sujetos privados (FJ 6).

Habida cuenta de su carácter especialmente sensible, la cuestión competencial sí puede ser susceptible de presentar algunos puntos de una eventual controversia en materia de educación (art. 27 y 149.1. 30ª CE). Una controversia que, dicho sea de paso, en un tema como la preservación de la memoria democrática no debería darse si el principio de colaboración se respeta. Una de las aportaciones más relevantes que ofrece la ley concierne a su conocimiento y divulgación y, más concretamente, en la previsión del artículo 44 de la Ley relativa a la adopción de medidas en materia educativa y de formación del profesorado, para la que invoca el título competencial del artículo 149.1. 30ª CE referido a la competencia exclusiva del Estado para establecer la normativa básica para el desarrollo del artículo 27 CE.

Con una plausible finalidad, la ley establece que «El sistema educativo español incluirá entre sus fines el conocimiento de la historia y de la memoria democrática española y la lucha por los valores y libertades democráticas, desarrollando en los libros de texto y materiales curriculares la represión que se produjo durante la Guerra y la Dictadura»; y, añade, que a «tal efecto, se procederá a la actualización de los contenidos curriculares para Educación Secundaria Obligatoria, Formación Profesional y Bachillerato». Asimismo, prevé que con esa perspectiva las Administraciones públicas con competencia sobre la materia habrán de adoptar medidas dirigidas a la formación del profesorado al respecto. Aparecen aquí dos submaterias como la ordenación curricular y la formación del profesorado, integradas ambas en la materia de educación, respecto de las cuales las CC. AA. disponen de competencias. Así, a modo ejemplo, el Estatuto de Andalucía de 2007 en su artículo 52.1 le atribuye competencia exclusiva para la formación del profesorado en la enseñanza no universitaria; lo propio hace el artículo 131.2, *f*) del Estatuto de Cataluña de 2006. Y, éste último, prescribe la competencia compartida sobre la ordenación

curricular en el marco de las competencias del Estado *ex* artículo 149.1. 30ª CE.

Parece evidente, pues, que en ambos casos dichas especificaciones de la competencia sobre educación, no podrán ser objeto de un tratamiento unilateral del Estado ni de las CC. AA., sino que su más adecuada puesta en práctica debe responder tanto a la lógica de la colaboración como también atender a las diversas realidades que pueden ofrecer la memoria democrática española en cada comunidad autónoma.

Otra variante competencial que ofrece la Ley 20/2022 es la concerniente a la competencia exclusiva del Estado para el fomento y la coordinación de la investigación científica y técnica *ex* artículo 149.1. 15ª CE, así como también la competencia autonómica para el fomento de la cultura y la investigación (art. 148.1.17ª CE), que se proyectan sobre las previsiones de la ley relativas a la regulación del derecho de las víctimas a la verdad se establece que «la Administración General del Estado impulsará la investigación de todos los aspectos relativos a la Guerra y la Dictadura, así como de los procesos memoriales que han tenido lugar en el país» (art. 15.2); a su vez, en relación a las medidas en materia de investigación, también se encomienda a la Administración general del Estado el fomento «en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en materia de memoria democrática, resaltando el componente europeo y global de la memoria democrática en España», instando a que ello se haga «en colaboración con las universidades, los organismos públicos de investigación y las corporaciones de derecho público con competencias en la materia, incluidas las Reales Academias de ámbito nacional ...» (art. 45); y, finalmente, en este mismo capítulo de la investigación histórica, el Estado también deberá impulsar las actividades de investigación y difusión sobre el exilio y la memoria de las mujeres, su actividad en la resistencia y la deportación que padecieron en campos de concentración nazis. (art. 46).

Pues bien, esta concurrencia competencial para el fomento de la investigación ha de comprender todo tipo de la actividad que los poderes públicos puedan desarrollar en materia de investigación. Ciertamente, la competencia específica para ejercer la función de coordinación ubica al Estado en una cierta posición de superioridad

respecto de la posición de las CC. AA., pero en ningún caso ello puede suponer una absorción de las competencias delimitadas en el bloque de la constitucionalidad. Así, lo recuerda la jurisprudencia constitucional a la hora de diferenciar las técnicas de cooperación y de coordinación (STC 216/1989, FJ 20.f) : «[...] si bien tanto unas como otras técnicas se orientan a flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque sin alterar, en ningún caso la titularidad y el ejercicio de competencias (...)» las diferencias entre ambas modifican la posición de cada ente administrativo, en los siguientes términos: «La voluntariedad en el caso de la cooperación frente a la imposición en la coordinación –que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto del coordinado (...)». Ahora bien, como advierte la propia jurisprudencia constitucional, la posición que la función de coordinación otorga al Estado «no puede llegar a tal grado de concreción y desarrollo que deje vacías de contenido a las correspondientes competencias de las comunidades autónomas» (STC 45/1991, FJ). Y a fin de evitar que este plus competencial derive en la neutralización de competencias autonómicas, se ha de descartar la adopción de medidas de coordinación preventivas, *ex ante*.

A partir de este parámetro interpretativo, las políticas públicas de memoria democrática que decidan llevar a cabo las diversas Administraciones públicas, como señala Embid Irujo (2018, pp. 1351-1352) parten de un paralelismo competencial que permite que la misma materia pueda quedar a la plena disponibilidad de una pluralidad de centros de decisión, ya sean del Estado o de las CC. AA.; ello comporta la adopción de medidas dirigidas a la promoción y avance de la investigación, entre las que se incluyen las de carácter organizativo y de establecimiento de servicios que permitan a la titular de la competencia crear y mantener unidades y centros dedicados al desarrollo y divulgación de las tareas investigadoras en materia de políticas de memoria democrática.

Finalmente, otro ámbito material de competencias que puede resultar objeto de controversia competencial es el relativo a la gestión de los museos, bibliotecas y archivos, un aspecto decisivo para la preservación de la documentación existente sobre la memoria

democrática. El apoyo competencial para la actuación del Estado lo encuentra la ley en el artículo 149.1. 27ª CE, que le atribuye las competencias exclusivas en los que sean de titularidad estatal, «(...) sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas». Por su parte, en el ámbito de las competencias sobre cultura, las CCAA disponen de competencias sobre museos y bibliotecas de su ámbito territorial (art. 148. 1. 15ª CE). Así, por ejemplo, sobre los que no son de titularidad estatal, el Estatuto de Cataluña de 2006 establece que la competencia exclusiva incluye las submaterias que conciernen a: la creación, la gestión, la protección y el establecimiento del régimen jurídico de los centros que integran el sistema de archivos y el sistema bibliotecario, de los museos y de los otros centros de depósito cultural; el establecimiento del régimen jurídico de los bienes documentales, bibliográficos y culturales que están depositados en los mismos, así como la conservación y la recuperación de los bienes que integran el patrimonio documental y bibliográfico catalán [art. 127. 1, c) EAC]. Por su parte, el Estatuto de Andalucía de 2007, además de la gestión de los museos y bibliotecas de titularidad estatal, reconoce su competencia exclusiva sobre los archivos, museos, bibliotecas y demás colecciones de naturaleza análoga que no sean de titularidad estatal, etc. (art. 68. del Estatuto de Autonomía de Andalucía).

En este terreno la ley atribuye la competencia estatal sobre archivos, documentos de archivo y otros recursos de información para la recuperación de la memoria democrática, para regular la creación del Centro Documental de la Memoria Histórica (art. 25), así como para la regulación de un tema tan decisivo para investigadores en general e historiadores en particular, como es la adquisición, protección y difusión de los documentos de archivo y de otros documentos con información sobre el golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura. Aquí cobra especial significación, como se ha señalado anteriormente, la incorporación al citado centro documental de los archivos y documentación del gobierno de la Dictadura, en particular del sátrapa que fue su jefe del Estado.

En este marco competencial diseñado por el bloque de la constitucionalidad, la STC 103/1988, en relación con un recurso de inconstitucionalidad precisamente contra la Ley de Andalucía 3/1984, de 9 de enero, de Archivos, que sería desestimado, sentó la doctrina

sobre los efectos supraterritoriales de las competencias autonómicas en esta materia para interpretar que,

«De la conjunción de las normas constitucional y estatutaria no resulta en modo alguno una reserva en favor de la competencia estatal, excluyendo a la autonómica, referida a archivos de titularidad no estatal que pertenezcan o se integren en entidades de ámbito territorial superior al de la Comunidad, ni se especifica tampoco, como parece indicar la demanda, que la competencia de ésta se extienda sólo a archivos de interés para la Comunidad Autónoma. Por el contrario, resulta de la Constitución y del Estatuto (en su art. 10)¹³ que el ámbito de la competencia sobre esta materia no viene definido por el criterio del interés, sino por el criterio general de localización de los archivos dentro del territorio de la Comunidad» (FJ 5).

A modo de coda final, la aplicación de esta ley, después de cuarenta y cuatro años de la aprobación de la Constitución, constituye un reto para las instituciones y los diversos actores políticos. Un reto para que, desde la voluntad expresada por las Cortes Generales como órgano depositario de la soberanía popular, aborde los asuntos pendientes de España con un pasado traumático. Porque la memoria por el restablecimiento de las libertades no puede quedar recluida en el ámbito de la vida privada ni tampoco, aun siendo imprescindible, de la investigación científica. Es preciso, y de ahí la importancia de esta Ley 2/2022, de Memoria Democrática, la intervención del Estado para coadyuvar a su mejor calidad democrática como Estado de Derecho.

¹³ Se refiere al Estatuto de 1981.

BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J. M. (2018). «Artículo 149.1. 18ª CE». En M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y E. CASAS BAAMONDE (dirs), *Comentarios a la Constitución española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*. Tomo I, BOE/Wolters Kluwer, pp. 1376-1384.
- EMBID IRUJO, A. (2018). «Artículo 149.1. 15ª CE: Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica». En M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y E. CASAS BAAMONDE (dirs), *Comentarios a la Constitución española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*. Tomo I, BOE/Wolters Kluwer, pp. 1349-1354.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005). *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*. Iustel.
- GARCÍA CÁRCCEL, R. (2011). *La herencia del pasado. Las memorias históricas de España*. Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. (2018). «Preámbulo». En M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y E. CASAS BAAMONDE (dirs), *Comentarios a la Constitución española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*. Tomo I, BOE/Wolters Kluwer, pp. 3-10.
- PEMÁN GAVÍN, J. (2018). «Artículo 149.1.1ª. La cláusula de igualdad en las condiciones básicas». En M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y E. CASAS BAAMONDE (dirs), *Comentarios a la Constitución española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*. Tomo I, BOE/Wolters Kluwer, pp.1212-1224.
- PRESNO LINERA, M. (2021), «Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio». En L. E. RÍOS VEGA, I. SPIGNO (dirs.), V. J. VÁZQUEZ ALONSO (coord.) *Estudios de casos líderes europeos y nacionales*. (Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI: Cuestiones actuales y problemáticas), pp. 323-354.
- QUERALT JIMÉNEZ, M. A. (2018). «Artículo 10.2». En *Comentario a la constitución española. 40 Aniversario 1978-2018. Libro Homenaje a Luis López Guerra*. Tomo I (Preámbulo a artículo 96). Tirant lo Blanch, pp. 276-286.
- RAWLS, J. (1996). *Sobre las libertades*. Paidós.
- RICOEUR, P. (2000). «L'écriture de l'Histoire et la Représentation du Passée». *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 55 (4), 2000, p. 737.
- SÁINZ ARNÁIZ, A. (2018). «Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos». En M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y E. CASAS BAAMONDE (dirs),

- Comentarios a la Constitución española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución.* Tomo I, BOE/Wolters Kluwer, pp. 230-254.
- SILVEIRA BAUER, C. (2018). «Política pública de memoria». En R. VINYES (dir.), *Diccionario de la memoria colectiva*. Gedisa, pp. 390-394.
- VALERO HEREDIA, A. M. (2017). «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial». *Revista española de Derecho Constitucional*, 110, pp. 305-333.