



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 07 de junio de 2021, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 11 de febrero de 2021, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, ha tenido entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de la evacuación del correspondiente informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática. El texto remitido viene acompañado de la Memoria del análisis de impacto normativo.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 18 de febrero de 2021, designó Ponentes de este informe a los Vocales José Antonio Ballester Pascual y Álvaro Cuesta Martínez. Como consecuencia de la renuncia de los vocales inicialmente designados, la Comisión Permanente en su reunión del día 13 de mayo de 2021, procedió a nombrar nuevos ponentes del informe a los Vocales Wenceslao Francisco Olea Godoy y Roser Bach Fabregó.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a «*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*» y «*cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna*» (apartados 6 y 9 del art. 561.1 LOPJ).



4.- El contenido del Anteproyecto de ley es amplio y abarca distintos ámbitos de la acción pública que, en principio, no guardan relación con las materias consignadas en el artículo 561 LOPJ. Por ello, el parecer que le corresponde emitir al Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley remitido (el APL o el Anteproyecto, en adelante) debería limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada. Asimismo, resulta relevante que este órgano constitucional exprese su parecer, también, sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ.

5.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO OBJETO DE INFORME

6.- El Anteproyecto que se informa está integrado por una Exposición de Motivos, sesenta y seis artículos, once disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales, estructurados y rubricados, todos ellos, con un título indicativo del contenido o la materia a la que se refieren, como sigue:

"TÍTULO PRELIMINAR. Disposiciones generales.

Artículo 1. Objeto y finalidad.

Artículo 2. Principios generales.



TÍTULO I. De las víctimas.

Artículo 3. Víctimas.

Artículo 4. Reconocimiento general.

Artículo 5. Declaración de nulidad de resoluciones e ilegitimidad de órganos.

Artículo 6. Declaración de reconocimiento y reparación personal.

Artículo 7. Día de recuerdo y homenaje a todas las víctimas.

Artículo 8. Día de homenaje a las víctimas del exilio.

Artículo 9. Censo Estatal de Víctimas.

TÍTULO II. Políticas integrales de memoria democrática.

Artículo 10. Políticas de memoria democrática.

Artículo 11. Reconocimiento de la memoria democrática de las mujeres.

Artículo 12. Plan de memoria democrática.

Artículo 13. Consejo Territorial de Memoria Democrática.

CAPÍTULO I. Del derecho de las víctimas a la verdad.

Artículo 14. Derecho de las víctimas a la verdad.

Sección 1ª. Localización e identificación de personas desaparecidas.

Artículo 15. Búsqueda de personas desaparecidas.

Artículo 16. Colaboración entre administraciones públicas.

Artículo 17. Mapa integrado de localización de personas desaparecidas.

Artículo 18. Autorizaciones administrativas para actividades de localización e identificación.

Artículo 19. Procedimiento para la localización, exhumación e identificación de personas desaparecidas.

Artículo 20. Protocolo de actuación.

Artículo 21. Acceso a los terrenos afectados por trabajos de localización e identificación.

Artículo 22. Hallazgo causal de restos humanos.

Artículo 23. Resultado de las intervenciones.

Artículo 24. Creación del Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y de la Dictadura.

Artículo 25. Comunicación al Ministerio Fiscal.

Sección 2ª. Archivos y documentos de archivo y otros recursos de información para la recuperación de la Memoria Democrática.

Artículo 26. Centro Documental de Memoria Histórica.

Artículo 27. Adquisición, protección y difusión de los documentos de archivo y de otros documentos con información sobre la Guerra y la Dictadura.

Artículo 28. Derecho de acceso y consulta de los documentos de archivo sobre la Guerra y la Dictadura.

CAPÍTULO II. De la justicia.

Artículo 29. Fiscalía de Sala de Memoria Democrática y Derechos Humanos.



Artículo 30. Derecho a la investigación.

CAPÍTULO III. De la reparación

Artículo 31. Reparación integral.

Artículo 32. Incautaciones de bienes y sanciones económicas.

Artículo 33. Trabajos forzados.

Artículo 34. Concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de Brigadas Internacionales.

CAPÍTULO IV. Del deber de memoria democrática.

Artículo 35. Deber de memoria.

Sección 1ª. Símbolos, elementos y actos contrarios a la memoria democrática.

Artículo 36. Símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática.

Artículo 37. Catálogo de vestigios y elementos contrarios a la memoria democrática.

Artículo 38. Procedimiento de retirada o eliminación de elementos contrarios a la memoria democrática.

Artículo 39. Actos públicos contrarios a la memoria democrática.

Artículo 40. Privación de ayudas y subvenciones.

Sección 2ª. Distinciones, condecoraciones y títulos.

Artículo 41. Revisión de reconocimientos, honores y distinciones.

Artículo 42. Supresión de títulos nobiliarios.

Artículo 43. Revisión, retirada de condecoraciones y recompensas.

Sección 3ª. Conocimiento y divulgación.

Artículo 44. Finalidad de fomento de las políticas de memoria democrática.

Artículo 45. Medidas en materia educativa y de formación del profesorado.

Artículo 46. Medidas en materia de investigación.

Artículo 47. Investigación sobre el exilio y la memoria democrática de las mujeres.

Artículo 48. Planes de formación en la Administración General del Estado.

Artículo 49. Acciones de divulgación, reconocimiento y reparación simbólica.

Sección 4ª. Derecho a la reparación.

Artículo 50. Lugares de memoria democrática.

Artículo 51. Declaración de lugares de memoria democrática.

Artículo 52. Inventario estatal de Lugares de Memoria Democrática.

Artículo 53. Protección de Lugares de Memoria Democrática.

Artículo 54. Difusión, interpretación y promoción ciudadana.

Artículo 55. Valle de los Caídos.

Artículo 56. Panteón de España.

TÍTULO III. Movimiento memorialista.

Artículo 57. Reconocimiento de las asociaciones memorialistas.

Artículo 58. Creación, composición y funciones del Consejo de la Memoria Democrática.



Artículo 59. Registro Estatal de Entidades de Memoria Democrática.

TÍTULO IV. Régimen sancionador.

Artículo 60. Régimen Jurídico.

Artículo 61. Responsables de la infracción.

Artículo 62. Infracciones.

Artículo 63. Sanciones y medidas de restablecimiento de la legalidad.

Artículo 64. Procedimiento.

Artículo 65. Competencia sancionadora.

Artículo 66. Prescripción de infracciones y sanciones.

Disposición adicional primera. Acción pública y compatibilidad de acciones.

Disposición adicional segunda. Procedimiento para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55.4 de esta Ley.

Disposición adicional tercera. Retirada de recompensas previstas en la Ley 5/1964, de 29 de abril, sobre Condecoraciones policiales y de la Ley 19/1976, de 29 de mayo, sobre creación de la Orden de Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil.

Disposición adicional cuarta. Acceso a la consulta de los libros de actas de defunciones de los registros civiles.

Disposición adicional quinta. Extinción de fundaciones.

Disposición adicional sexta. Declaración de utilidad pública de asociaciones.

Disposición adicional séptima. Disolución de asociaciones.

Disposición adicional octava. Adquisición de la nacionalidad española.

Disposición adicional novena. Bienes y derechos incautados en el extranjero por el Estado español.

Disposición adicional décima. Protección de datos de carácter personal.

Disposición adicional undécima.

Disposición transitoria única. Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Disposición final primera. Modificación de la Ley de 50/1981, de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Disposición final tercera. Título competencial.

Disposición final cuarta. Habilitación para el desarrollo.

Disposición final quinta. Acceso a la información pública de los archivos de la Administración General del Estado.



Disposición final sexta. Comisión de trabajo sobre la Memoria y a Reconciliación con el Pueblo Gitano de España.

Disposición final séptima. Preservación y custodia de los archivos de las Presidencias de los Gobiernos constitucionales.

Disposición final octava. Modificación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Disposición final novena. Entrada en vigor.

7.- Asimismo, la Memoria del análisis de impacto normativo (MAIN en adelante), que acompaña al Anteproyecto, con arreglo al Real Decreto 931/2017, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, aborda las siguientes áreas:

I.- Oportunidad de la propuesta, con cuatro apartados: el primero dedicado a la motivación de la propuesta, el segundo, a los objetivos perseguidos, el tercero, sobre las alternativas y el cuarto relativo a la adecuación a los principios de buena regulación.

II.- Contenido.

III.- Análisis jurídico, que a su vez consta de cuatro apartados:

1. Fundamento jurídico y rango normativo.
2. Congruencia con el Derecho de la Unión Europea.
3. Congruencia con el ordenamiento jurídico español.
4. Justificación de la entrada en vigor y vigencia.
5. Derogación de normas.

IV. Adecuación de la norma al orden constitucional de distribución de competencias.

V. Descripción de la tramitación, que asimismo consta de tres apartados:

1. Consulta pública.
2. Audiencia e información públicas.
3. Informes evacuados.

VI. Análisis de impactos. Dividido en impacto económico; impacto presupuestario; análisis del impacto sobre las cargas administrativas; impacto por razón de género; impacto en la familia; impacto en la infancia y la adolescencia y otros impactos (en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad).

VII. Evaluación ex post, que habrá de realizarse conforme a los criterios establecidos en artículo 28.2 de la Ley 50/1997, y en el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el



Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, de los que deriva la necesidad de analizar la eficacia, eficiencia, sostenibilidad y los resultados de aplicación de la norma.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

A) Consideraciones previas: la historia normativa de la memoria histórica

8.- El Anteproyecto objeto del presente informe tiene, según la MAIN y la Exposición de motivos, un doble objetivo, de un lado *«fomentar el conocimiento de las etapas democráticas de nuestra historia y de todas aquellas figuras individuales y movimientos colectivos que, con grandes sacrificios, fueron construyendo progresivamente los nexos de cultura democrática que permitieron llegar a los acuerdos de la Constitución de 1978, y al actual Estado Social y Democrático de Derecho para defender los derechos de los españoles, su nacionalidades y regiones. Por otro lado, esta Ley persigue preservar y mantener la memoria de las víctimas de la Guerra y la dictadura franquista, a través del conocimiento de la verdad, como un derecho de las víctimas, el establecimiento de la justicia y fomento de la reparación y el establecimiento de un deber de memoria de los poderes públicos, para evitar la repetición de cualquier forma de violencia política o totalitarismo»*.

9.- El proceso constituyente que ha dado lugar a la Constitución Española de 1978 ha sido calificado como un proceso de ruptura desde la reforma, en el sentido de que supuso una ruptura de legitimidad, consagrada en el artículo 1.2 de la Constitución que establece que la soberanía nacional reside en el pueblo español, que tuvo lugar con apoyo en la legalidad anterior. Desde el punto de vista ordinamental, se produjo una continuidad de ordenamientos sobre la que ha operado una cierta eficacia retroactiva de la Constitución proyectada a situaciones nacidas con anterioridad a su entrada en vigor, pero cuyos efectos todavía no se hubieran agotado (disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). Más allá de este ámbito de eficacia retroactiva de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional ha mantenido una constante doctrina que ha negado la eficacia retroactiva de la Constitución respecto de situaciones jurídicas nacidas y agotadas antes de la entrada en vigor del texto constitucional (SSTC 9/1981, de 31 de marzo; 43/1982, de 6 de julio; 35/1987, de 18 de marzo; AATC 262/1990, de 18 de junio; 187/2004, de 25 de marzo). De este modo, la reparación, restitución y compensación de



aquellas personas y organizaciones que sufrieron daños como consecuencia de la persecución o represión del régimen anterior ha sido una labor fundamentalmente legislativa, que ha de tomar en consideración esa continuidad del ordenamiento.

10.- El texto proyectado se enmarca en el proceso que desde la transición democrática de nuestro país ha sido desarrollado por el Parlamento, los Gobiernos y varias Comunidades Autónomas, que aprobaron normas para compensar y reparar a las víctimas individuales y a sus familias, a los partidos políticos (restitución de los objetos y propiedades confiscados e indemnización) y a otros grupos específicos como los exiliados, “los niños de la guerra”, los miembros de la Brigadas Internacionales, los prisioneros de campos de concentración y de batallones disciplinarios de trabajadores.

11.- Siguiendo el informe de Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo (creada por Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre), desde la transición se han adoptado medidas legales de reparación en diversos ámbitos. En primer lugar, la revisión y anulación de las consecuencias en materia de derechos derivadas de las sanciones impuestas en su momento a diversos colectivos de funcionarios públicos reintegrándoles en la plenitud de sus derechos activos y pasivos, alcanzando los beneficios de las pensiones a los herederos en caso de fallecimiento. Así, ya el Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre Amnistía, y la propia Ley 46/1977, de 15 de octubre, dispusieron la plena restitución de los derechos activos y pasivos de los funcionarios civiles sancionados o separados del servicio como consecuencia de sanciones administrativas, o de faltas y delitos de intencionalidad política, social o de opinión, con reposición en su condición de funcionarios. A partir de estas previsiones legales, se dictó una extensa y detallada normativa con el fin de trasladar a colectivos específicos de funcionarios civiles la rehabilitación que se había establecido con carácter más general. También otros colectivos de empleados públicos contaron con una legislación específica de rehabilitación (funcionarios de Administraciones Locales con el Real Decreto 393/1976, de 1 de octubre, y la Orden del Ministerio del Interior de 6 de julio de 1977, los funcionarios integrados en los nuevos cuerpos de la Administración de Justicia con el Real Decreto-Ley 44/1978, de 21 de diciembre y la Ley 24/1986, de 24 de diciembre, de rehabilitación de militares profesionales).

12.- En un segundo paso del proceso se aprobaron indemnizaciones, pensiones, ayudas y otras compensaciones económicas. La Ley 5/1979, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social a familiares de fallecidos como consecuencia de la guerra civil, de 18



de septiembre, la Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana, y la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República, son tres de las disposiciones más relevantes sobre la materia, que dieron lugar a un desarrollo normativo para el reconocimiento y mejora de las pensiones tanto de funcionarios civiles como de militares profesionales y no profesionales.

13.- Dichas indemnizaciones se vieron acompañadas también de prestaciones consecuencia de fallecimiento o desaparición, cuestión que se reguló fundamentalmente en la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social a favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada Guerra Civil; así como prestaciones consecuencia de mutilaciones, ámbito en el que procede citar el Decreto 670/1976, de 5 de marzo, por el que se regulan pensiones a favor de los españoles que habiendo sufrido mutilación a causa de la pasada contienda no pudieran integrarse en el Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria, la Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana, el Real Decreto 31/1982, de 12 de febrero, por el que se integran en el régimen general de la Seguridad Social a efectos de asistencia sanitaria y servicios sociales a los mutilados excombatientes de la zona republicana y Ley 6/1982, de 29 de marzo, de pensiones a los mutilados civiles de guerra.

14.- Tampoco pueden dejarse de lado las prestaciones consecuencia de privaciones de libertad, reguladas en la Ley 18/1984, de 8 de junio, sobre reconocimiento como años trabajados a efectos de la Seguridad Social de los periodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, así como la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, en la que se establece una indemnización de pago único para quienes hubieran sufrido privación de libertad en establecimientos penitenciarios durante tres o más años como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía y la Ley 18/1984, de 18 de junio que estableció el reconocimiento del tiempo sufrido en prisión por causas políticas, durante la Guerra y la posguerra, como periodo cotizado a la Seguridad Social, a efectos de pensión. A mediados de 1990 se reguló (a través de la disposición adicional decimoctava de la Ley 4/1990, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado para 1990) el derecho a causar indemnización, por una sola vez, a



favor de aquellas personas que hubieran sufrido privación de libertad en establecimientos penitenciarios durante un mínimo de tres años por supuestos contemplados en la Ley de Amnistía y tuvieran o pudieran haber tenido cumplida la edad de 65 años el 31 de diciembre de 1990 (en este último supuesto, la indemnización correspondía exclusivamente al cónyuge superviviente). A su vez, las Comunidades Autónomas comenzaron a establecer su propia legislación de reconocimiento de indemnizaciones por tiempo de prisión, para atender al colectivo excluido de la legislación estatal.

15.- Debe mencionarse también la Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero durante su minoría de edad como consecuencia de la Guerra Civil y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional, así como las disposiciones relativas a restitución a las organizaciones sindicales y a los partidos políticos de bienes y derechos patrimoniales que habían sido objeto de incautación, medidas que se instrumentaron a partir de dos leyes y sus principales normas de desarrollo, la Ley 4/1986, de 8 de enero, de Cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado (desarrollada por el Real Decreto 1671/1986, de 1 de agosto, que aprueba su Reglamento) y la Ley 43/1998 de 15 de diciembre, de Restitución o compensación a los partidos políticos de bienes y derechos incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939 (desarrollada por el Real Decreto 610/1999, de 16 de abril, que aprueba su Reglamento).

16.- Por otro lado, se concedió la nacionalidad española por carta de naturaleza a los combatientes de las Brigadas Internacionales en la Guerra Civil española, a través del Real Decreto 39/1996, de 19 de enero, y en materia de localización, exhumación, identificación y entierro de fusilados, ejecutados o desaparecidos, encontramos la Orden Ministerial PRE/3945/2005, de 16 de diciembre de 2005, que establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a actividades relacionadas con la Guerra Civil y el franquismo.

17.- Tras este proceso, el 1 de junio de 2004 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó una Proposición no de Ley sobre el reconocimiento de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo que instaba al Gobierno a llevar a cabo un estudio sobre los daños y perjuicios ocasionados por la contienda y la represión posterior efectuada por la dictadura. Igualmente, instaba a que se estudiaran los derechos que les hubiesen sido reconocidos hasta el momento por la legislación estatal y autonómica -que hemos recogido en los párrafos precedentes-, así como las propuestas de reparación moral, social y



económica que pudieran contribuir a mejorar la situación existente. Por Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre, como se ha indicado anteriormente, se creó una Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo que presentó el 28 de julio de 2006 un Informe General con diversas propuestas entre las que destacaban: el reconocimiento general de la injusticia sufrida por las víctimas de la Guerra Civil y de la Dictadura; establecimiento de un cauce para la reparación individualizada; reconocimiento y ayuda a las asociaciones, exiliados y otros colectivos; distintas modificaciones legislativas en materia de pensiones, indemnizaciones y exenciones fiscales; reforma de la legislación civil para permitir a los brigadistas internacionales el acceso a la nacionalidad española sin renunciar a la de origen; retirada de símbolos conmemorativos de uno solo de los contendientes de la Guerra Civil o expresión de la Dictadura; utilización del Valle de los Caídos para honrar a todos cuantos padecieron las trágicas consecuencias de la Guerra y de la Dictadura; apoyo a la realización de estudios e investigaciones sobre los campos de trabajo y reconocimiento a los presos; facilitación de las tareas de localización de restos mortales; prestación de ayudas públicas y declaración de utilidad pública e interés social de los trabajos de localización e identificación de fallecidos. Siguiendo las recomendaciones de la Comisión, el Gobierno envió al Parlamento en 2006 el Proyecto de Ley por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, que se convertiría en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida popularmente como "Ley de Memoria Histórica".

18.- El objeto de esta disposición legal era, según su artículo 1, *«reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales»*.

19.- Entre las cuestiones abordadas por la Ley de Memoria Histórica se encuentra la proclamación general del carácter injusto de todas las condenas, sanciones y expresiones de violencia personal producidas, por motivos inequívocamente políticos o ideológicos, durante la Guerra Civil, y la Dictadura posterior (artículo 2); la declaración la ilegitimidad de los tribunales, jurados u órganos de cualquier naturaleza administrativa creados con vulneración de las más elementales garantías del derecho a un proceso justo, así como la ilegitimidad de las sanciones y condenas de carácter



personal impuestas por motivos políticos, ideológicos o de creencias religiosas (artículo 3); el establecimiento de medidas e instrumentos para que las Administraciones públicas faciliten, a los interesados que lo soliciten, las tareas de localización, y, en su caso, identificación de los desaparecidos (artículos 11 a 14); así como de medidas en relación con los símbolos y monumentos conmemorativos de la Guerra Civil o de la Dictadura (artículos 15 y 16); y se refuerza el papel del Archivo General de la Guerra Civil Española, integrándolo en el Centro Documental de la Memoria Histórica y estableciendo que se le dé traslado de toda la documentación existente en otros centros estatales (artículos 20 a 22).

20.- La Ley no estuvo exenta de críticas, entre ellas, la referidas al carácter puramente declarativo de las referencias a la ilegitimidad e injusticia de los tribunales, jurados y órganos administrativos, y sus decisiones, al no haberse regulado disposiciones sobre la revisión o anulación de las resoluciones judiciales adoptadas por dichos órganos; así como la complejidad de la regulación y los procedimientos administrativos para conseguir la localización y exhumación de los fallecidos, unido al hecho de que la ejecución de muchas de sus disposiciones había sido dejada a la iniciativa de las propias víctimas, sin que se declarasen obligaciones específicas y concretas al respecto para la Administración y el Gobierno.

21.- Tras su promulgación, se ha llevado a cabo un desarrollo reglamentario, en el que cabe citar disposiciones como el Real Decreto 1791/2008 sobre la Declaración de Reparación y Reconocimiento personal a quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura; el Real Decreto 1792/2008 sobre concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales; la Orden de 6/11/2008 por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se dictan instrucciones para la retirada de símbolos franquistas en los bienes de la Administración General del Estado y sus organismos públicos dependientes; el Real Decreto 2134/2008, de 26 de diciembre, por el que se regula el procedimiento a seguir para la restitución a particulares de los documentos incautados con motivo de la Guerra Civil; el Real Decreto 1816/2009, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Archivos Judiciales Militares y la Orden PRE/2568/2011, de 26 de septiembre por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de septiembre de 2011, por el que se ordena la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Protocolo de actuación en exhumaciones de víctimas de la guerra civil y la dictadura.

22.- Finalmente, y a título meramente enunciativo, cabe recordar que diversas Comunidades Autónomas han aprobado sus propias disposiciones



legales sobre memoria histórica. Con carácter general, las primeras normas aprobadas fueron de corte especializado (reparación, personas desaparecidas, fosas) o que establecían un órgano o comisión oficial para la promoción, coordinación y aplicación de las líneas políticas adoptadas en este campo (entre otras disposiciones, los Decretos 1/2001, de 9 de enero; 333/2003, de 2 de diciembre y 35/2006, de 21 de febrero de la Comunidad Autónoma de Andalucía de concesión de indemnización de cuantía única a las personas ex-presas y represaliadas políticamente que sufrieron privación de libertad; los Decretos 77/2002, de 28 de junio y 44/2004, de 22 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Cantabria que regularon las ayudas a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 46/1977, de 18 de octubre, de Amnistía, que no habían podido acceder a las ayudas estatales; y el Decreto 210/2005, de 23 de diciembre de la Comunidad Valenciana que reguló la concesión de indemnizaciones a los presos acogidos a la Ley de Amnistía que no pudieron acceder a las indemnizaciones aprobadas por el Gobierno de la Nación). A ello siguió una segunda generación de textos legales dirigida a la anulación de decisiones judiciales y sentencias penales, concretamente la Ley catalana 11/2017, de 4 de julio, de reparación jurídica de las víctimas del franquismo y la Ley 2/2018, de 13 de abril, de memoria y reconocimiento democrático de las Illes Balears. Finalmente, a partir de la Ley Foral Navarra 33/2013, de 26 de noviembre, de reconocimiento y reparación moral de las ciudadanas y ciudadanos navarros asesinados y víctimas de la represión a raíz del golpe militar de 1936, ha emergido una tercera generación de leyes, con un enfoque más amplio y completo: Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía; Ley 14/2018, de 28 de noviembre, de Memoria Democrática de Aragón; Ley 1/2019 del 1 de marzo, para la recuperación de la memoria democrática del Principado de Asturias; Ley 5/2018, de 14 de diciembre, de memoria histórica de Canarias y de reconocimiento y reparación moral de las víctimas canarias de la Guerra Civil y la dictadura franquista; Decreto 9/2018, de 12 de abril, de la Memoria Histórica y Democrática de Castilla y León; Ley 1/2019, de 21 de enero, de Memoria histórica y democrática de Extremadura; Ley 14/2017 de 10 de noviembre, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunidad Valenciana; Ley 4/2014, de 27 de noviembre, de creación del Instituto de Memoria, la Convivencia y los Derechos Humanos.

B) Las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos en materia de reparación de las víctimas

23.- En línea con las críticas anteriormente reseñada, la MAIN y la Exposición de motivos del APL indican que si bien La ley 52/2007, de 26 de diciembre, sigue siendo un texto plenamente válido, tras más de trece años de vigencia,



se ha puesto de relieve la necesidad de su reforma para alcanzar sus objetivos, quedando cuestiones pendientes en este ámbito de la protección de las víctimas de la guerra y el franquismo a los que el anteproyecto que se informa pretende dar respuesta, haciendo hincapié en que dichas cuestiones pendientes ha sido puestas de manifiesto por distintos organismos internacionales en el ámbito de los derechos humanos.

24.- Se hace así referencia a 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 y a las visitas impulsadas por las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e involuntarias y el Relator especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, Pablo de Greiff, que se plasmaron en sendos informes de 2014.

25.- Por un lado, la primera obligación que según la citada Convención tiene el Estado en relación a las víctimas de desapariciones forzadas es la de adoptar *«todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos»* (art. 24.2).

26.- Por su parte, el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, realizó una visita oficial a España del 21 de enero al 3 de febrero de 2014. El objetivo de la visita fue conocer y valorar las medidas adoptadas por las autoridades españolas sobre los cuatro ejes del mandato: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, en relación con las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista.

27.- Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e involuntarias realizó en su informe de 2014 numerosas recomendaciones tras su visita a España en septiembre de 2013, entre ellas, que el Estado debía: asumir sus obligaciones internacionales, ejercerlas mediante un claro liderazgo y comprometerse de manera más activa y urgente en la determinación de la suerte o el paradero de personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura; Establecer un proceso regular de consulta con los familiares y las asociaciones de familiares; Proporcionar un mayor apoyo institucional y financiero a los familiares y asociaciones de familiares; Crear una entidad estatal con pleno apoyo institucional, particularmente dotada de suficientes recursos humanos, técnicos y financieros, encargada de todas las cuestiones relativas a las desapariciones forzadas, incluyendo el establecimiento y la gestión de una base de datos central sobre las



desapariciones; Adoptar, a la mayor brevedad posible, un plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas; Asegurar la coordinación de las actividades de exhumación e identificación y actualización permanente de los mapas de fosas desarrollados de acuerdo a Ley de Memoria Histórica; Compilar, sistematizar y analizar la información generada a través de la aplicación de la Ley de Memoria Histórica para promover una mejor comprensión de la naturaleza, las causas y el impacto de las desapariciones forzadas y ponerla a disposición del público; Garantizar que el Banco Nacional de ADN integre muestras genéticas de todos los casos que hayan sido denunciados de los niños y niñas que podrían haber sido víctimas de apropiación, desaparición forzada y/o sustitución de su identidad, tanto por vía administrativa como judicial; Promover que las asociaciones de víctimas faciliten la recolección de muestras de los familiares por parte del Banco Nacional de ADN; Desarrollar el Protocolo de actuación en exhumaciones de víctimas de la Guerra Civil y la dictadura prestando atención a la necesidad de reforzar un enfoque multidisciplinario, que incluya antropólogos, forenses, genetistas y arqueólogos, estableciendo claramente las autoridades responsables en cada etapa; Promulgar una ley de acceso a la información y un marco legislativo apropiado sobre archivos para garantizar el acceso público a los mismos; Velar por el respeto de la disposición de la Ley de Memoria Histórica que dispone la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la dictadura; Concienciación pública, educación en derechos humanos y otras medidas preventivas; Incluir, cuando corresponda, y profundizar la enseñanza y la información necesarias sobre las disposiciones pertinentes de la Declaración en la formación del personal militar y de policía, así como del personal médico, los funcionarios y otras personas que puedan intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad; Mejorar la debida y efectiva coordinación entre las instituciones nacional y autonómicas de derechos humanos.

28.- A su vez, en el 36º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, que tuvo lugar del 11 a 29 de septiembre de 2017, el Grupo de Trabajo emitió informe de seguimiento de dichas recomendaciones por parte de España, en el que estableció que: *«lamentaba observar pocos avances en la implementación de las recomendaciones realizadas posteriormente a su visita en septiembre de 2013 y alienta a España a seguir trabajando para la cabal implementación de éstas, así como las recomendaciones formuladas por el Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED/C/ESP/CO/1) y por el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (A/HRC/27/56/Add.1). Hasta la fecha el Estado*



español no ha actuado con la debida urgencia y celeridad en materia de desapariciones forzadas ni ha asumido un rol de liderazgo para asegurar una política de Estado en este tema como se había recomendado en el informe de visita. El Grupo de Trabajo valora positivamente la aprobación por parte del Congreso de los diputados de la Proposición No de Ley (PNL) en su sesión plenaria del día 11 de mayo de 2017, sobre la efectiva aplicación y desarrollo de la Ley de Memoria Histórica, que recoge parte de las recomendaciones del Grupo de Trabajo. En este sentido, el Grupo de Trabajo espera que el Gobierno proporcione un mayor apoyo institucional y financiero a los familiares y asociaciones de familiares en particular para la implementación efectiva de los artículos 11 a 14 de la "Ley de Memoria Histórica" referidos a la localización e identificación de personas, tarea o iniciativa que no puede depender exclusivamente de los familiares, sino que debe ser asumida como una obligación de Estado abarcando la totalidad del territorio nacional. Vuelve a insistir sin embargo en la importancia de que el Estado tome un rol activo en materia de exhumación y procesos de identificación de los restos para que éstos no dependan exclusivamente de algunas comunidades autónomas, así como de particulares o asociaciones privadas. el Grupo de Trabajo reitera la urgencia acerca de la adopción de un plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas, así como su disponibilidad para ofrecer la asistencia técnica necesaria, en aras a garantizar que el mecanismo de búsqueda esté plenamente apegado a los estándares internacionales vigentes en la materia. Las familias de los desaparecidos en España quieren conocer la verdad sobre la suerte o el paradero de sus seres queridos. Este es un derecho absoluto de acuerdo a la Declaración y una obligación que el Estado español debería satisfacer de acuerdo al derecho internacional. El Grupo de Trabajo lamenta igualmente la falta de información proveída sobre la recomendación de promover que las asociaciones de víctimas faciliten la recolección de muestras de los familiares por parte del Banco Nacional de ADN y recuerda la centralidad de éstas para la elaboración de bases de datos que sean eficaces en la búsqueda de los desaparecidos, en particular en contextos de desapariciones masivas. El Grupo de Trabajo permanece preocupado frente a la falta de información suministrada luego del informe acerca de la promulgación de una ley de acceso a la información y de un marco legislativo apropiado sobre archivos para garantizar el acceso público a los mismos. En efecto, entonces se había alertado que los obstáculos presentes en el acceso a la información y a los archivos constituyen un verdadero problema para las víctimas en el proceso de obtención de la verdad». En vista de lo anterior, la Exposición de motivos del Anteproyecto concluye que la Ley se estructura «en torno al protagonismo y la reparación integral de las víctimas de la Guerra y la Dictadura, así como a las políticas de verdad, justicia, reparación y



garantías de no repetición que han sido objeto de las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos al Estado».

29.- A la hora de valorar el presente Anteproyecto, no debe perderse de vista el inesquivable contexto europeo en el que se insertan lo que se ha dado en denominar políticas de memoria desarrolladas en los distintos Estados miembros de la Unión. En este sentido, cabe subrayar la importancia de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la conciencia europea y el totalitarismo en la que se *«subraya la importancia de mantener viva la memoria del pasado, puesto que no puede haber reconciliación sin verdad y sin memoria»* y *«reafirma su oposición decida a todo régimen totalitario, sea cual sea la ideología en la que se base»*. Asimismo, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de septiembre de 2019, sobre la importancia de la memoria histórica para el futuro de Europa, entre otros aspectos, se *«pide una cultura común de memoria histórica que rechace los crímenes de los regímenes fascistas y estalinistas, y de otros regímenes totalitarios y autoritarios del pasado, como medio para fomentar, en particular entre las generaciones más jóvenes, la resiliencia ante las amenazas modernas que se ciernen sobre la democracia»*. Cabe citar, también, la Resolución 1481 (2006) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa o la Declaración de 3 de junio de 2008 de la Conferencia de Praga sobre Conciencia europea y el comunismo. Los valores consagrados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías, constituyen el marco común en el que se han de inscribir las políticas de memoria. Sería, por ello, oportuno que en el preámbulo del anteproyecto se hiciera mención a las distintas resoluciones europeas sobre la importancia de la memoria histórica como mecanismo de reparación para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y reafirmación de los valores en que se funda la democracia.

C) Consideraciones sobre el rango normativo del anteproyecto y el ámbito competencial

30.- Opta el prelegislador, por tanto, por elaborar un nuevo texto normativo que deroga a la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, al tiempo que incorpora a su articulado algunos de los contenidos regulatorios de la misma, y no por la reforma de la Ley de Memoria Histórica, por entender que se logra así un mayor enfoque integral y una menor dispersión normativa, y lo hace de conformidad con la competencia exclusiva atribuida al Estado en los apartados 1ª, 6ª, 8ª, 15ª, 18ª, 28ª y 30ª del artículo 149.1 de la Constitución Española.



31.- Nada cabe objetar la opción del prelegislador, toda vez que con la aprobación de esta nueva ley integral y la derogación de la Ley de Memoria Histórica no se generan concomitancias, concurrencias e interferencias con otras disposiciones de ámbito nacional, indeseable consecuencia que puede manifestarse en los casos de introducción de disposiciones normativas “integrales”, y no obstante reiterativas respecto a la regulación contenida en materias de índole análoga.

32.- El rango normativo de la norma proyectada es el de ley ordinaria, en lo que cabe hacer, las siguientes consideraciones:

- a) La reserva de ley es consecuencia directa del principio de legalidad, el cual presenta una doble garantía, correlativa a su doble vertiente: una material, cuyo contenido es constitucionalmente relevante, y una formal, donde el ropaje o solemnidad –el rango de la norma- coadyuva esencialmente a preservar el contenido material del principio de legalidad mismo.
- b) Tal y como ha puntualizado la doctrina constitucional (cfr. SSTC 140/1986 y 159/1986), el rango de la norma aplicable, y en su caso el tipo de ley a que se encomienda la regulación de los derechos constitucionalmente reconocidos –ley orgánica o ley ordinaria- constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. En tal sentido, la vulneración del rango legal supone la vulneración del derecho protegido en sí mismo: el rango legal se convierte, por tanto, en garante constitucional del propio derecho (cfr. STC 140/1986), y el principio de legalidad pasa a integrarse en el derecho fundamental en el sentido de que su contenido reside en reclamar la regulación por ley, ya ordinaria, ya orgánica, del derecho constitucional.
- c) Ello debe completarse con el principio de ausencia de reserva de reglamento como característica de nuestro sistema de fuentes, lo que otorga a la ley la capacidad omnímoda de extender su fuerza reguladora sobre diversos ámbitos materiales, y acentúa la subordinación de las disposiciones administrativas generales a las normas con rango legal.
- d) La congelación del rango, o legalización, es la técnica normativa que consiste en la regulación de una materia que no es objeto de reserva de ley por parte de una norma con rango legal, lo que supone, por imperativo directo del principio de jerarquía normativa, la inaccesibilidad de la materia legalizada para la regulación reglamentaria, en la medida en que las leyes sólo se modifican o se derogan por medio de otras disposiciones, cuestión que se basa en la ausencia de reserva al reglamento en nuestro Derecho y, por lo tanto, en la capacidad reguladora genérica de la ley, y



- tiene el efecto de limitar la capacidad normativa de la Administración pública respecto de las materias cuyo rango se congela.
- e) Debe precisarse que para que una ley sea orgánica, su núcleo debe afectar a materias reservadas a esta forma de ley. Al mismo tiempo, no cabe la posibilidad de que una ley ordinaria contenga “incrustaciones” de ley orgánica, por ser esta una técnica normativa que violenta diversos principios constitucionales y, singularmente, el principio de seguridad jurídica. Asimismo, y como recuerda la reciente STS de la Sala 3ª del TS de 9 de marzo de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:855]: *«la reserva de la ley orgánica es para el desarrollo de los derechos fundamentales y la ley ordinaria puede sentar limitaciones a los mismos»*.
- f) El presente Anteproyecto normativo, sin perjuicio de su relación incidental con determinados derechos fundamentales, cuestión de la que se hace cumplida referencia en las consideraciones particulares del presente informe, no tiene por objetivo, ni lleva a cabo en su articulado, un desarrollo del contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 53 CE) que permita, de un lado, sostener la posibilidad de que pudiéramos encontrar ante la necesidad de que se le otorgase el rango normativo de una “ley orgánica parcial” -técnica normativa, admitida por la doctrina constitucional y del Consejo de Estado, por la que una ley orgánica regule complementos normativos que quedan fuera del ámbito delimitado por el artículo 81 de la Constitución, aunque en términos estrictos y, en todo caso, especificando el carácter no orgánico de tales preceptos (entre otras, SSTC 5/1981, de 13 de febrero de 1981, y 212/213 y 214/2012, de 14 de noviembre)-, ni, de otro, que se trata de una ley ordinaria que incorpora, de forma incorrecta y extralimitada, “incrustaciones” de ley orgánica.
- g) En todo caso, debe tenerse en cuenta que, como señala la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 24 de mayo de 2021: *«Cuando de la limitación de derechos fundamentales por el legislador se trata, lo primero que es menester precisar es que no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica. Es verdad que el desarrollo de los derechos fundamentales está reservado a esa fuente (artículo 81.1 de la Constitución) y que el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. Pero con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución). Y establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones*



puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas. En definitiva, no se, corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica. El Tribunal Constitucional ha dejado claros estos extremos, tal como lo recuerda, entre otras, en sus sentencias n.º 76/2019, 86/2017 y 49/1999».

33.- En virtud de todo lo anterior debe concluirse por tanto el adecuado rango normativo de la norma objeto de informe.

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES

I

Título preliminar y Título I

A) Consideraciones sobre las disposiciones generales

34.- El Título preliminar, dedicado a las disposiciones generales, se integra por el artículo 1 que define el objeto y finalidad de la Ley y el artículo 2 que establece los principios generales del texto legal.

35.- El **artículo 2.2** del Anteproyecto contiene una cláusula interpretativa de lo previsto en la Ley formulada en los siguientes términos: *«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.»*

36.- Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el artículo 10.2 CE contiene una cláusula de apertura de la Constitución al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la que se desprende un mandato de interpretación internacionalmente conforme de los derechos fundamentales proclamados en nuestra Carta Magna (STC 28/1991, FJ 5). De este modo, *«los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 [son] una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación de contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal»* (STC 64/1991, FJ 4.a) e, incluso ha llegado a afirmar el Tribunal que el contenido de los convenios en



cuestión se convierte, a partir de ese mandato interpretativo, «en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo de Título I de nuestra Constitución» (STC 236/2007, FJ 5).

37.- El mandato de interpretación conforme al Derecho internacional de los Derechos Humanos se proyecta, en primer lugar, sobre los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales, pero no sólo, pues tal mandato interpretativo se refiere «no sólo a las normas contenidas en la Constitución sino [a] todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental» (STC 78/1982, FJ 4). Por tanto, la *vis interpretativa* de los tratados internacionales en materia de derechos humanos no se proyecta exclusivamente sobre las normas constitucionales iusfundamentales sino también sobre las normas legales de desarrollo o de regulación de los derechos fundamentales.

38.- El presente Anteproyecto no tiene por objeto el desarrollo o la regulación del ejercicio de concretos derechos fundamentales, sino el establecimiento de un conjunto de políticas públicas de reconocimiento, reparación y dignificación respecto de lo que se ha dado en llamar memoria democrática que se articulan a través de distintos mecanismos como medidas organizativas, instrumentos de colaboración interadministrativa, fomento del movimiento asociativo, recogida de datos, ordenación de documentos en archivos y registros, etc. En este sentido, la invocación en el artículo 2.2 del Anteproyecto del artículo 10.2 de la Constitución, aunque pudiera no resultar estrictamente necesaria, no deja de ser un marco de referencia, y no resulta cuestionable que se contenga en la ley un mandato de interpretación conforme a las normas de Derecho Internacional aplicable en España, cuyo anclaje constitucional se encuentra en el artículo 96 CE que prevé la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los tratados ratificados por España y les dota de fuerza pasiva frente a la ley.

B) Consideraciones sobre el artículo 3: la definición del concepto de víctima, la inviabilidad del proceso penal como instrumento para hacer efectivo el derecho a conocer la verdad histórica y los límites constitucionales del procedimiento administrativo para establecer la consideración de víctima

39.- El prelegislador ha incorporado como novedad respecto de la Ley de Memoria histórica la definición de un concepto de víctima de la Guerra y la dictadura. Esta definición de víctima es ajena a la existencia de un proceso



penal y se mueve en un plano estrictamente administrativo, en el marco de los fines propios de la Ley de *«reconocimiento de quienes padecieron persecución o violación, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual, durante el periodo comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la promulgación de la Constitución Española de 1978»* (art. 1.2 APL).

40.- El anteproyecto fija como fecha final del periodo histórico contemplado la fecha de promulgación de la Constitución Española, esto es el día 27 de diciembre de 1978 en que el texto ratificado en referéndum fue finalmente promulgado por el Rey, en sesión conjunta de las dos cámaras de las Cortes Generales. Aunque el significado de tal fecha constituye, sin duda, un hito memorable de la historia de nuestra democracia, se echa en falta en el preámbulo una explicitación de las razones que han llevado al prelegislador a elegir esa fecha como límite temporal del periodo histórico respecto del que se desarrollan las políticas de memoria democrática contempladas en la Ley, y no otras, como la fecha de la publicación del Carta Magna en el Boletín Oficial del Estado y que es la determinante de la eficacia jurídica de nuestra norma suprema, o la del 15 de junio de 1977, fecha en que tuvieron lugar la primeras elecciones generales democráticas que dieron lugar a las cortes constituyentes.

41.- El artículo 3 APL en su primer párrafo establece una definición del concepto de víctima, a los efectos de la ley, que se caracteriza por el hecho de haber *«sufrido, individual o colectivamente, daño físico, moral o psicológico, daños patrimoniales, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyen violación de los derechos humanos»*. Esta definición general, se ejemplifica con la enumeración de una serie de supuestos en los que la ley considera que concurren las circunstancias definitorias de víctima. El elemento nuclear de la definición es la noción de *«violación de los derechos humanos»* que por en sí misma y sin elementos adicionales que acoten su extensión tiene un ámbito de aplicación potencialmente muy amplio y que puede extravasar la específica finalidad de la ley expresada en el artículo 1.2 APL y que vienen a constituir los casos centrales de violaciones de los derechos humanos que pretende contemplar la ley, esto es, *«persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual»*. Con el fin de evitar ese potencial expansivo del concepto *«violación de los derechos humanos»* que proyectara la noción de víctima a ámbitos ajenos a la finalidad de la norma, debería realizarse un esfuerzo de acotación de tal concepto de modo que su



significado se vinculara con lo establecido en el artículo 1.2 APL y se mantuviera en línea con el uso de «*violación de los derechos humanos*» empleado en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, que se ciñe a los supuestos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario que por su carácter grave constituye una afrenta a la dignidad humana, tal y como se desprende de los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derecho humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados por la Resolución 60/147, de la Asamblea General de la Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005.

42.- Es doctrina jurisprudencial bien asentada que el derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal. Así se afirmó en la STS de 27 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:813) e inmediatamente después en el ATS de 28 de marzo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3009A) y se ha reiterado muy recientemente en la STS de 17 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:558). De acuerdo con la Sala Segunda del Tribunal Supremo:

«[...]debe quedar fuera de la respuesta la pretensión relativa a los denominados juicios de la verdad, esto es, aquellos que pretenden una indagación judicial sobre unos hechos, con apariencia de delictivos, respecto a los que se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal, muerte, prescripción o amnistía. Por lo tanto, en estos casos, los denominados juicios de la verdad pretenden una reconstrucción parcial de unos hechos, sin intervención del imputado.

El sistema español diseñado en la Ley procesal penal se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades penales con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal, dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático. [...]

No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena. Ello implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza [...].



El proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho. Las exigencias de contradicción efectiva, de publicidad, de igualdad de partes, de oralidad, la disciplina de garantía de la prueba, el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, etc., como notas características del sistema penal de enjuiciamiento, se compaginan mal con la declaración de la verdad histórica de un hecho tan poliédrico como el de la guerra civil y la subsiguiente posguerra.

Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados. El método de investigación judicial no es el propio del historiador. En definitiva, si son patentes las diferencias entre memoria e historia, también lo son las que existen entre ésta y las resultantes de una indagación judicial realizada con una finalidad distinta de la que persigue el historiador.

La búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores. Pero no corresponde al juez de instrucción, cuya función aparece definida en la ley procesal con un objeto de indagación que se va concretando en el devenir procesal y ve limitado su ejercicio por las normas que rigen el proceso penal y el derecho penal sustantivo. Es preciso un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo.»

43.- La inviabilidad del proceso penal para la investigación de hechos vinculados con la guerra civil y la posguerra se sustenta, de acuerdo con el Alto Tribunal, en tres razones fundamentales:

a) El principio de legalidad penal y el de interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) prohíben la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras a los hechos anteriores a su vigencia. De este modo, no es posible la aplicación retroactiva del derecho penal internacional, consuetudinario y convencional, que tipifica entre otros los delitos contra la humanidad, al haberse incorporado en nuestro ordenamiento con posterioridad a los hechos (STS de 27 de febrero de 2012, FJ 3.1).

b) La prescripción del delito. Por un lado, el delito de detención ilegal de carácter permanente sin dar razón del paradero de la víctima estuvo presente en el código penal de 1928 y desapareció en el de 1932 para ser reincorporado al código penal de 1944, de modo que no estuvo vigente durante los años de la guerra y la inmediata posguerra. Por



otro lado, el argumento de la permanencia del delito fundado en la hipotética subsistencia actual de situaciones de detención producidas en torno al año 1936 carece de plausibilidad. Y, aun admitiendo la imposibilidad de persecución de estos delitos durante la dictadura, debería tomarse como inicio del cómputo del plazo de prescripción de veinte años la fecha de la entrada en vigor de la Constitución, por lo que tal plazo hubiera transcurrido en todo caso (STS de 27 de febrero de 2012, FJ 3.2).

c) Finalmente, debe tenerse en cuenta el efecto de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, cuyo artículo 6 determina la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que pudieran imponerse por los actos y delitos amnistiados, contenidos en los artículos 1 y 2 de la Ley (STS de 27 de febrero de 2012, FJ 3.3).

44.- A la hora de configurar el concepto de víctima, el Anteproyecto no contradice la anterior doctrina, pues, por un lado, hace depender la condición de víctima de *«acciones u omisiones que constituyan violación de los derechos humanos durante el periodo que abarca el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la posterior Guerra y la Dictadura, incluyendo el transcurrido hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978»* (art. 3.1 APL) y, por otro lado, la condición de víctima lo es a los efectos de esta Ley y tiene como efecto principal el constituir hecho inscribible en el registro administrativo mantenido por el departamento ministerial que asuma las competencias en materia de memoria democrática (art. 3.2 APL). Por lo demás, la consideración de víctima es independiente de *«que exista o no autoría conocida de la violación de sus derechos»* (art. 3.3 APL).

45.- Es relevante subrayar que el procedimiento administrativo para la verificar la condición de víctima de una persona tendrá como objeto *«datos recabados de archivos, de bases de datos documentales y obras de referencia especializadas, así como suministrados por las diferentes administraciones públicas y por los organismos y entidades del sector público institucional, víctimas, organizaciones memorialistas, grupos de investigación universitarios y cualquier otra fuente, nacional o internacional, que cuente con información relevante para el mismo»* (art. 3.2 APL). Se configura, así, como un procedimiento de investigación o análisis básicamente de carácter documental y no como un procedimiento de indagación de determinada realidad fáctica a partir de cualesquiera medios de prueba.

46.- Configurado, de este modo, el procedimiento administrativo previsto en el Anteproyecto al efecto del reconocimiento de víctima se acomoda a los límites constitucionales, derivados del principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), fijados por el Tribunal Constitucional a los procedimientos



(no jurisdiccionales) que tienen por objeto la declaración a miembros de determinados colectivos como víctimas de hechos dañosos. Así, la STC 85/2018, de 19 de julio, FJ 4, ha declarado que:

«No hay inconveniente alguno, en términos constitucionales, en la configuración de una actividad administrativa tendente a la acreditación de hechos a los que se vincula la producción de un resultado dañoso para, a partir de ahí, articular los correspondientes mecanismos de reparación o compensación en favor de los perjudicados. El nexo causal entre hecho y daño se configura como supuesto de un sistema asistencial fijado en favor de determinadas personas, netamente diferenciado de la depuración de eventuales responsabilidades penales por dichos hechos. Así, las actuaciones públicas que procuran la protección de las víctimas y su asistencia no han de orientarse prioritariamente a la investigación de posibles ilícitos penales, ni a la identificación y eventual castigo de sus autores, sino, más precisamente, a la fijación del nexo causal entre determinados hechos, la producción del resultado dañoso y la situación de necesidad o atención de la que se hace merecedora determinada persona, en tanto que ha sufrido las consecuencias de los mismos.

En sí mismo, por tanto, el objetivo de reconocer y reparar a las víctimas o a determinadas víctimas, no merece reproche constitucional alguno. Ahora bien, la libertad de configuración del legislador para ordenar tal régimen de asistencia y reparación, en el que prevalece una perspectiva compensadora en favor de quien ha sufrido el daño, tiene, no obstante, un límite constitucional indudable. No pueden confundirse esos cometidos públicos de carácter asistencial con los que son propios y reservados al Poder Judicial. El deslinde entre la tarea administrativa de reconocimiento y compensación respecto a la investigación y persecución de hechos delictivos ha de ser particularmente claro. De este modo, la intervención pública para la protección de las víctimas podría ser anterior, simultánea o posterior a la iniciación, sustanciación y conclusión del proceso penal (así, por ejemplo las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, o la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo), pero el límite a estos efectos consiste en que el hecho lesivo no fuera delictivo y que se preserve en todo caso la preeminencia de la jurisdicción penal en la investigación y persecución de conductas que sí lo fueran.»

47.- El prelegislador a la hora de configurar el concepto de víctima y de establecer el procedimiento para su consideración como tal ha evitado incurrir en una conmixtión de funciones estrictamente administrativas de reconocimiento, protección y resarcimiento de las víctimas y funciones de investigación y averiguación de hechos aparentemente delictivos,



constitucionalmente reservadas a la jurisdicción. El anteproyecto, consciente de que la vía penal no es transitable por las razones expuestas por el Tribunal Supremo, ha optado por un mecanismo administrativo de reconocimiento de las víctimas de lo que denomina genéricamente «*violación de los derechos humanos*» que no comporta investigación de hechos, sino verificación de datos a partir de análisis de documentos e informaciones aportadas por administraciones u organizaciones, y que se limita a la inscripción como víctima en el registro correspondiente en el que se anotarán además «*las circunstancias respecto de la represión padecida, el fallecimiento o desaparición, en los términos del artículo 3.1, así como el lugar y la fecha en que ocurrieron los hechos, de ser posible, y la fuente de la que procede la información*».

48.- Dentro de este planteamiento de la noción de víctima, ajeno a la instrucción y enjuiciamiento de delitos, pudiera ser extraña *strictu sensu* la previsión contenida en el artículo 3.5 del Anteproyecto de acuerdo con la cual «*La consideración de víctima de conformidad con los apartados anteriores implicará la aplicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en cuanto sea procedente*». El prelegislador parece acoger con esta previsión la sugerencia contenida en el Informe del Relator especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (A/HRC/27/56/Add.1) de que, con ocasión de la tramitación y debate del anteproyecto de ley del estatuto de la víctima del delito se incluyeran todas las categorías de víctimas, «*incluyendo las de la Guerra Civil y el franquismo, promoviendo la participación de las mismas en la elaboración de la ley*» (par. 87).

49.- Ahora bien, la Ley 4/2015 contiene el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos. Por supuesto, los derechos procesales contemplados en los Títulos II y III presuponen, necesariamente, la existencia de un proceso penal sobre los hechos presuntamente delictivos. Pero, también los derechos extraprocesales de las víctimas, recogidos en el Título I, aunque se reconocen con independencia de que la víctima sea parte en un proceso penal o haya decidido o no ejercer algún tipo de acción, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal, tienen una finalidad tuitiva que está conectada a la apertura actual o futura de un proceso penal.

50.- La Ley 4/2015, como pone de manifiesto su preámbulo, establece como uno de sus efectos «*ofrecer un concepto unitario de víctima del delito, más allá de su consideración procesal*», por lo que «*considera oportuno [...] incluir en el concepto de víctima indirecta algunos supuestos que no vienen impuestos por la norma europea, pero si por otras internacionales, como la*



Convención de Naciones Unidas, para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas». Hay que señalar que el mencionado tratado constituye un elemento esencial de la denominada justicia transicional, además de uno de los nueve tratados internacionales esenciales de Derechos Humanos en el sistema universal de protección y promoción. Además, en apartado III del citado preámbulo del Estatuto de la víctima del delito se afirma que *«la protección y el apoyo a la víctima no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal. Se funda en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima [...] el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima no se limita a los aspectos materiales y a la reparación económica, sino que también se extiende a su dimensión moral»*. Es de señalar que incluso aceptando la limitación que impone la jurisprudencia existente, de esta no se desprende una prohibición de denuncia o querrela independientemente del resultado de la misma. Y, en este sentido, el artículo 3 de la Ley 4/2015 reconoce los derechos de la víctima *«con independencia [...] del resultado del proceso»*. Incluso el artículo 7.1.a) incluye dentro de los derechos de información específica de las víctimas *«la resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal»*. Igualmente, el artículo 12 incluye la obligación de notificar el sobreseimiento, especialmente en casos de desaparición. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, a pesar del carácter estrictamente administrativo del procedimiento de reconocimiento de la condición de víctima, totalmente desvinculado de la perspectiva penal con la que pudieran valorarse los hechos o circunstancias de las violaciones de derechos humanos, que resulta, por un lado, intransitable de acuerdo con la doctrina fijada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y, por otro lado, vedada a cualquier autoridad o institución distinta de la jurisdicción, por imperativo del artículo 117.3 CE (STC 85/2018), el reconocimiento *«en lo que proceda»* de los derechos que conforman el estatuto jurídico de las víctimas de los delitos no resulta extraño a la lógica del Estatuto de la víctima, aunque sería conveniente precisar mejor los concretos aspectos en los que sería aplicable la Ley 4/2015. Por ello, se sugiere valorar la adecuación de la previsión del artículo 3.5 del Anteproyecto.

C) Consideraciones sobre los artículos 4 y 5: la vía legislativa para la declaración de nulidad de condenas y sanciones

51.- 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, estableció en sus artículos 2 y 3 el carácter radicalmente injusto de las condenas y



sanciones de la Guerra Civil y la Dictadura franquista, así como la ilegitimidad de los tribunales y de las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia. Concretamente se disponía que:

«Artículo 2. Reconocimiento general.

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

Artículo 3. Declaración de ilegitimidad.

1. Se declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones.

2. Por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, se declara en todo caso la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la presente Ley.

3. Igualmente, se declaran ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución».

52.- El carácter radicalmente injusto de las condenas y sanciones venía determinado, según la Exposición de motivos de la Ley, por *«su carácter absolutamente contrario a los derechos humanos»*, mientras que la *«ilegitimidad»* de los órganos se referenciaba en relación con los motivos de actuación, la forma de actuar y los sujetos sobre los que actuaron.

53.- El efecto jurídico que se anudaba a dicha declaración de injusticia e ilegitimidad de las *«condenas y sanciones»*, era, de conformidad con el artículo 4 de la norma, la obtención de una declaración de reparación y



reconocimiento personal, la cual era compatible, «con el ejercicio de las acciones a que hubiera lugar antes los tribunales de justicia» (artículo 4.1).

54.- La compatibilidad establecida en el artículo 4.1 permitía, por tanto, que los interesados interpusieran recursos de revisión contra las condenas de los tribunales franquistas, vía que se venía empleando ya con anterioridad a la aprobación de la Ley de Memoria Histórica. Debe recordarse que la admisión a trámite de dichos recursos debe pasar, en primer lugar, por el examen de la concurrencia de alguno de los motivos estipulados en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en el caso de los tribunales militares, del artículo 328 de la Ley Procesal Militar. Con carácter general, los recursos de revisión contra las sentencias de los tribunales franquistas se han basado bien en el principio de *non bis in idem* (328. 5ª LPM), en cuyo caso, han prosperado (Sentencia de la Sala 5ª del TS de 19 de febrero de 2007, [ECLI:ES:TS:2007:1411], dictada en el asunto Ricardo Puente, único recurso que ha prosperado) o en los *nova facta* (954.4º LECrim y 328.6º LPM). En relación con la alegación de este último motivo, eran utilizadas como base argumentativa, la STC 150/1997, de 29 de septiembre, que consideraba como hecho nuevo la STC 111/1993, de 25 de marzo -que había declarado inconstitucional la interpretación del artículo 321.1 del CP de 1973-, y que se mostró favorable a la revisión de las condenas realizadas en base a dicha interpretación inconstitucional, el Auto del TC 260/2000, de 13 de noviembre, que sentenció como un hecho nuevo un dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, o la Sentencia del TS de 13 de febrero de 1999, que consideró que el cambio jurisprudencial también podía fundamentar un recurso de revisión. Sin embargo, el pleno no jurisdiccional de 30 de abril de 1999 del TS ya había desautorizado esa interpretación extensiva del cambio jurisprudencial como hecho nuevo (como también señala el Auto de la Sala 5ª de 21 de septiembre de 2006, "solo entraría en juego en los supuestos en que el cambio jurisprudencial de lugar a la despenalización total o destipificación de algunas conductas determinadas"). También ha sido utilizado por los recurrentes el argumento de que el texto constitucional debiera ser entendido como un «*hecho nuevo*», lo que ha sido rechazado por el Tribunal Supremo, que ha fundamentado su decisión en la irretroactividad de la Constitución, es decir, de la falta de carácter retroactivo respecto de todas aquellas situaciones jurídicas nacidas con anterioridad que hubieran agotado sus efectos (Auto del TS (Sala 5ª) de 14 de julio de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:7723A] y STS (Sala 5ª) de 13 de mayo de 2003 [ECLI:ES:TS:2003:3246], entre otras resoluciones, de conformidad con la doctrina constitucional que puede encontrarse en las STC 43/1982, de 6 de julio [ECLI:ES:TC:1982:43] y el más reciente ATC 187/2004, de 25 de mayo). Del mismo modo, se han alegado como hechos nuevos las condenas



del franquismo (por ejemplo, las proposiciones no de ley aprobadas por la Comisión Constitucional del Congreso el 20 de noviembre del 2002, que condenaban el régimen franquista). Sin embargo, dichas argumentaciones han sido rechazadas (Auto del TS de 16 de junio de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:7858A] -entre otros-, que rechazaba las proposiciones no de ley por no tener el carácter de pruebas admisibles procesalmente). En definitiva, la jurisprudencia rechaza el derecho como hecho, o lo que es lo mismo, los actos jurídicos como base para asentar la admisión de un recurso de revisión, descartando también como tal la propia Ley 52/2007, de 26 de diciembre. Debe tenerse en cuenta que también se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos (artículo 954.3 LECrim); sin embargo, España no ratificó este convenio hasta el año 1979, con posterioridad a la dictadura franquista, por lo tanto esta causa no puede ser justificativa de la interposición de un recurso de revisión en los casos de las condenas franquistas.

55.- A pesar de la dificultad manifiesta de que los recursos de revisión contra las sentencias del franquismo y, por tanto, la vía judicial para la anulación de las condenas, prosperasen, en 2007 el legislador optó, como hemos visto, por no introducir en el texto una declaración explícita de nulidad de las condenas y/o sanciones. El asunto fue objeto de debate tanto en el ámbito de la Comisión Interministerial antes citada, como en el parlamento durante su tramitación (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 222, de 14 de diciembre de 2006), siendo uno de los argumentos principales para rechazar dicha posibilidad el concepto de seguridad jurídica, entendido como la continuidad del ordenamiento jurídico y del Estado. A su vez, la Comisión Interministerial constataba que: *«no resulta factible alcanzar ese objetivo a través de los recursos actualmente existentes en nuestro ordenamiento jurídico, [por lo que] sólo cabría pensar en el establecimiento por ley de un cauce judicial ad hoc, de carácter excepcional y extraordinario que permitiese la revisión de las condenas dictadas durante la Guerra Civil y la posterior dictadura»*, pero descartaba también la viabilidad de dicha opción por las dificultades de orden técnico y práctico que entrañaba, como la de conseguir y aportar los documentos y demás elementos probatorios en los que fundamentar su pretensión en cada uno de los procesos de revisión que se sustanciasen, y la necesidad de preservación de la seguridad jurídica, desaconsejando la instauración de un procedimiento extraordinario de revisión, que rescindiera retroactivamente la cosa juzgada.



56.- La opción del legislador de limitar las disposiciones de la Ley de Memoria Histórica a la declaración de ilegitimidad, y la compatibilidad recogida en el artículo 4.1 y antes reseñada, llevaron a que, a pesar de su ya manifiesta falta de idoneidad para la declaración de la nulidad de las condenas, la vía judicial continuase siendo transitada por los interesados. Y ello resulta de fundamental trascendencia, toda vez que en relación con dichos recursos de revisión para cuya interposición se solicita autorización con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 52/1997, de 26 de diciembre, la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha construido una línea jurisprudencial basada en la inexistencia de las sentencias cuya revisión se pretende, y ello, precisamente en virtud de la citada Ley de Memoria Histórica. Así cabe citar en primer lugar el Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:2595A] que inadmite el recurso de revisión en el caso del poeta Miguel Hernández, por entender que la sentencia a la que se refería ya no existía, toda vez que la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, había declarado que era radicalmente injusta e ilegítima por vicios de fondo y forma, lo que equivalía a decir que carecía actualmente de cualquier vigencia jurídica. Es decir, para la Sala la ilegitimidad equivale a carencia de vigencia jurídica, y, por lo tanto, a la inexistencia de la sentencia condenatoria, lo que provoca la falta de “presupuesto objetivo del recurso de revisión”, considerando así el tribunal que no hay nada que revisar y, por lo tanto, denegando la autorización para la interposición del recurso de revisión. Como recuerda la Sala *«Conforme a lo dispuesto en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para que una resolución judicial sea susceptible de revisión es necesario que cumpla tres requisitos: a) que sea una sentencia; b) que sea firme; y, c) que sea condenatoria. Ello presupone, obviamente, la existencia de una sentencia condenatoria válida y vigente, es decir una resolución condenatoria que se halle vigente en el mundo jurídico y que, en consecuencia, solo pueda ser dejada sin efecto mediante el proceso de revisión, supuesto que, como veremos, no concurre en el caso actual»*. Frente al citado auto se presentó recurso de amparo ante el TC, que fue inadmitido mediante providencia de 17 de septiembre de 2012, por inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo.

57.- La Sala Quinta mantiene el mismo criterio en su Auto de 30 de marzo de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:5004A], en el que señala que: *«No suscita duda alguna que la Sentencia del Consejo de Guerra Permanente nº 3 de Madrid, de 27 de Octubre de 1.942, que condenó a D. Vicente , a la pena de doce años y un día de reclusión menor resulta afectada por la Ley 52/2.007, pues, como se anticipa en su Exposición de Motivos, en la misma se hace una proclamación general del carácter injusto de todas las condenas, sanciones y expresiones de violencia personal producidas por motivos inequívocamente*



políticos o ideológicos, durante la Guerra Civil, así como de las que, por las mismas razones, tuvieron lugar en la Dictadura posterior [...]. Todos estos elementos evidencian que la referida Sentencia es un caso paradigmático de aquellos a los que deben serle aplicadas las prescripciones contenidas en los artículos 2º y 3º de Ley 52/2.007. Concorre el presupuesto procesal (fue dictada por un Consejo de Guerra), el presupuesto temporal (se dictó en la Dictadura, en un momento inmediatamente posterior a la Guerra Civil) y el presupuesto material (son patentes las razones políticas e ideológicas de la condena)». En similares términos se pronuncia el Auto de 29 de junio de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:5483A4].

58.- Del mismo modo, y siguiendo la misma línea que la Sala Quinta del TS, el Decreto del Fiscal General del Estado de 5 de abril de 2010, en relación con los juicios del Presidente de la Generalitat de Cataluña don Lluís Companys i Jover, y la interposición del recurso de revisión considera que: *«esta actuación no tendrá trascendencia jurídica alguna porque el efecto que se pretende que no es otro que la «desaparición» jurídica de dichas resoluciones por su naturaleza intrínsecamente injusta, se ha producido ope legis, al ser consideradas por expresa disposición legal injustas e ilegítimas por vicios esenciales de fondo y de forma y por haberse generado, con ocasión de la tramitación de los procedimientos que dieron lugar a las mismas, una vulneración esencial de todos los derechos y garantías inherentes a un proceso justo, así como por el carácter ilegítimo de los órganos sancionadores y de la propia legislación aplicada. No concurre, en consecuencia, el presupuesto esencial sobre el que se articula el recurso de revisión cual es la existencia de sentencia judicial firme y plenamente vigente. De hecho, pretender ahora, tras la entrada en vigor de la Ley 52/2007, de Memoria Histórica, la revisión, en sentido técnico-jurídico, de las resoluciones judiciales dictadas contra don Lluís Companys i Jover, sería tanto como reconocer, implícitamente, la actual vigencia y efectividad de las mismas pese a la radical declaración de injusticia e ilegitimidad que contienen los artículos 2 y 3 de la disposición legal antes citada. Es decir, resulta improcedente iniciar el proceso concreto de revisión de unas resoluciones privadas totalmente de eficacia y validez por decisión expresa y categórica del legislador que como claramente indica en la Exposición de Motivos de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, quiere así subrayar, de forma inequívoca, la carencia actual de vigencia jurídica de aquellas disposiciones y resoluciones contrarias a los derechos humanos al tiempo que contribuye a la rehabilitación moral de quienes sufrieron tan injustas sanciones y condenas».*

59.- El decreto concluía acordando: *«Reconocer que las sentencias dictadas por el Tribunal de Responsabilidades Políticas de Barcelona en fecha 13 de*



*diciembre de 1939 y por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales en fecha 14 de octubre de 1940, relativas al Presidente de la Generalitat de Cataluña don Lluís Companys i Jover, son inexistentes y nulas de pleno derecho sin que subsista actualmente apariencia alguna de legalidad o validez de las mismas, al haber sido expulsadas del ordenamiento jurídico, por lo que resulta legalmente improcedente, por falta de objeto, la interposición del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo». De esta forma, en primer lugar, se constataba nuevamente que la vía judicial -concretamente el recurso de revisión- se evidenciaba como una vía muerta para conseguir una declaración explícita de nulidad. Al mismo tiempo, la Fiscalía General del Estado equiparaba ilegitimidad, inexistencia, nulidad y expulsión del ordenamiento jurídico. De forma concreta, en el marco de la autorización para la interposición de recurso de reposición (núm. 18/2015), el Ministerio Público aduce, tal y como se recoge en el Auto de 29 de junio de 2015 de la Sala 5ª del TS, en relación con la el recurso de revisión para la declaración individual de nulidad de estas sentencias, que «*tal solución resulta en gran medida incompatible con la elegida por la Ley 52/2007, invocada paradójicamente como fundamento del recurso, pues aquélla presupondría la existencia de una sentencia aparentemente válida y eficaz en tanto no fuera revocada, que es lo que precisamente ha tratado de evitar el legislador mediante la declaración general de ineficacia de las referidas sentencias y de ilegitimidad de los tribunales que las dictaron, por lo que entiende que no parece que tenga sentido que el Tribunal Supremo deba declarar la nulidad de pronunciamientos a los que previamente el ordenamiento jurídico ha privado de legitimidad, validez y eficacia*».*

60.- En este sentido, cierto es que el legislador de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, optó conscientemente por no recoger una declaración explícita de nulidad de las condenas y/o sanciones -y ello fue debatido en su tramitación-, pero no cabe duda de que la interpretación jurisprudencial atribuye a esa declaración de ilegitimidad que realiza el legislador una consecuencia concreta, la inexistencia, anudando a ello el resultado de que el recurso de revisión -y por tanto la intervención judicial- es la única vía posible para la nulidad solo frente a condenas válidas y vigentes, pero no frente a aquellas que no reúnen dichos requisitos.

61.- En el Anteproyecto objeto de informe, el prelegislador explicita la inexistencia derivada de la declaración de ilegitimidad mediante una declaración de nulidad en su artículo 4, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Como expresión del derecho de la ciudadanía a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal, familiar y colectiva, se reconoce y declara el carácter radicalmente nulo de todas las condenas y sanciones



producidas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa durante la Guerra, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura, independientemente de la calificación jurídica utilizada para establecer dichas condenas y sanciones».

62.- Dicha declaración de nulidad general se ve completada por la regulación contenida en el artículo 5, cuyos apartados 1, 2 y 3 estipulan:

«1. Se declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos, de conciencia o creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la ilegitimidad y nulidad de sus resoluciones.

2. Por ser contrarios a Derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo, así como la concurrencia en estos procesos de intimidación e indefensión, se declara en todo caso la nulidad de sus resoluciones y la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos, de conciencia o creencia religiosa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la presente ley.

3. Igualmente, se declaran ilegítimas y nulas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución, independientemente de la calificación jurídica utilizada para establecer dichas condenas y sanciones».

63.- La redacción elegida resulta, *prima facie*, prácticamente idéntica a la contenida en el artículo 3 de la Ley de Memoria Histórica, concretamente es coincidente en su apartado 1, sin embargo, se introducen una serie de modificaciones que, a pesar de su brevedad, implican la introducción de cambios sustanciales. Así, el prelegislador dispone en el apartado 2 de este artículo 5 no solo la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público, así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos, de conciencia o creencia religiosa, cuestión que, como se ha señalado, ya se había establecido en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, sino que declara la nulidad de sus resoluciones. Al mismo tiempo, en el apartado 3, a la ilegitimidad declarada de las condenas y sanciones



impuestas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa durante la Guerra y la Dictadura ya contenida en la Ley de Memoria Histórica, el prelegislador añade ahora su nulidad, concretando además que la misma es predicable «*independientemente de su calificación jurídica*», de lo que se desprende que dicha disposición alcanza a la parte dispositiva de las sentencias de los tribunales u órganos penales de la época que contengan materialmente condenas o imposición de sanciones, encuadrándose dicha opción legislativa dentro de la evolución del paradigma de la ilegitimidad, interpretado como inexistencia por la jurisprudencia de la Sala Quinta.

64.- La opción elegida por el prelegislador de declarar, junto a la ilegitimidad, la nulidad de condenas y sanciones responde, a la vista de la Exposición de Motivos del Anteproyecto y del propio contenido de los artículos 4 y 5, a un propósito de reparación moral de las víctimas, desvinculado de la reparación económica, cuestión sobre la que se profundiza en párrafos posteriores. Ello no obsta para poner de manifiesto que, en vista de lo señalado en el párrafo anterior, se evidencia la existencia de una regulación discordante entre los apartados 2 y 3 del artículo 5, toda vez que, en el primer caso, al predicar la nulidad de las resoluciones en su conjunto de determinados tribunales, se lleva a cabo una declaración genérica y global que afecta a la totalidad e integridad de las resoluciones de dichos órganos, obviándose el hecho de la existencia de resoluciones de muy diversa índole, y que no necesariamente incorporan un contenido condenatorio o sancionador, y cuya nulidad, por tanto, aparece falta de fundamentación y desvinculada del objeto y ámbito del APL. En este sentido, procedería que por parte del prelegislador se reformulase la redacción del apartado segundo del artículo 5, en lo que a la nulidad de las resoluciones se refiere, a fin de establecer la necesaria conexión con el apartado tercero, y que, por tanto, a efectos de coherencia interna del texto, y de seguridad jurídica, se limitase la nulidad a los pronunciamientos de dichas resoluciones con un contenido específico de condena o sanción, sin perjuicio de las consideraciones que a continuación se realizan sobre el apartado 3 y la nulidad de las sentencias.

65.- En relación con la nulidad de las condenas y sanciones que se regula en el apartado 3, y su afectación a las sentencias de los tribunales u órganos penales, procede comenzar señalando que el empleo de la vía legislativa para declarar la nulidad de sentencias no es ajeno al contexto europeo, en el que resulta de obligada referencia la ley alemana de Nulidad de las Sentencias Nacionalsocialistas Injustas en la Administración de Justicia Penal, de 25 de agosto de 1998, que establece la nulidad *ipso iure* de todas las sentencias y condenas dictadas por la administración de justicia penal a partir del 30 de enero de 1933 en contra de los más elementales principios de justicia y que



tenían por objeto la consolidación del Régimen Nacional socialista al tiempo que estaban basadas en discriminación por motivos políticos, militares, raciales, religiosos o ideológicos. La Ley de 1998 fue modificada el 23 de julio de 2002 por la "Ley de Modificación de la Ley de Nulidad de las Sentencias Nacionalistas" que amplió el anexo a que se refiere el numeral 2.3 para incluir una serie de grupos diferentes de víctimas, entre ellas los homosexuales y los desertores. La nulidad de las sentencias judiciales no viene referida únicamente a decisiones de un determinado régimen como pudo ser el nacionalsocialista en Alemania, también se ha dispuesto la nulidad de condenas judiciales por parte de la Asamblea Nacional de Hungría, que mediante la Ley No. 11 de febrero de 1992 declaraba nulas las condenas pronunciadas entre el 5 de abril de 1963 y el 15 de octubre de 1989 en aplicación de la legislación penal que se enuncia en la misma. Del mismo modo, en Checoslovaquia, la Ley 119/1990 de Rehabilitación Judicial (de Rehabilitación de las Víctimas por motivos políticos) del 23 de abril de 1990, se refería a las rehabilitaciones por crímenes políticos y tenía por objetivo *«corregir las iniquidades contra los individuos condenados por sentencias injustas»*, disponiendo la anulación automática de las sentencias basadas en leyes que recogían crímenes políticos abolidos después de noviembre de 1989. En la propia Alemania, y en relación con las sentencias de la República Democrática, el 29 de octubre de 1992 el parlamento sanciona la primera ley para la rectificación de las injusticias del SED (Partido Socialista Unitario, *Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*) y el 23 de junio de 1994 el mismo parlamento sancionará la segunda ley para la rectificación de las injusticias del SED que complementa la primera ley.

66.- Por su parte, las recomendaciones internacionales a las que se ha hecho referencia en las Consideraciones generales de este informe, y de las que se hace mención en la Exposición de Motivos de la anteproyecto, también hacen alusión a la cuestión, concretamente, el relator especial concluye la necesidad de que por parte del Gobierno y el Poder Legislativo se retome el análisis de la nulidad de las sentencias y se señala la conveniencia de no invocar el principio de seguridad jurídica por encima de los derechos de las víctimas, el derecho a la justicia y los principios del debido proceso.

67.- A mayor abundamiento, desde un punto de vista general, tampoco debe olvidarse que, como recuerda el TC en su Sentencia 139/2005, de 26 de mayo [ECLI:ES:TC:2005:139]: *«como ya dijimos en la STC 181/2000, de 29 de junio, "del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con*



que pretende regular una determinada materia" (FJ 19). Tanto menos podrá, por consiguiente, compartirse una interpretación del alcance de dicho principio que llegue al extremo de consagrar una auténtica cristalización del ordenamiento resultante de la labor interpretativa llevada a cabo por los Jueces y Magistrados en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales. [...] Las relaciones entre los poderes legislativo y el judicial no se establecen, como es obvio, en términos de supra e infraordenación, a diferencia del presupuesto del que partía, en la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la STC 76/1983, de 5 de agosto)».

68.- En vista de lo anterior, procede poner de manifiesto que la cuestión de la nulidad de las condenas y sanciones impuestas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa durante la Guerra y la Dictadura no se encuentra encuadrada en el ámbito de la nulidad de actos administrativos, decisiones judiciales o leyes de un ordenamiento jurídico determinado, mediante las técnicas de las que el mismo se ha dotado para expulsar los actos viciados, sino que se enmarca, como puede observarse en los antecedentes europeos reseñados, en el ámbito de la sucesión de ordenamientos jurídicos, cuya característica principal además es, en este caso concreto, la divergencia esencial de los principios y valores que rigen en cada uno de ellos. Es por ello que resulta adecuado adentrarse en una breve exposición de la diferente dimensión de ambas situaciones.

69.- En el primer caso, la anulación implica la expulsión de un acto, de una norma o de una decisión jurisdiccional, de un ordenamiento jurídico considerado. Funciona en múltiples planos jurídicos, como el administrativo, el judicial y el legislativo, si bien su regulación es, claramente, diversa. De forma resumida, en el primer caso, el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas recoge los motivos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos; por su parte, los artículos 238 de la LOPJ y 225 de la LEC, recogen los motivos de nulidad de las actuaciones procesales; y finalmente el artículo 161 de la Constitución recoge el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. Al margen de las particularidades de la regulación, en todos los casos, el ordenamiento jurídico se ha dotado de los instrumentos necesarios para reaccionar frente a circunstancias cuya gravedad opera como límite del principio de seguridad jurídica. En definitiva, el ordenamiento jurídico otorga a una serie de vicios (materiales, de competencia, procedimentales, de contenido), una determinada entidad, en función de la cual se determinan consecuencias de mayor o menor gravedad, de la nulidad de pleno derecho, a la anulabilidad, o la existencia de defectos no determinantes de invalidez, anteponiendo los



derechos fundamentales u otros principios, como el de justicia, al principio de seguridad jurídica.

70.- Como señala la doctrina, la nulidad, independientemente de las causas que determinen su valoración, tiene siempre como nota identificadora la de ser una categoría tendente a la protección del propio ordenamiento jurídico a través de la privación de los efectos jurídicos producidos o cuya producción se pretenda. La nulidad de un acto administrativo o judicial, o la nulidad de una ley tiene como consecuencia que dicho acto o norma no ha existido, y todas las situaciones jurídicas que se crearon al amparo del mismo dejan de existir, extinguiéndose los efectos tanto pasados como futuros. Ahora bien, la interrelación fáctica y normativa puede llevar a la afectación de otras situaciones jurídicas vinculadas, haciéndose necesario, en ocasiones, adoptar las resoluciones necesarias sobre la extensión de la nulidad (por ejemplo, el artículo 79 del Código Civil en relación con los efectos de la nulidad matrimonial, o el artículo 161.a) *in fine* de la CE y artículo 40 de la LOTC, en relación con la extensión de los efectos de la inconstitucionalidad normativa). Y ello es así porque, aunque el acto nulo no debe producir efectos, de hecho, puede producirlos, por ello la nulidad trata de evitar que esos efectos se produzcan o de eliminarlos si han llegado a producirse.

71.- En este sentido, a pesar de tratarse de una categoría jurídica, exclusivamente aplicable a actos jurídicos -y no humanos-, los efectos reales de la nulidad se encuentran limitados no solo por las propias estipulaciones legales sobre su alcance en los casos concretos, como las que hemos citado, sino por la realidad de la consumación de los efectos jurídicos del acto que se pretende anular y la posibilidad de que la retroacción o eliminación de los mismos sea viable más allá del plano simbólico, lo cual debe ser tenido en cuenta al objeto de considerar la incidencia real de la nulidad de un concreto acto sobre el principio de seguridad jurídica.

72.- En el ámbito específico de la actuación procesal, el principio de seguridad jurídica conduce asimismo a los principios de conservación y subsanación de los actos procesales (artículos 242 y 243 LOPJ) y a la configuración de un método de alegación de los defectos invalidantes circunscrito, con carácter general, a los propios márgenes de los recursos legalmente establecidos para impugnar las resoluciones judiciales (artículo 240.1 LOPJ).

73.- En el mismo ámbito, el principio de seguridad jurídica deriva también en que la nulidad de actuaciones judiciales tenga un límite concreto, el valor de cosa juzgada de las sentencias firmas. En otras palabras, los vicios o defectos de los que pudieran adolecer los actos procesales deben ser



denunciados *in limine litis*, esto es, mientras exista proceso pendiente. Las partes, el juez y cualquier otra persona interesada en esa relación jurídica (legitimada), una vez que los actos alcanzaron valor o eficacia de cosa juzgada, estarán impedidos de alegar o impugnar los eventuales vicios, quedando estos convalidados, salvo que el defecto o vicio sea constitutivo de alguna de las causales del recurso de revisión.

74.- Sin embargo, aun siendo la cosa juzgada un límite para la valoración y aplicación de la nulidad, existen supuestos en que el ordenamiento permite atacar la sentencia firme, que podrían ser utilizados como medios para hacer valer la nulidad. Uno de esos cauces procesales es el recurso de revisión, que, sin embargo, no es en sí mismo un recurso de anulación, y, por tanto, aunque puede permitir la denuncia de determinadas nulidades procesales, ve limitada su capacidad práctica de utilización en el caso que nos ocupa, como se ha puesto de manifiesto, y como ha reiterado el TS, y concretamente su Sala Quinta: *«el objeto del denominado Recurso extraordinario de Revisión se contrae a enervar el efecto preclusivo de la cosa juzgada, desplazando la seguridad jurídica que la misma incorpora por el prevalente valor justicia, (art. 1.1 CE), cuando concurren los supuestos tasados que la legislación procesal establece (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre , y 150/1997, de 29 de septiembre)»*.

75.- La intangibilidad de la resolución jurisdiccional y el principio de seguridad jurídica enlazan también con el derecho a la ejecución de las sentencias integrado en el derecho a una tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). Obtener un determinado pronunciamiento -penal en este caso- solo satisface plenamente el derecho fundamental si los efectos jurídicos anudados al mismo se materializan mediante la correspondiente ejecución. Como señala el TC, "el derecho a la tutela judicial en la que se integra el derecho a la ejecución «se califica por la nota de efectividad» en nuestra Constitución" (STC 1/1981, de 26 de enero, [ECLI:ES:TC:1981:1]).

76.- A pesar de ello, tampoco el derecho a la ejecución es absoluto. Procede recordar aquí la jurisprudencia del TC, en relación con este tema: *«es claro que lo contrario supondría constreñir indebidamente la legítima opción del legislador de modificar, en todo o en parte, la regulación jurídica de una determinada materia o de un concreto sector del ordenamiento; y conduciría, en última instancia, a la petrificación de cualquier régimen normativo tan pronto se hubiera dictado una Sentencia aplicando el régimen jurídico precedente. De lo que resultaría, en suma, que el ordenamiento perdería el carácter evolutivo y dinámico que es propio de los sistemas normativos modernos. [...] Pues es suficiente recordar al respecto que, como ha declarado*



este Tribunal, «el derecho a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las Sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo» (SSTC 153/1992, de 19 de octubre, FJ 4 y 91/1993, de 15 de marzo, FJ 3). Y uno de estos supuestos es, precisamente, la modificación sobrevinida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate, o, si se quiere, una alteración «de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta» ya que, como regla general, «una vez firme la Sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador» (STC 41/1993, de 8 de febrero, FJ 2). [...] ». Sin perjuicio de la necesidad de la necesidad del análisis concreto, toda vez que, como señala la misma resolución: «No tiene cabida en nuestra Constitución aquella Ley o el concreto régimen jurídico en ella establecido cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme. Si se quiere, dicho en otros términos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la Ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar. Pues en este caso, atendidas "las características del proceso y el contenido del fallo de la Sentencia" (SSTC 153/1992, de 3 de mayo FJ 4 y 91/1993, de 15 de marzo, FJ 3), cabría estimar que tal Ley sería contraria al art. 24.1 en relación con los arts. 117.3 y 118 CE, al faltar la debida proporción "entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto" (STC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5)». (STC de 14 de marzo de 2000 [ECLI:ES:TC:2000:73]).

77.- En definitiva, ni el principio de seguridad jurídica, ni la cosa juzgada, ni siquiera el derecho a la ejecución de las sentencias pueden reputarse de carácter absoluto; las sentencias y su ejecución no son absolutamente inexpugnables, pudiendo ser cuestionadas en virtud de otros principios constitucionales, como puede ser el de justicia, finalidad última del recurso de revisión -como ya se ha referenciado y como reitera, entre muchas otras, la Sentencia del TS de 29 de abril de 2004: «el procedimiento establecido para la revisión de sentencias firmes, regulado bajo la denominación legal de recurso de revisión es un remedio excepcional al tener por objeto la revocación de sentencias firmes y atentar por ello al principio de cosa juzgada, e implica por tanto la inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con notoria equivocación o error, de modo que su finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre la sentencia firme la auténtica verdad y con ello la justicia material sobre la formal (STS de 30 de noviembre de 1981 y 11 de junio de 1987, entre otras)»-.



78.- Sin embargo, en el caso que nos ocupa, y como hemos señalado anteriormente, la declaración de nulidad que realiza el prelegislador viene referida no a una anulación y expulsión del ordenamiento jurídico de normas o resoluciones judiciales que, perteneciendo al ordenamiento jurídico constitucional, han incurrido en alguno de los supuestos tasados legalmente que les hacen merecedores de dicha sanción, sino que se establece la nulidad de determinadas resoluciones judiciales que, dictadas en el marco de un ordenamiento jurídico precedente, no resultan compatibles, ni pueden subsistir conjuntamente, con la norma de referencia y los principios básicos del ordenamiento jurídico actual. En este sentido, debe recordarse que la limitación temporal y material contenida en los artículos 4 y 5 del Anteproyecto, que excluye las condenas que pudieran considerarse igualmente injustas bajo los presupuestos establecidos por la jurisprudencia y que hubieran sido impuestas durante la misma por los tribunales republicanos, tiene su razón de ser en el hecho de que el sistema jurídico y político en el que se encontraban basadas, y las propias resoluciones judiciales, fueron ya anuladas por el ordenamiento jurídico franquista, que, en igual aplicación del principio de incompatibilidad de sistemas jurídicos, las expulsó del nuevo sistema. Cabe mencionar en este punto el Decreto de 1 de noviembre de 1936, que señalaba que "La naturaleza del movimiento nacional no necesita de normas derogatorias para declarar expresamente anuladas todas cuantas se generaron por aquellos órganos que revestidos de una falsa existencia legal mantuvieron un ficticio funcionamiento puesto al servicio de la anti-patria" y la Ley del 8 de mayo de 1939 sobre invalidez de las actuaciones practicadas por funcionarios extraños al Movimiento Nacional, que recogía que: "Es una realidad inconcusa, que desde la fecha del Glorioso Alzamiento Nacional la jurisdicción ejercida en los territorios de dominación roja se convirtió en meramente de hecho y quedó privada de legitimidad. Todas las actuaciones tramitadas por los jueces extraños al Movimiento Nacional son, pues, absolutamente nulas". Añadiendo que, en algunos supuestos, se establecerá el procedimiento para la anulabilidad de las resoluciones dictadas por determinados Juzgados y Tribunales. Disposición que luego se concreta, en función de la naturaleza y objeto del procedimiento civil, penal y contencioso-administrativo.

79.- La regulación del anteproyecto se sitúa, en definitiva, y como se había apuntado, en línea con la jurisprudencia que considera las sentencias que nos ocupan inexistentes bajo el cumplimiento de los tres presupuestos procesal, temporal y material antes citados (Auto de la Sala Quinta del TS de 30 de marzo de 2012). Debe ponerse de manifiesto que si se cumplen dichos presupuestos carece de relevancia el título de imputación que derivó en condena, toda vez que la injusticia de las condenas no se basa en el crimen



juzgado, sino en el hecho de que el proceso careció de las mínimas garantías que permitan sostener una probada culpabilidad del condenado, que lo fue por motivos ideológicos y/o políticos, y no porque quedara demostrado el crimen del que fue acusado. Ello hace inviable el argumento de que no pueden ser anuladas las sentencias de condena por la comisión de crímenes no políticos y actualmente penados en nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

80.- La inexistencia aparece equiparada funcionalmente a la nulidad, toda vez que la categoría o bien resulta inútil o se inserta en el plano ontológico, es decir, el acto -sentencia- inexistente no sólo es que no deba producir efectos, sino que de hecho no los produce. Así, la inexistencia derivada de la declaración de ilegitimidad de la Ley de Memoria Histórica, impide, de conformidad con la jurisprudencia, una declaración de nulidad judicial (entendida como el acto de expulsión del propio ordenamiento jurídico de una condena aparentemente válida y vigente llevado a cabo a través del recurso de revisión), pero equivale funcionalmente a su nulidad jurídica, que puede ser explicitada por vía legislativa, sin producir ninguna consecuencia diferente o adicional a las ya existentes.

81.- En este sentido, el anteproyecto no genera ningún cambio de paradigma ni modificación jurídico-práctica en relación con la regulación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, pues se centra, como se ha señalado anteriormente, en un propósito de reparación moral, y establece en el apartado 4 del artículo 5 que: *«La declaración de nulidad que se contiene en los apartados anteriores dará lugar al derecho a obtener una declaración de reconocimiento y reparación personal. En todo caso, esta declaración de nulidad será compatible con cualquier otra fórmula de reparación prevista en el ordenamiento jurídico, sin que pueda producir efectos para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado, de cualquier administración pública o de particulares, ni dar lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional»*. De tal forma que, al igual que se hace en el año 2007, se excluye la responsabilidad patrimonial del Estado. Del mismo modo, se remite al correspondiente procedimiento administrativo en el artículo 6, al igual que se hacía en el artículo 4 de la Ley de Memoria Histórica.

82.- No obstante, debe tenerse en cuenta que la exclusión de la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la nulidad de las condenas o sanciones que realiza el prelegislador no implica, necesariamente, la imposibilidad de que dicha responsabilidad pueda llegar a ser reclamada y, en su caso, resultar de obligado cumplimiento para el



Estado, tal y como se desprende de la Decisión de inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la demanda núm. 39162/12 (caso Ruiz-Funes Montesinos y otros contra España), y que excluye la responsabilidad patrimonial del Estado español en dicho caso concreto, con base en que la Ley 52/2007 de Memoria Histórica no tenía como objeto anular las decisiones judiciales pronunciadas durante la Guerra Civil y el régimen dictatorial, habiendo declarado, sin embargo, su carácter ilegítimo o manifiestamente injusto, no estando establecido en el derecho interno que ello pudiera dar, por sí solo, derecho a una indemnización o reparación pecuniaria por los perjuicios derivados de la condena padecida. En definitiva, dentro del objetivo limitado de reparación moral que comporta la declaración de nulidad de condenas y sanciones que se realiza en el APL, sería conveniente que por parte del prelegislador se tomara en consideración las posibles consecuencias que la misma podría tener en el ámbito de la responsabilidad patrimonial -al margen de la limitación introducida en el apartado 4 -teniendo en cuenta la normativa y jurisprudencia interna y europea al respecto de dicha figura.

83.- Toda vez que, más allá de lo apuntado en el párrafo precedente, no se produce con la declaración explícita de nulidad recogida en el apartado 3 del artículo 5 efecto jurídico alguno diverso o divergente del producido por la declaración de ilegitimidad de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, en línea con la interpretación de inexistencia de las sentencias establecida por la jurisprudencia de la Sala Quinta del TS, no parece que la seguridad jurídica se vea afectada, ni la continuidad del ordenamiento jurídico -constitucional-perturbada.

II

Título II

A) Derecho de las víctimas a la verdad

84.- En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha identificado como uno de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos el derecho a la verdad, entendido, de acuerdo con el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, elaborado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (E/CN.4/2005/102/Add.1), en los siguientes términos: *«Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las*



circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima».

85.- El **artículo 14** del Anteproyecto, que es el precepto cabecera del capítulo I del Título II, define el derecho de las víctimas a la verdad en línea con el entendimiento de este derecho en el *soft law* iusinternacional. El capítulo se divide en dos secciones dedicadas a la regulación de la localización e identificación de personas desaparecidas (arts. 15 a 25) y a la ordenación de archivos y documentos de archivo y otros recursos de información para la recuperación de la Memoria Democrática (arts. 26 a 28). Desde la perspectiva de la potestad de informe de este Consejo, cabe detenerse en la regulación de algunos aspectos.

86.- El Anteproyecto presenta una importante novedad en relación con la Ley de Memoria Histórica y es la regulación en su **artículo 22** de los hallazgos casuales que pudieran pertenecer a las personas desaparecidas a las que se refiere el artículo 15 (personas desaparecidas durante la Guerra y la Dictadura), lo cual merece una valoración positiva, al configurarse la obligación de comunicación *«de forma inmediata bien a la autoridad administrativa, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o al Juzgado»*. Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que dicho precepto continúa estableciendo a su vez que dichas autoridades *«deberán ponerlo en conocimiento, a la mayor brevedad posible, a las autoridades competentes en materia de memoria democrática»*.

87.- En la legislación procesal encontramos la obligación de comunicación de oficio del Juzgado a los Servicios Sociales, prevista en el artículo 441.5 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el número 1º del artículo 250.1, a los meros efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad, con el correspondiente posible efecto suspensivo sobre el procedimiento. No existe, por lo demás, y fuera de la normativa procesal, la obligación por parte de un Juzgado de comunicar la existencia de un determinado proceso a la autoridad administrativa o gubernativa. Sin perjuicio de la evidente intencionalidad del precepto de lograr la oportuna coordinación entre diversas autoridades, resultaría más adecuado que la regulación de cualquier comunicación enmarcada en el procedimiento judicial se realizase a través de la normativa procesal, tanto para evitar una dispersión normativa que, en definitiva, dificulta el conocimiento por parte del órgano judicial de los trámites procedimentales, pudiendo mermar la eficacia procesal, como para cumplir adecuadamente con el principio de reserva de ley procesal del artículo 117.3 del texto constitucional.



88.- Las disposiciones del artículo 22 se completan con lo establecido en el **artículo 23**, apartados 1 y 2: «1. Los hallazgos de restos se pondrán inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal y las autoridades administrativas y judiciales competentes. 2. El traslado de restos humanos como consecuencia de los procedimientos de localización o por hallazgo casual requerirá autorización de la administración competente, sin perjuicio de lo que la autoridad judicial pueda disponer». Si bien dicha previsión resulta del todo punto correcta, toda vez que los hallazgos de restos humanos no tienen por qué ser necesariamente de las personas desaparecidas referenciadas en el precepto anterior, sino que pueden estar vinculadas a cualquier otra situación o contexto, de carácter delictivo o accidental, siendo procedente su puesta en conocimiento de las autoridades judiciales, debe significarse que resulta redundante con la regulación contenida en la LECrim (artículos 259 y siguientes), siendo además esta última la ubicación adecuada de la obligación de denuncia de la posible perpetración de un delito.

89.- En este contexto, cabe recordar que el ATS de 28 de marzo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3009A), tras reiterar la doctrina jurisprudencial que excluye la posibilidad del enjuiciamiento penal de los autores de los actos delictivos vinculados con la guerra civil y la dictadura, ha afirmado que «esto no deberá ser obstáculo para que, en presencia de indicios objetivables de la existencia de restos de posibles víctimas de delitos susceptibles de localización -salvo cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querrela se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible- pueda instarse del Juez de Instrucción competente según el art. 14.2 Lecrim, la práctica de las diligencias dirigidas a datar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente, en derecho. Pues si hay algo inobjetable desde cualquier punto de vista -por imperativo del respeto debido a la dignidad de todas las personas (art. 10.1 CE), y hasta por razones de policía sanitaria mortuoria (D. 2263/1974, de 20 de julio)- es que los restos de quienes hubieran sufrido muertes violentas no pueden permanecer en el anonimato ni fuera de los lugares propios de enterramiento. Y tampoco cabe imponer a sus familiares el gravamen representado por tal clase de situaciones, moral y jurídicamente insostenibles».

90.- El **artículo 25** dispone, bajo la rúbrica Comunicación al Ministerio Fiscal, que la Administración General del Estado pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de indicios de comisión de delitos que se aprecien con ocasión de localizaciones e identificaciones a que se refiere esta ley. Se trata de una norma dirigida a la AGE que viene a especificar para esta Administración el deber legal de denuncia (art. 259 y 262 LECrim) y que por ello resulta redundante.



91.- El artículo 28 del APL, intitulado «*Derecho de acceso y consulta de los documentos de archivo sobre la Guerra y la Dictadura*», y de conformidad con el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos establecido en el artículo 105 b) de la CE, concretiza el derecho al libre acceso a los archivos públicos y privados y la consulta de documentos históricos de la Guerra y la Dictadura, estableciendo la oportuna remisión al artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y al Capítulo 4 del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso. Toda vez que se referencia el título completo del Real Decreto, correspondería que se hiciera lo mismo en relación con la Ley del Patrimonio Histórico Español.

92.- La Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, en su artículo 2.1, determina de manera expresa el derecho de los ciudadanos al acceso a este tipo de documentación al indicar que «*son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 44, 149.1 y 149.2 de la Constitución garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo, y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él*». Del mismo modo, y de acuerdo con el artículo 57.1 c), aun cuando la documentación pueda contener datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, pueden ser consultados si ha transcurrido un plazo de veinticinco años desde la muerte, si su fecha es conocida, o, en caso de no serlo, si han transcurrido cincuenta años desde la fecha de los documentos, por tanto, y día de hoy, puede consultarse la documentación anterior a 1971, si se conoce la muerte de la persona objeto de reparación, o los documentos anteriores a 1996 en el caso de que sea desconocido su fallecimiento.

93.- De forma más específica, el apartado 4 del artículo 28 del anteproyecto señala que «*Los documentos de la Administración de Justicia y de los archivos judiciales sobre la Guerra y la Dictadura, una vez que cumplieron su función a disposición del órgano jurisdiccional correspondiente, tienen la condición de bienes del patrimonio documental estatal y su consulta se rige, igualmente, por las disposiciones señaladas en el apartado anterior*».

94.- El Real Decreto 937/2007, de 18 de julio, de modernización de los archivos judiciales, ya recogía que la documentación que produce la Administración de Justicia constituye parte integrante del Patrimonio Documental y Bibliográfico del Estado, por lo que la referencia en el APL no



introduce mayor novedad a este respecto. Este Real Decreto, cuyo ámbito de aplicación son los documentos judiciales existentes en los distintos juzgados y tribunales, que sean consecuencia de la actividad judicial, así como de los expedientes gubernativos que se sustancien en ellos, establece en su artículo 4, tres tipos de archivos judiciales: de gestión, territoriales y central.

95.- Los artículos 7 y 12 regulan respectivamente el acceso a los archivos judiciales de gestión, territoriales y central, de tal forma que, de conformidad con el artículo 235 de la LOPJ, tendrán acceso quienes hubieran sido parte en los procesos judiciales o sean titulares de un interés legítimo mediante solicitud al secretario responsable del archivo de que se trate, quien facilitará a los interesados el acceso a los documentos judiciales que consten en sus archivos, en la forma y con los requisitos establecidos en el Capítulo I del Título I del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, del Consejo General del Poder Judicial.

96.- El Real Decreto recoge igualmente en su artículo 14 la figura de las Juntas de Expurgo, que son aquellos órganos colegiados de naturaleza administrativa que tienen por finalidad determinar, por cuenta del órgano responsable del respectivo Archivo Judicial de Gestión, la exclusión o eliminación de los expedientes procesales o gubernativos del Patrimonio Documental o, en caso contrario, la transferencia de los mismos a la Administración competente en materia de patrimonio histórico. Dicha decisión se adopta en relación con los procedimientos en los haya terminado la ejecución o se hubiese dictado una resolución que declare la prescripción o la caducidad.

97.- Así, y como señala el artículo 18: *«La Junta de Expurgo acordará la transferencia a la Administración competente en materia de patrimonio histórico de aquellos expedientes o documentos judiciales que, de conformidad con el informe elaborado por ésta, deban ser preservados por causa de su interés histórico-documental. 2. En caso contrario, la Junta resolverá su exclusión del Patrimonio Histórico y posterior enajenación»*, procediendo aclarar que los expedientes enajenados deberán ser destinados por el adquirente exclusivamente a su tratamiento para posterior reutilización como papel de uso común (artículo 21.2).

98.- Teniendo en consideración el marco jurídico anterior, los documentos de la Administración de Justicia y los archivos judiciales sobre la Guerra y la Dictadura no estarán, por regla general, en los archivos judiciales, sino que, en su caso, habrán sido transferidos a la administración competente en materia de patrimonio histórico. Si, por cualquier motivo, como pudiera ser el ejercicio de acciones judiciales por algún interesado, los expedientes sí se encuentren en dichos archivos, su acceso deberá realizarse de conformidad



con los artículos 7 y 12 del Real Decreto reseñado, y, en definitiva, con el artículo 235 de la LOPJ. Es por ello que la redacción elegida por el anteproyecto se revela indeterminada, pues no queda claramente establecido a qué se refiere el prelegislador con la expresión *«una vez que cumplieron su función a disposición del órgano jurisdiccional correspondiente»*, y si con ello, se remite a aquellos expedientes judiciales que permanecen en los archivos judiciales, estableciendo un régimen de acceso general que vulneraría, por tanto, lo estipulado en el artículo 235 de la LOPJ, o a aquellos que se encuentran en los archivos históricos, por haber sido transferidos, en cuyo caso, no despierta duda la aplicación del régimen jurídico general establecido.

99.- De otro lado, no cabe ignorar que un importante volumen de los expedientes judiciales de la Guerra y la Dictadura fueron generados por los tribunales militares. En este sentido, y sin perjuicio del principio de unidad jurisdiccional consagrado en el artículo 117.5 de la CE, debe señalarse que la Disposición adicional sexta del Real Decreto de modernización de archivos judiciales establece que el mismo no es de aplicación a los archivos de los juzgados togados y tribunales militares, los cuales se rigen por su normativa específica. Pues bien, dicha normativa específica es el Real Decreto 1816/2009, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Archivos Judiciales Militares, que prevé un sistema de archivos y documentación similar al previsto para los restantes órdenes jurisdiccionales y en el que se establece igual sistema de acceso a los mismos que en el Real Decreto 937/2007, siendo por tanto reproducibles respecto al régimen de acceso a los documentos de los archivos judiciales militares las mismas dudas apuntadas anteriormente en relación con el apartado 4 del artículo 28 del APL.

100.- El artículo 18 del Reglamento de los Archivos Judiciales Militares señala que *«transcurrido un plazo de veinticinco años desde el ingreso de un determinado conjunto documental en un Archivo Judicial Militar Territorial o en el Archivo Judicial Militar Central, las Comisiones Calificadoras Territoriales o Central, emitirán una propuesta bien de eliminación de documentos, bien de su transferencia de la gestión al correspondiente archivo histórico militar [...]»*. A su vez, el artículo 19 establece que *«El régimen de acceso, conservación y gestión de los documentos judiciales militares cuya gestión esté transferida al correspondiente archivo histórico militar, con independencia de donde estén geográficamente ubicados, será el regulado por el Reglamento de Archivos Militares»*, por tanto, será el establecido en el Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre, que recoge un principio general de libre acceso en su artículo 64.



101.- Finalmente, cabe significar que de conformidad con lo establecido en el artículo 105 b) de la Constitución Española, la normativa reguladora de los archivos recoge siempre excepciones relativas a la afectación de la seguridad y defensa del Estado. En este sentido, la disposición final quinta del anteproyecto objeto de informe 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 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, con el objetivo de garantizar el derecho de acceso a la información pública de todos los archivos pertenecientes a la Administración General del Estado, y especialmente los referidos a la Guerra de España y la Dictadura»*. Como señala la Exposición de Motivos, a través de las resoluciones ministeriales de 20 de septiembre de 2018, de 30 de enero de 2019, y de 22 de julio de 2020 se ha autorizado el acceso público a una gran cantidad de fondos sobre la Guerra y la Dictadura, incluso los señalados con marcas de reserva o confidencialidad, siempre que los documentos correspondientes fueran anteriores al 26 de abril de 1968, fecha de entrada en vigor de la Ley de Secretos Oficiales y no quedara realmente comprometida la seguridad o la defensa del Estado, por entender que dicha Ley no tenía efectos retroactivos, evidenciándose que la futura reforma ampliará dicho acceso a los años en los que dicha Ley ya se encontraba en vigor.

B) Derecho de las víctimas a la justicia

102.- Dentro del capítulo II del Título II, intitulado *«De la justicia»*, se integran los artículos 29 y 30 que regulan, respectivamente, la Fiscalía de Sala de Memoria Democrática y Derechos Humanos y el derecho a la investigación.

103.- El **artículo 29** prevé la creación de la referida Fiscalía de Sala con competencias para *«la investigación de los hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario»*, así como *«las funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización»*. La efectiva creación de la Fiscalía de Sala se contempla en la disposición final primera del APL mediante la que se da nueva redacción al apartado tercero del artículo 20 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Sin prejuzgar el juicio de oportunidad que sustenta la opción del prelegislador, cabe advertir que esta decisión organizativa respecto de la estructura del Ministerio Fiscal no parece corresponderse con el carácter esencialmente administrativo de las medidas e instrumentos de protección de las víctimas contemplados en el



anteproyecto de Ley, por lo que el desempeño de las funciones constitucionales propias del Ministerio público en ámbitos reservados a la actuación de las administraciones públicas no se revela como particularmente idóneo. Por otro lado, en cuanto a la denominación, resultaría coherente con el carácter prevalente de estos derechos, anteponer Derechos Humanos a Memoria Democrática.

104.- Dentro de las funciones enumeradas en el precepto que se atribuyen a la Fiscalía de Sala cabe señalar que se le encomienda (art. 20 Tercero c EOMF) la práctica de las diligencias a las que se refiere el artículo 5 EOMF, esto es, las denominadas diligencias preprocesales reguladas en el artículo 773.2 LECrim, así como la acción pública en cualquier tipo de procedimiento *«exigiendo las responsabilidades que procedan, cuando se refieran a hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, siempre que pudieran ser constitutivos de delito»*. Esta última precisión vincula la violación de las normas iusinternacionales en materia de derechos humanos con la infracción de la ley penal española, circunscribiendo así la actuación de la Fiscalía al ámbito funcional que le es propio, de acuerdo con el artículo 3 EOMF. Esta superposición de las violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario con las acciones penalmente prohibidas por la Ley está ausente en el artículo 29 APL y, por coherencia, debería incorporarse. En este sentido, debe recordarse que la doctrina del Tribunal Supremo sobre la inviabilidad del proceso penal para la investigación de hechos vinculados con la guerra civil y la posguerra (SSTS de 27 de febrero de 2012 y 17 de febrero de 2021) circunscribe el espacio posible de actuación de la Fiscalía de Sala en el ejercicio de esta función contemplada en el artículo 20.3.c.

105.- Por otro lado, la función prevista en la letra f del artículo 20, apartado tercero, EOMF (*«coordinar la acción del Ministerio Fiscal en materia de interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial en aquello que pudiera afectar a los recursos de revisión de sentencias en por [sic] esta materia»*) debe entenderse conectada con el motivo de revisión introducido en el artículo 5 bis LOPJ, por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

106.- El **artículo 30** relativo al derecho a la investigación tiene un contenido heterogéneo. El apartado 1 establece que *«el Estado garantizará el derecho a la investigación de las violaciones a [rectius, de] los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario ocurridas con ocasión de la Guerra y la Dictadura, así como el periodo que va desde la muerte del dictador hasta la*



aprobación de la Constitución Española». Se trata de un enunciado que pretende incorporar el estándar del Derecho internacional de los Derechos Humanos en esta materia que se integra en el conjunto de obligaciones de protección de los Estados la obligación de carácter procedimental de realizar una investigación efectiva sobre las violaciones de derechos humanos. Ahora bien, la utilización por el precepto de un lenguaje propio de una norma internacional («*El Estado garantizará el derecho a la investigación [...]*»), que implica un uso anfibológico del término Estado, junto a la falta de precisión sobre los cauces a través de los que se ejercerá ese derecho, otorga al artículo un escaso nivel de densidad normativa y lo sitúa en un plano más propio de lo programático. A la vista de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tantas veces referida, y de sus razones subyacentes, el prelegislador ha procurado mantenerse en el espacio de lo jurídicamente asequible.

107.- En relación con este precepto, sin embargo, en línea con lo expuesto en relación con el artículo 3 del Anteproyecto, deben hacerse dos precisiones. En primer lugar, el concepto de violación de derechos humanos debe entenderse acotado en los términos expuestos más arriba, con el fin de evitar una proyección expansiva del mismo que fuera más allá del objeto y finalidad de la ley. En segundo lugar, la referencia a la «*aprobación*» de la Constitución debe cohonestarse con lo previsto en los artículos 1.2 y 3.1 del anteproyecto que toman como fecha relevante la de la «*promulgación*» de la Constitución.

108.- El **apartado 2 del artículo 30** dispone que «*Se garantizará la tutela judicial en los procedimientos encaminados a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados relacionados con las víctimas a que se refiere el artículo 3*». Esta previsión debe ponerse en conexión con la **disposición final segunda del Anteproyecto** mediante la que se introduce un nuevo capítulo XI en el Título II de la Ley 5/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en el que se regulan los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados. Se recupera, de este modo, el antiguo expediente de informaciones de perpetua memoria regulado en los artículos 2002 a 2009 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que estuvo vigente hasta su derogación por la Ley 5/2015.

109.- Dada la inviabilidad de la vía penal, el Tribunal Supremo había señalado otras vías procedimentales a través de las que las víctimas podían ejercer sus derechos a investigar, conocer y reparar las violaciones de derechos humanos. Así, en el Auto de 28 de marzo de 2012 se afirmaba:



«Excluida ya, en general, la posibilidad del enjuiciamiento penal de los autores de los actos de que se trata, es claro que esa clase de legítimas pretensiones no podrá canalizarse hacia el proceso penal ni llegar a concretarse en declaraciones de responsabilidad ex delicto a cargo de aquellos. No obstante, [...] el ordenamiento vigente arbitra recursos legales a través de los que -por más que su suficiencia se discuta- pueden canalizarse las acciones dirigidas a la satisfacción de los derechos de que se trata.

Así, ya se ha dicho, la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, establece deberes para las administraciones, sin excluir, como no podría ser de otro modo, el acceso a la jurisdicción penal cuando procediere, a tenor de lo dicho.

También la disciplina legal de la jurisdicción civil incluye disposiciones a las que los familiares de las víctimas podrían acogerse, con objeto de obtener la identificación de estas, regularizar su situación, y para darles digna sepultura. En efecto, pues -a título meramente indicativo, dado el carácter y el fin de esta resolución- lo cierto es que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 contiene previsiones sobre expedientes de jurisdicción voluntaria (en vigor, en virtud de la Disposición derogatoria única, 1,1ª de la Ley 1/2000, hasta tanto sean sustituidas por la ley reguladora de la materia). Así, las de los arts. 1811 ss.; las reguladoras de las informaciones para perpetua memoria (arts. 2002 ss.), practicables por el Juez de Primera Instancia con intervención del Fiscal, cuando se refieran "a hechos de reconocida importancia", para procurar su protocolización y registro (art. 2007); y las relativas a las declaraciones de ausencia y fallecimiento.

Asimismo, en fin, la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil incluye una disposición adicional octava, ya en vigor, sobre inscripción de defunción de desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura, cuando de las pruebas aportadas pueda inferirse razonablemente su fallecimiento; precepto que abre también un cauce a la actuación judicial.»

110.- El procedimiento de informaciones para la perpetua memoria regulado en el Título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de acuerdo con la doctrina procesalista, tiene por objeto documentar la realidad de determinados hechos, por medio de testigos, para evitar que desaparezcan o se olviden con el paso del tiempo. La Ley no pone límite a los hechos objeto de este procedimiento, pudiendo ser cualquier información, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que el objeto sea posible; b) que sea lícito; c) que los hechos no se refieran a un pleito pendiente; d) que no resulte perjuicio para persona cierta y determinada; e) que no exista otro procedimiento distinto previsto por la Ley para su demostración. En la



práctica forense, este procedimiento de jurisdicción voluntaria era de escaso uso, al haberse visto sustituido por las actas notariales de notoriedad, reguladas en el artículo 209 del Reglamento Notarial, razón que explica su no mantenimiento en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2015 y su consiguiente derogación.

111.- Sin embargo, mientras estuvo en vigor el procedimiento de informaciones *ad perpetuam* ha sido utilizado en algunos casos por familiares de las víctimas para obtener una declaración de los hechos acaecidos, identificar a la víctima y regularizar su situación y darles sepultura. En este sentido, cabe cita el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de abril de 2003 (ECLI:ES:APCO:2003:328A) o el más reciente Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Lorenzo de El Escorial de 20 de marzo de 2016 (ECLI:ES:JPI:6A). A través de este procedimiento cabe obtener, como se dijo en el ATS de 28 de marzo de 2012, *«una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella»*. La aprobación judicial de las informaciones para perpetua memoria no requiere de una prueba concluyente mediante la que se determine de forma fehaciente y con certeza plena unos determinados hechos. Basta la acreditación de indicios suficientes sobre la realidad de los hechos alegados. Así, el Auto del Juzgado de San Lorenzo de El Escorial citado pone de manifiesto que: *«El procedimiento de perpetua memoria solo requiere a efectos de la prueba, que las declaraciones no sean opiniones o juicio de valor de los declarantes o de terceros, y en el presente caso, las manifestaciones de los declarantes surgen de las manifestaciones de la gente- de la época que informaron a- los propios familiares, entre ellos, el padre de la actora, hecho que ratificó el marido de la actora, al manifestar que escuchó de primera mano al padre de la misma hacer referencia al hecho de que fusilaron tanto a Eloy como Gabino, en las zonas del Barranco de la Bartolina y de la tapia del cementerio (concretamente la actora expuso que desde pequeña, tanto por su padre como por su madre le han sido relatados los hechos). Por ello, se infiere que existen indicios racionales para entender que los hechos han acaecido, y por ello es procedente aprobar y protocolizar la información de perpetua memoria de acuerdo al razonamiento quinto.»*

112.- Desde esta perspectiva, la regulación proyectada en la disposición final segunda APL merece una valoración positiva. Se regula de nuevo del procedimiento informaciones para perpetua memoria actualizando su denominación que pasa a ser la de expediente de jurisdicción voluntaria relativo a declaraciones sobre hechos pasados. La nueva regulación se inserta como capítulo XI en el Título II dedicado a los expedientes de jurisdicción



voluntaria en materia de personas. A pesar de esta ubicación sistemática, el objeto posible de este tipo de expediente se configura, como en la Ley de 1881, con carácter amplio, referido a *«la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados, siempre que no existe controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso»* (art. 80 bis), por lo que no cabría limitarlo a hechos relativos a personas, sino que puede extenderse a cualquier tipo de información, con independencia de su naturaleza y circunstancias.

113.- El artículo **80 bis** regula el ámbito de aplicación del expediente que configura el objeto posible de la declaración judicial en términos amplios: *«hechos de cualquier naturaleza, concretos, ya acaecido, percibidos o no por el promotor del expediente»* (art. 80 bis.1, segundo párrafo). Se establecen en el artículo 80 bis.2 las condiciones de admisibilidad, en línea con la regulación precedente: objeto posible y lícito, principio de prueba de los hechos, que no resulte perjuicio para una persona cierta y determinada, que los hechos no sean objeto de un procedimiento judicial en trámite y que no exista otro procedimiento judicial legalmente indicado para la demostración de los hechos.

114.- El artículo **80 ter** regula la competencia, legitimación y postulación. Se prevé la legitimación activa del Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de persona interesada, así como el carácter necesario de su personación como parte en el expediente, y no se exige como preceptiva la defensa de letrado ni la representación por procurador. Con el fin de facilitar el acceso a este tipo de procedimiento, se prevé en el apartado 3 de este precepto que *«en la Oficina Judicial existirán, a disposición de los interesados, impresos normalizados para formular la solicitud»*. Tal previsión no parece el medio más eficaz para que los interesados tengan un fácil acceso a este procedimiento. Esta finalidad puede alcanzarse más cumplidamente si el precepto contuviera un mandato a las administraciones prestacionales para que tuvieran accesibles en sus páginas web los referidos impresos normalizados para formular la solicitud.

115.- El artículo **80 quáter** regula la tramitación y resolución del expediente. Se prevé en el tercer párrafo del artículo 80 quáter que las partes pueden pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el artículo 381 LEC, estableciendo que *«la comparecencia no se celebrará hasta tanto se haya recibido la respuesta escrita»*. El prelegislador confiere a este trámite un carácter esencial para la celebración de la comparecencia en ese expediente de jurisdicción voluntaria del que carece en la regulación del artículo 381 LEC donde se prevé que la práctica de esta prueba no suspenderá el curso del procedimiento, salvo que



el Juez lo estime necesario para impedir la indefensión de una o las dos partes (art. 381.2 segundo párrafo LEC). Con el fin de evitar que la omisión de la respuesta escrita o su demora excesiva comporte la inviabilidad del expediente o un perjuicio para el interés del promotor, debería valorarse introducir una cláusula de salvaguarda que permita al Juez acordar la celebración de la comparecencia a pesar de la omisión de las respuestas escritas, previéndose que, recibidas con posterioridad, se dé audiencia a los interesados y al Ministerio Fiscal antes de dictar la resolución.

116.- El apartado 5 del artículo 80 quáter dispone que, de accederse a la solicitud, *«el Juez realizará en la parte dispositiva del auto la declaración sobre hechos pasados determinados interesada por el promotor, con expresión de sus circunstancias, y se pronunciará, en su caso, en relación con las consecuencias que legalmente deriven de la declaración»*. Este último inciso parece dudosamente compatible con el carácter esencialmente declarativo del procedimiento limitado a la constatación de la realidad de determinados hechos del pasado. Tal previsión podría posibilitar que en el escrito de solicitud se formulen, más allá de la petición de declaración de determinados hechos, pretensiones de aplicación de normas jurídicas que extravasen el carácter no contradictorio de este tipo de procedimiento de jurisdicción voluntaria. Por ello, el inciso señalado supone un riesgo de desnaturalización de este procedimiento esencialmente no contencioso (art. 1.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) que debería valorar el prelegislador a los efectos de contemplar su supresión.

117.- Finalmente, el artículo **80 quinqués** regula la procedencia del recurso de reposición y el de apelación.

118.- En relación con el acceso a la justicia, debe señalarse que la **disposición adicional primera** del APL establece *«1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la estricta observancia de las obligaciones recogidas en la presente ley, excepto aquellas de carácter personalísimo»*, optando por tanto el prelegislador por establecer una acción pública de ámbito general en esta materia en el marco de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

119.- El derecho de acceso a la justicia forma parte consustancial del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, pero circunscrito al ejercicio de derechos e intereses legítimos, sin que la acción pública o popular forme parte *a priori* de dicho derecho fundamental. Como señala el TC: *«El derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, como derecho fundamental, obliga al legislador a establecer la*



organización y el procedimiento adecuados para su satisfacción, no genera por sí mismo ningún derecho de acción concreto que permita sin más acceder a un Tribunal concreto o a una determinada vía procesal. El derecho a acudir ante un determinado Tribunal deduciendo una pretensión definida sólo se adquiere de acuerdo con la Ley y sólo puede ejercerse en la forma y con los requisitos que ésta ha establecido” (STC 185/1987, de 18 de noviembre, FJ 2). Como se dijo en la STC 64/1999, de 26 de abril “una cosa es que una concreta ley procesal dé entrada a la acción popular, y que una vez consagrada por la ley la existencia de tal acción ésta pueda relacionarse con el derecho de tutela judicial efectiva, integrarse en su contenido, y beneficiarse de sus medios constitucionales de garantía (recurso de amparo) y otra diferente, que exista un imperativo constitucional en virtud del cual toda ley procesal penal deba dar entrada a dicha acción, como exigencia del contenido esencial del derecho fundamental de tutela judicial efectiva. Es preciso diferenciar, pues, en un plano conceptual entre el problema de la existencia legal de la acción popular y el de su ejercicio una vez existente” (FJ 2)». STC de 20 de diciembre de 2018 [ECLI:ES:TC:2018:140].

120.- Si nos circunscribimos al ámbito contencioso-administrativo, el artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, vincula con carácter general la legitimación a la concurrencia de una determinada y específica relación entre el sujeto y el objeto del proceso. No obstante, el apartado h) de dicho artículo establece la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda ejercer la acción popular “en los casos expresamente previstos por las Leyes”. De esta forma, diversas disposiciones legales contemplan esta posibilidad, como la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español (art. 8.2), la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (art. 109), la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art.12), la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza (Art. 47 1 b) o la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales (art. 39), siendo una de las más conocidas la acción pública en materia urbanística establecida en el artículo 5.f del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

121.- Se establece así en dichas disposiciones una acción *quivis ex populo*, reconocida a cualquier ciudadano sin legitimación especial, como especialidad frente a la regla general de legitimación basada en un derecho o interés legítimo del art. 19.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

122.- Si bien en el caso de la legislación en materia de igualdad de hombres y mujeres hay un acotamiento de dicha acción pública (artículo 19.1 i) de la Ley 29/1998, de 15 de julio), en otras materias sectoriales como Patrimonio Histórico, Costas o Parques Nacionales se emplea la misma fórmula ahora



elegida, disponiendo por tanto el prelegislador también en esta ocasión un ámbito general de ejercicio de la acción pública en relación con el cumplimiento del APL, no limitando dicha acción a determinadas submaterias o circunstancias.

C) Deber de memoria democrática

123.- El capítulo IV del Título II, bajo el título «*Del deber de memoria democrática*» comprende los artículos 35 a 56 que se dividen en cuatro secciones: símbolos, elementos y actos contrarios a la memoria democrática (arts. 36 a 40); distinciones, condecoraciones y títulos (arts. 41 a 43); conocimiento y divulgación (arts. 44 a 49); y, lugares de memoria democrática (arts. 50 a 56). Se trata de una materia que no incide, en líneas generales, en aspectos vinculados con la Administración de Justicia por lo que, desde la perspectiva del ámbito propio de la potestad de informe de este Órgano constitucional, merecen atención aquellos elementos de la regulación que tengan o puedan tener proyección sobre la materia expresada en la regla 6ª del artículo 561.1 LOPJ.

124.- El **artículo 36** está destinado a los símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática -definidos en los apartados 1 y 2-, diferenciando entre aquellos ubicados o colocados en edificios de carácter público (apartado 4), y aquellos ubicados en edificios de carácter privado o religioso, pero con proyección a un espacio o uso público (apartado 5). En el segundo caso, debe tomarse en consideración que ello implica la posible existencia de símbolos y elementos susceptibles de retirada conforme a lo dispuesto en el APL que, sin embargo, incorporen un valor histórico, cultural y/o artístico relevante. En este sentido, procede recordar que el artículo 46 CE establece 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. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.* En virtud de dicho precepto, resultaría conveniente que por parte del legislador se introdujera una matización en el artículo 36.5 del siguiente tenor o similar: «sin perjuicio de que, en su caso, sea puesto en conocimiento de la Administración competente el valor histórico, cultural y artístico inherente al símbolo y elemento, y la eventual obligación legal de su conservación».

125.- A su vez, el **artículo 37** prevé la elaboración por parte de la Administración General del Estado de *un catálogo de vestigios relativos a la Guerra y la Dictadura, al que se incorporarán en todo caso los datos suministrados por las Comunidades autónomas, y contendrá la relación de elementos que deban ser retirados o eliminados.* La no retirada o eliminación



de esos elementos incluidos en el catálogo, de manera voluntaria, conlleva, de conformidad con el artículo 38 del APL, la incoación por parte de la administración pública competente del procedimiento para la retirada de dichos elementos. Si bien es cierto que según el apartado 2 de dicho **artículo 38** se dará el preceptivo trámite de audiencia a «*las personas interesadas*», donde en todo caso debe entenderse incluida la persona física o jurídica propietaria del edificio privado o religioso con proyección pública, pudiendo ponerse de manifiesto en dicho trámite el valor histórico, cultural y artístico de la pieza cuya retirada se pretende, sería conveniente que igualmente se realizara una referencia explícita en dicho artículo a la obligación constitucional de la administración de ponderar dicha circunstancia en el marco del expediente incoado, independientemente de que la misma sea o no alegada en el trámite de audiencia.

126.- De conformidad el apartado 3 del **artículo 38**, en caso de que el expediente administrativo acordase la retirada de elementos y símbolos contrarios a la memoria democrática, deberá recogerse en la resolución un determinado plazo no superior a tres meses para su cumplimiento por parte del correspondiente obligado. Y en caso de incumplimiento del plazo otorgado, los apartados 4 y 5 prevén, respectivamente, la posibilidad («*podrá*») de ejecución subsidiaria por parte de la administración competente y la posibilidad («*podrá*») de imposición de multas coercitivas. Es necesario apuntar que Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a la hora de regular los medios de ejecución forzosa, establece en su artículo 100. 2 que «*si fueran varios los medios de ejecución admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual*». A su vez, el artículo 102.1, que se ocupa de regular la ejecución subsidiaria, establece que habrá lugar a esta cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto del obligado y el artículo 103.1, destinado a la multa coercitiva, que la misma se impondrá -cuando así lo autoricen las leyes- en los siguientes supuestos: actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado; actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente; actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona. En virtud de dicha regulación legal, se evidencia la necesidad de que en el APL se introduzca la adecuada referencia a que ambos métodos de ejecución forzosa no resultan acumulativos, sino que son de carácter alternativo.

127.- El **artículo 39**, intitulado «*Actos públicos contrarios a la memoria democrática*», dispone en su primer apartado lo siguiente:



«Se considerarán actos contrarios a la memoria democrática la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, y supongan exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial.

A tal efecto, si en la celebración de un acto público de esa naturaleza se advirtieran hechos que pudieran ser constitutivos de delito, se pondrán los mismos en conocimiento del Ministerio Fiscal, en los términos del artículo 45.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.»

128.- La calificación de acto contrario a la memoria democrática no comporta por sí sola una determinada consecuencia jurídica en el sistema de la Ley. El **artículo 62.1.d** tipifica como infracción muy grave *«la falta de adopción de medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización, en espacios abiertos al público, de actos de exaltación de la Guerra o de la Dictadura cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrollen dichos actos»*. Por su parte, el **artículo 62.1.e** tipifica como infracción muy grave *«las convocatorias de actos, campañas de divulgación o publicidad que, por cualquier medio de comunicación pública, en forma escrita o verbal, en sus elementos sonoros o en sus imágenes sean contrarias a la normativa sobre memoria democrática, inciten a la exaltación de la Guerra o de la Dictadura, cuando entrañe descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares»*. Desde este punto de vista, cabe considerar que en el artículo 39 APL nos encontramos ante una norma expresiva del desvalor de una clase de actos por el contenido de los mensajes efectuados en ellos. Tal desvaloración no se expresa como una prohibición ni constituye el supuesto de hecho de una infracción administrativa. Con todo, la desvaloración de este tipo de conductas expresivas lleva al prelegislador a prevenir su realización no mediante la previsión de una sanción directa sino a través de la tipificación como infracción administrativa de actos de carácter instrumental.

129.- Del ámbito de aplicación del precepto deberían quedar claramente excluidos los supuestos de ejercicio del derecho de reunión, cuyo desarrollo está sujeto a un específico régimen jurídico contenido en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. Debe recordarse que conforme a la jurisprudencia constitucional, el carácter pacífico de una reunión no se ve alterado por el hecho de que en ella se expresen ideas o se persigan objetivos que puedan ofender o molestar a otras personas o



colectivos porque *«el contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública no puede ser sometido a controles de oportunidad política ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado»*, salvo, claro está, que el contenido de los mensajes sea ilegal (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3).

130.- Por otro lado, limitado el alcance de la norma a los actos en lugares públicos que no constituyan reuniones a efectos constitucionales, se contiene en ella, ciertamente, una declaración de ilicitud del contenido de los mensajes que supongan exaltación personal o colectiva de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura y entrañen descredito, menosprecio o humillación de las víctimas o sus familiares.

131.- El Tribunal Constitucional ha declarado que *«la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones "acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población", ya que en nuestro sistema "no tiene cabida un modelo de 'democracia militante', esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución»* (STC 192/2020, de 17 de diciembre, FJ 3.a). Desde este punto de vista, la exaltación o apología de hechos históricos por dolorosos, reprobables o contrarios a los valores centrales de nuestra convivencia que puedan estimarse constituyen opiniones o juicios de valor que entrarían en el ámbito de protección de la libertad de expresión, salvo cuando suponga una lesión de derechos o bienes de relevancia constitucional. Así, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, recuerda que *«el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos (STC 43/2004, de 23 de marzo), encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptable»* (FJ 5).

132.- La jurisprudencia del TEDH mantiene una constante doctrina de acuerdo con la cual *«[l]a tolerancia y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos es la base de una sociedad democrática y pluralista. De ello se deduce que, en principio, puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar o incluso prevenir todas las formas de expresión que propagan, alientan, promueven o justifican el odio basado en*



la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), garantizando que las "formalidades", "condiciones", "restricciones" o "sanciones" impuestas sean proporcionales al objetivo legítimo perseguido» (Feret c. Bélgica, sentencia de 10 de diciembre de 2009, par. 64). De este modo, el TEDH ha considerado que el artículo 10 del Convenio no protege el discurso homofóbico (Vejdeland c. Suecia, sentencia 9 de febrero de 2012), la incitación al odio étnico (Balsyte-Lideikiene c. Lituania, sentencia 4 de noviembre de 2008) o al odio racial (Soulas c. Francia, sentencia 10 de julio de 2008) o la incitación a la intolerancia religiosa (I.A. c. Turquía, sentencia 13 de septiembre de 2005).

133.- La jurisprudencia de nuestro TC también ha considerado que la dignidad de las personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados o víctimas de acciones delictivas constituye un límite del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión. Así, no resultan protegidas por el artículo 20 de la Constitución *«las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes»* (STC 235/2007, FJ 5; también, STC 214/1991, FJ 8), así como las expresiones *«absolutamente vejatorias»* u *«ofensivas u oprobiosas»* para las personas pertenecientes a un grupo discriminado (STC 235/2007, FJ 9). También, ha considerado fuera de la libertad de expresión los discursos que hacen apología de los verdugos humillando a las víctimas (STC 176/1995, FJ 5).

134.- En el presente caso, la opción del legislador merece algunas consideraciones. Desde el punto de vista sustantivo, el precepto no puede declarar como ilícitos (*«actos contrarios a la memoria histórica»*) la mera expresión de opiniones o juicios de valor sobre hechos de nuestra historia si tales expresiones no constituyen a su vez un ataque a un bien jurídico de relevancia constitucional. Es la dignidad (art. 10.1 CE) de las víctimas la que se erige como límite del ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo considerar el precepto legal como ilícitas aquellas conductas expresivas o actos que, además de exaltación de determinados hechos o etapas de nuestra historia, *«entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares»*. La redacción del precepto, sin embargo, puede dar lugar a una tutela asimétrica de la dignidad de las víctimas y sus familiares de hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos acaecidos en el periodo histórico contemplado por el legislador, que no resultaría compatible con el igual respeto y consideración que merece todo ser humano por el hecho de serlo. Por ello, la consideración de *«actos contrarios a la memoria democrática»* debería configurarse de un modo más omnicompreensivo siguiendo el espíritu de las resoluciones europeas citadas más arriba. Estas consideraciones son trasladables a la tipificación de las infracciones muy graves contenidas en las **letras d y e del artículo 62.1 del Anteproyecto** que exigen para la comisión del tipo infractor junto a la exaltación de la



Guerra o de la Dictadura, el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares.

135.- En otro orden de consideraciones, desde el punto de vista del principio de necesidad de la iniciativa del prelegislador (art. 129 Ley 39/2015), cabe plantear la oportunidad de acudir a la potestad administrativa sancionadora para tutelar bienes jurídicos de titularidad individual (dignidad) frente a ofensas entre particulares, existiendo ya una específica prohibición penal del denominado discurso del odio lesivo de la dignidad de las personas (art. 510 CP).

136.- El **artículo 39.2 APL** contiene una regulación que no se ajusta al sentido del artículo 9.2 de la Ley Orgánica 9/1983 al que se remite. Hay que recordar que el referido precepto orgánico dispone que *«La autoridad gubernativa notificará al Ayuntamiento afectado los datos contenidos en el escrito de comunicación, excepto cuando se trate de una convocatoria urgente de las previstas en el párrafo segundo del artículo anterior, a fin de que éste informe en un plazo de veinticuatro horas sobre las circunstancias del recorrido propuesto. En caso de no recibirse el informe en dicho plazo, el mismo se entenderá favorable. El informe se referirá a causas objetivas tales como el estado de los lugares donde pretenda realizarse, la concurrencia con otros actos, las condiciones de seguridad de los lugares con arreglo a la normativa vigente y otras análogas de índole técnico. En todo caso, el informe no tendrá carácter vinculante y deberá ser motivado»*.

137.- Desde este punto de vista, el artículo proyectado debería redactarse de modo que quedase claro que se regula la información adicional que deberán remitir los Ayuntamientos a la autoridad gubernativa mediante el informe previsto en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 9/1983, en los casos de que se trate de reuniones comunicadas que vayan a celebrarse *«en la proximidad de las zonas incluidas en los mapas de fosas, los lugares de memoria democrática, así como de los monumentos o elementos análogos erigidos en recuerdo y reconocimiento de las víctimas»*. La remisión de tal información adicional estaría vinculada al mejor desempeño por la autoridad gubernativa de las obligaciones de protección y seguridad de personas y bienes con ocasión del ejercicio del derecho de reunión.

138.- El **artículo 40** (Privación de ayudas y subvenciones) dispone que las administraciones públicas no subvencionarán, bonificarán o prestarán ayudas públicas a aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sancionadas por resolución administrativa por atentar, alentar o tolerar



prácticas en contra de la memoria democrática, en los términos previstos en el régimen sancionador contemplado en la Ley.

139.- Esta disposición debe cohererse, tal y como establece su última frase, con el Título IV, y concretamente con el **artículo 63**, intitulado «*sanciones y medidas de restablecimiento de la legalidad*», en cuyo **apartado 4** se establecen sanciones accesorias, atendiendo a la naturaleza de los hechos constitutivos, y que recoge concretamente en su apartado c la sanción accesoria de pérdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas de las administraciones públicas en el caso de infracciones muy graves, y, en el caso de las infracciones graves, la pérdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas de las administraciones públicas en materia de memoria democrática, así como el reintegro total o parcial de las subvenciones obtenidas, durante los cinco años anteriores, en esa misma materia.

140.- Nada hay que objetar por tanto al establecimiento de una sanción accesoria determinada formal, material y temporalmente en el artículo 63, que, a mayor abundamiento, resulta conforme con el artículo 13.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, que establece que no podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en dicha ley las personas o entidades en quienes concorra alguna de las circunstancias enumeradas, entre las que se encuentra, en el apartado h), «*el haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones conforme a ésta u otras leyes que así lo establezcan*».

141.- Ahora bien, en relación con esta previsión cabe recordar el criterio del Consejo de Estado sostenido en su Dictamen de 14 de mayo de 2018, dictado en el expediente 297/2018, conforme al cual «*no existe correlación entra la medida prevista (imposibilidad de obtener una subvención, bonificación o ayudas públicas de ningún tipo) y la conducta que se pretende reprobar (actuaciones sancionadas por resolución administrativa firme por atentar, alentar o tolerar prácticas en contra de la Memoria Histórica y Democrática de Extremadura). Sin cuestionar lo condenable de estas actuaciones, su realización no justifica per se la imposición de una inhabilitación total y absoluta para su destinatario de ningún tipo de medida de fomento que pueda tener fines distintos y ajenos a los concernientes a la actuación reprobada. Debería por ello acotarse con mayor precisión el objeto y la duración de la medida referida y vincularlos de manera expresa con la actuación cuya sanción merece aquella*». En línea con lo expresado por el Consejo de Estado, el precepto proyectado debería limitar la medida de privación de ayudas y



subvenciones al ámbito propio regulado por la Ley, esto es, a aquellas ayudas y subvenciones vinculadas a las políticas de fomento en materia de memoria democrática.

142.- A fin de poder dar cumplimiento a dichas sanciones accesorias, el apartado 3 del artículo 40 dispone: *«A efectos de dar cumplimiento a lo establecido en este artículo, por el departamento competente en materia de memoria democrática se establecerá una base de datos para el seguimiento y comprobación de aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sido sancionadas por resolución administrativa firme en aplicación de esta ley».*

143.- Ello hay que ponerlo en relación con la **disposición adicional décima** del ALPL destinada a la protección de datos de carácter personal, y que señala que: *«El tratamiento de los datos relativos a la base de datos a que se refiere el artículo 40.3 de la presente ley tiene como fundamento el cumplimiento de una obligación legal que corresponde al Ministerio competente en materia de memoria democrática. Estos datos sólo serán comunicados a las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias, cuando sea necesario para la tramitación y resolución de sus procedimientos, y se limitarán al número de identificación fiscal»*, estableciéndose también que el responsable del tratamiento es el Ministerio competente en materia de memoria democrática.

144.- Antes de analizar dicha cuestión procede expresar un juicio muy positivo la técnica normativa empleada mediante la inclusión de una Disposición Adicional de este carácter, toda vez que supone una certera manera de regular y concretar de manera específica, coherente con el marco jurídico de referencia (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), el tratamiento de los datos que se generen en aplicación de la futura Ley, mediante la explicitación de la finalidad, el responsable, la base jurídica, y el ejercicio de los derechos en relación con cada uno de los grupos de datos afectados (registro de víctimas a que se refiere el apartado 2 del artículo 3; censo de víctimas regulado en el artículo 9; Banco de ADN regulado en el artículo 24; base de datos a que se refiere el artículo 40.3).

145.- Retomando la cuestión, se regula en los artículos 40.3 y la disposición adicional décima la creación y régimen de una base de datos de personas físicas y jurídicas sancionadas en aplicación del Título IV del Anteproyecto. La



singularidad de esta base de datos es que viene referida a datos sobre infracciones y sanciones administrativas, cuestión que se encuentra regulada en el artículo 27 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, con el siguiente tenor:

«1. A los efectos del artículo 86 del Reglamento (UE) 2016/679, el tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas, incluido el mantenimiento de registros relacionados con las mismas, exigirá:

a) Que los responsables de dichos tratamientos sean los órganos competentes para la instrucción del procedimiento sancionador, para la declaración de las infracciones o la imposición de las sanciones.

b) Que el tratamiento se limite a los datos estrictamente necesarios para la finalidad perseguida por aquel.

2. Cuando no se cumpla alguna de las condiciones previstas en el apartado anterior, los tratamientos de datos referidos a infracciones y sanciones administrativas habrán de contar con el consentimiento del interesado o estar autorizados por una norma con rango de ley, en la que se regularán, en su caso, garantías adicionales para los derechos y libertades de los afectados.»

146.- Toda vez que la competencia sancionadora corresponde, respectivamente, y de conformidad con el artículo 65 del APL, al Secretario de Estado y al Director General, competentes en materia de memoria democrática, resulta adecuada y conforme con el artículo 27. 1 a) de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, la previsión del Anteproyecto de que el responsable del tratamiento sea el Ministerio competente en dicha materia.

147.- De otro lado, se evidencia que para hacer efectiva la sanción accesoria del **artículo 63.4 c)**, a la que remite el artículo 40.1, los datos relativos a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sido sancionadas por resolución administrativa firme en aplicación del Anteproyecto y que estarán recogidos en la base de datos del artículo 40.3, resulta necesario que dichos datos sean comunicados a todas las administraciones competentes para la adjudicación de subvenciones o ayudas. Dicha comunicación solo resulta posible, en cumplimiento del citado artículo 27.2 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, si existe la correspondiente autorización legal, que se configura acertadamente en la disposición adicional décima, y que deberá limitarse a los casos en que sea necesario para la tramitación y resolución de sus procedimientos.

148.- El **artículo 41**, regulatorio de la revisión de reconocimientos, honores y distinciones, establece que *«las administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias y con arreglo a los correspondientes procedimientos, adoptarán las medidas oportunas para revisar de oficio o retirar la concesión de reconocimientos, honores y distinciones anteriores a la entrada en vigor*



de esta ley que resulten manifiestamente incompatibles con los valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales, que comporten exaltación o enaltecimiento de las sublevación militar, la Guerra o la Dictadura o que hubieran sido concedidas con motivo de haber formado parte del aparato de represión de la dictadura franquista». Al mismo tiempo, la **disposición adicional tercera** regula de forma específica la retirada de recompensas previstas en la Ley 5/1964, de 29 de abril, sobre Condecoraciones Policiales, y de la Ley 19/1976, de 29 de mayo, sobre creación de la Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil. Procede poner de manifiesto que la referida DA 3ª no realiza ninguna referencia a los motivos concretos de revisión que se explicitan en el articulado del anteproyecto, pudiendo resultar adecuado, por motivos de coherencia normativa y de seguridad jurídica, incorporar la correspondiente vinculación de la revisión o retirada de las recompensas previstas en la Ley 5/1964, de 29 de abril, sobre Condecoraciones Policiales, y de la Ley 19/1976, de 29 de mayo, sobre creación de la Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil, con los motivos establecidos en el artículo 41.

149.- La **disposición adicional quinta** del Anteproyecto introduce una nueva causa de extinción de fundaciones, que se configura con el siguiente tenor:

«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 contrario al interés general la apología del franquismo o 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.

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, 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.»

150.- El texto proyectado introduce fuera de su *sedes materie*, que es la Ley que regula el ejercicio de este derecho constitucional (art. 34 CE), una nueva causa general de extinción de las fundaciones consistente en que las fundaciones *«no persigan fines de interés general o realicen actividades contrarias al mismo»*. En primer lugar, deber recordarse que los fines de interés general son parte del contenido esencial del derecho de fundación, tal y como se desprende del artículo 34.1 CE y ha establecido la jurisprudencia



constitucional (SSTC 18/1984 y 341/2005). La fundación deberá perseguir un interés general, de entre los enumerados *ad exemplum* por el artículo 3.1 de la Ley 50/2002, como requisito para su válida constitución. El cumplimiento del fin fundacional, establecido en los Estatutos, corresponde al patronato (art. 14 Ley 50/2002), incurriendo los patronos en responsabilidad en caso de incumplimiento, entre otros extremos, de los Estatutos (art. 17 Ley 50/2002).

151.- La tipificación como causa de extinción de la no persecución de interés general o la realización de actividades contrarias al mismo se sitúa en un plano diverso del de las demás causas de extinción previstas en el artículo 31 Ley 50/2002. Estas configuran supuestos de hecho extintivos de la persona jurídica directamente vinculados con la dinámica del negocio jurídico fundacional (expiración del plazo fundacional, realización íntegra o imposibilidad de realización del fin fundacional, fusión o causas previstas en el acto constitutivo o en los estatutos).

152.- El artículo 34.2 CE dispone que *«regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22»*. De este modo, el legislador puede declarar ilícitas las fundaciones que persiguen fines o empleen medios tipificados como delito (art. 22.2 CE) y, por otro lado, las fundaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada (art. 22.4 CE).

153.- 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. La ley no penal puede crear causas de disolución de las fundaciones, pero su apreciación y declaración deberá estar reservada a la jurisdicción por imperativo constitucional. A este esquema responde la Ley 50/2002 (y previamente, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre) que prevé que la fundación se extinguirá *«cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes»* (art. 31. F), supuesto de extinción en el que *«se requerirá resolución judicial motivada»* (art. 32.3). De acuerdo con el artículo 43.3 de la Ley 50/2002, la pretensión de declaración de la extinción de una fundación *«corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la fundación conocer, de acuerdo con los trámites del proceso declarativo que corresponda»*.

154.- En el presente caso, el prelegislador ha previsto un supuesto de ilicitud (realizar de actividades contrarias a los intereses generales) que determina como sanción (civil) la disolución de la fundación que, a instancia del protectorado, sólo puede ser acordada mediante resolución judicial. La causa



de disolución prevista en la disposición adicional quinta, desde el punto de vista formal, adolece de falta de taxatividad, al dejar al aplicador de la norma (tanto al protectorado a la hora de instar la disolución, como al juez a la de acordarla) un amplísimo margen de apreciación, defecto que pugna con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Desde el punto de vista material, se impone un límite a la actividad de esta clase de personas jurídicas que, por su carácter genérico, al imponer una vinculación positiva a los intereses generales en toda la actividad de las fundaciones, resulta desproporcionado. La ley, de acuerdo con el artículo 34 CE, exige que el fin fundacional sea un interés general, pero no que toda la actividad fundacional deba ser conforme a los intereses generales, pues tal exigencia supondría trasladar un principio de actuación propio de las personas jurídico-públicas (art. 103 CE) a las personas jurídicas privadas. Por todo ello, cabe concluir que la previsión de la causa general de disolución de las fundaciones consistente en que estas no persigan fines de interés general o realicen actividades contrarias al mismo debería suprimirse tanto por incurrir en falta de precisión y taxatividad como por suponer una limitación desproporcionada de la actividad de este tipo de personas jurídicas.

155.- La **disposición adicional quinta** APL contiene una especificación de la causa (general) de disolución, al establecer que *«se considerará contrario al interés general la apología del franquismo o 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»*. Al respecto cabe señalar que el precepto enuncia conductas que no están abarcadas por el delito contemplado en el artículo 515 CP que tipifica como asociaciones ilícitas en su apartado 4º *«las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad»* (art. 515.4º CP). El prelegislador crea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31.f de la Ley de Fundaciones, una causa específica de disolución a partir de la tipificación de la ilicitud de una determinada actividad (expresiva) de los entes fundacionales. Desde un punto de vista de técnica normativa, resulta más adecuado que la causa legal de disolución que se pretende incorporar se contenga en el articulado del texto legal, siendo a ese concreto artículo del anteproyecto al que se remitiría el artículo 31.f de la Ley de Fundaciones.

156.- Por otro lado, en el supuesto de hecho extintivo de la personalidad jurídica 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 (la fundación como persona jurídica es titular del derecho del artículo 20 CE) que el legislador puede limitar por afectar a la dignidad de las víctimas, siempre que por imperativo de la igualdad ínsita en el mismo principio de dignidad se tutele la dignidad de las distintas víctimas de violaciones de derechos humanos acaecidas en el periodo histórico contemplado por el legislador, tal y como se ha expuesto más arriba. De otro lado, en cambio, la apología del franquismo, sin el requisito adicional de menosprecio o humillación de las víctimas, supone la expresión de ideas respecto de un régimen político contrario a los valores democráticos proclamados en nuestra Constitución, pero, como dice 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 niega»* (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). Se debe añadir a lo expuesto que haber incluido, tanto en la disposición adicional quinta como en la **disposición adicional sexta**, con la relevancia expuesta, *«la apología del franquismo»* invade claramente el derecho a la libertad ideológica consagrada en la Constitución que, como se ha declarado reiteradamente, no impone un modelo de democracia militante y que tales ideas o creencias, en la medida que no comporten *«incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del Golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, por su condición de tales»*, no pueden servir para la extinción de una fundación o asociación.

157.- Por otro lado, si lo que se pretende en el anteproyecto es una declaración *«ex novo»* de ilicitud de una fundación fundada en la declaración de ilicitud de los fines generales que sirvieron para su creación –presupuesto de toda fundación–, ciertamente que es necesario que el mismo prelegislador se vea obligado a regular las líneas generales del procedimiento para dicha extinción, por no ser de utilidad, por razones obvias, el previsto en la Ley de Fundaciones; pero ese procedimiento que se recoge en el párrafo segundo de la disposición adicional quinta, que impone al Protectorado de la fundación instar judicialmente la extinción, no parece oportuno porque se deja en manos del órgano administrativo que ejerza las funciones del protectorado (art. 36 Ley de Fundaciones) valorar la concurrencia de la causa de extinción, que ha de ser objeto de interpretación no exenta de dificultades para quienes desempeñan funciones de vigilancia y control del cumplimiento del fin fundacional y de la normativa de fundaciones. Si lo pretendido por el prelegislador es incorporar una nueva causa de extinción con eficacia *«civil»* o *«administrativa»* de las fundaciones, con la garantía de que se declare *«judicialmente la extinción»*, parece oportuno que dicha declaración judicial



se inste por los órganos administrativos creados en materia de memoria democrática.

158.- Desde la perspectiva procesal, en el segundo párrafo de la disposición adicional quinta, al regular la posibilidad de que la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, pueda suspender las actividades de la fundación o adoptar medidas cautelares, debería introducirse una referencia a la regulación de la LEC en esta materia. Así se sugiere la siguiente redacción: *«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.»*

159.- La **disposición adicional séptima** dispone que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley *«se promoverá la modificación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, con el objeto de incluir como causa de disolución de las asociaciones la realización pública de apología del franquismo y 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»*. Se trata de un mandato al prelegislador cuyo contenido, en lo que pueda tener de delimitación indiciaria de la futura ilicitud de una clase de asociaciones, debería replantearse a la luz de lo dispuesto en el artículo 22.2 CE y las consideraciones anteriores relativas a la causa proyectada de disolución de las fundaciones, sin perjuicio de la emisión en su momento por parte de este CGPJ del informe preceptivo sobre dicho anteproyecto de modificación de la LO 1/2002, de 22 de marzo.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- A la hora de valorar el presente Anteproyecto, no debe perderse de vista el inesquivable contexto europeo en el que se insertan lo que se ha dado en denominar políticas de memoria desarrolladas en los distintos Estados miembros de la Unión. En este sentido, cabe subrayar la importancia de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la conciencia europea y el totalitarismo en la que se *«subraya la importancia de mantener viva la memoria del pasado, puesto que no puede haber reconciliación sin verdad y sin memoria»* y *«reafirma su oposición decida a todo régimen totalitario, sea cual sea la ideología en la que se base»*. Asimismo, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de septiembre de 2019, sobre la importancia de la memoria histórica para el futuro de Europa,



entre otros aspectos, se *«pide una cultura común de memoria histórica que rechace los crímenes de los regímenes fascistas y estalinistas, y de otros regímenes totalitarios y autoritarios del pasado, como medio para fomentar, en particular entre las generaciones más jóvenes, la resiliencia ante las amenazas modernas que se ciernen sobre la democracia»*. Cabe citar, también, la Resolución 1481 (2006) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa o la Declaración de 3 de junio de 2008 de la Conferencia de Praga sobre Conciencia europea y el comunismo. Los valores consagrados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías, constituyen el marco común en el que se han de inscribir las políticas de memoria. Sería, por ello, oportuno que en el preámbulo del anteproyecto se hiciera mención a las distintas resoluciones europeas sobre la importancia de la memoria histórica como mecanismo de reparación para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y reafirmación de los valores en que se funda la democracia.

SEGUNDA.- El anteproyecto fija como fecha final del periodo histórico contemplado la fecha de promulgación de la Constitución Española, esto es el día 27 de diciembre de 1978 en que el texto ratificado en referéndum fue finalmente promulgado por el Rey, en sesión conjunta de las dos cámaras de las Cortes Generales. Aunque el significado de tal fecha constituye, sin duda, un hito memorable de la historia de nuestra democracia, se echa en falta en el preámbulo una explicitación de las razones que han llevado al prelegislador a elegir esa fecha como límite temporal del periodo histórico respecto del que se desarrollan las políticas de memoria democrática contempladas en la Ley, y no otras, como la fecha de la publicación del Carta Magna en el Boletín Oficial del Estado y que es la determinante de la eficacia jurídica de nuestra norma suprema, o la del 15 de junio de 1977, fecha en que tuvieron lugar las primeras elecciones generales democráticas que dieron lugar a las cortes constituyentes.

TERCERA.- El presente Anteproyecto no tiene por objeto el desarrollo o la regulación del ejercicio de concretos derechos fundamentales, sino el establecimiento de un conjunto de políticas públicas de reconocimiento, reparación y dignificación respecto de lo que se ha dado en llamar memoria democrática que se articulan a través de distintos mecanismos como medidas organizativas, instrumentos de colaboración interadministrativas, fomento del movimiento asociativo, recogida de datos, ordenación de documentos en archivos y registros, etc. En este sentido, la invocación en el **artículo 2.2** del Anteproyecto del artículo 10.2 de la Constitución, aunque pudiera no resultar



estrictamente necesaria, no deja de ser un marco de referencia, y no resulta cuestionable que se contenga en la ley un mandato de interpretación conforme a las normas de Derecho Internacional aplicable en España, cuyo anclaje constitucional se encuentra en el artículo 96 CE que prevé la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los tratados ratificados por España y les dota de fuerza pasiva frente a la ley.

CUARTA.- El prelegislador ha incorporado como novedad respecto de la Ley de Memoria histórica la definición de un concepto de víctima de la Guerra y la dictadura. Esta definición de víctima, contemplada en el **artículo 3**, es ajena a la existencia de un proceso penal y se mueve en un plano estrictamente administrativo, en el marco de los fines propios de la Ley de *«reconocimiento de quienes padecieron persecución o violación, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual, durante el periodo comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la promulgación de la Constitución Española de 1978»* (art. 1.2 APL). En este sentido, el anteproyecto se sitúa en línea con la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que ha establecido la inviabilidad del proceso penal para la investigación de hechos vinculados con la guerra civil y la posguerra y, consiguientemente, que el derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal (SSTS de 27 de febrero de 2012 y de 17 de febrero de 2021; ATS de 28 de marzo de 2012).

QUINTA.- El artículo 3 APL en su primer párrafo establece una definición del concepto de víctima, a los efectos de la ley, que se caracteriza por el hecho de haber *«sufrido, individual o colectivamente, daño físico, moral o psicológico, daños patrimoniales, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyen violación de los derechos humanos»*. Esta definición general, se ejemplifica con la enumeración de una serie de supuestos en los que la ley considera que concurren las circunstancias definitorias de víctima. El elemento nuclear de la definición es la noción de *«violación de los derechos humanos»* que por sí misma, y sin elementos adicionales que acoten su extensión, tiene un ámbito de aplicación potencialmente muy amplio y que puede extravasar la específica finalidad de la ley expresada en el artículo 1.2 APL y que vienen a constituir los casos centrales de violaciones de los derechos humanos que pretende contemplar la ley, esto es, *«persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual»*. Con el fin de evitar ese potencial expansivo del concepto *«violación de los derechos humanos»* que proyectara la noción de víctima a ámbitos ajenos a la finalidad de la norma, debería



realizarse un esfuerzo de acotación de tal concepto de modo que su significado se vinculara con lo establecido en el artículo 1.2 APL y se mantuviera en línea con el uso de «*violación de los derechos humanos*» empleado en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, que se ciñe a los supuestos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario que por su carácter grave constituye una afrenta a la dignidad humana.

SEXTA.- El procedimiento administrativo para la verificar la condición de víctima se configura como un procedimiento de investigación o análisis básicamente de carácter documental y no como un procedimiento de indagación de determinada realidad fáctica a partir de cualesquiera medios de prueba. Además, el prelegislador acota el concepto de víctima a partir de un elenco bastante amplio de circunstancias (art. 3.1 y .4 APL) que ciñen en términos suficientemente precisos el margen de valoración de la Administración. Configurados, de este modo, la condición de víctima y el procedimiento administrativo a previsto tal efecto en el Anteproyecto se acomodan a los límites constitucionales, derivados del principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), fijados por el Tribunal Constitucional (STC 85/2018, de 19 de julio) a los procedimientos (no jurisdiccionales) que tienen por objeto la declaración a miembros de determinados colectivos como víctimas de hechos dañosos.

SÉPTIMA.- El Anteproyecto, consciente de que la respuesta penal no es viable por las razones expuestas por el Tribunal Supremo, ha optado por un mecanismo administrativo de reconocimiento de las víctimas de lo que denomina genéricamente «*violación de los derechos humanos*» que no comporta investigación de hechos, sino verificación de datos a partir de análisis de documentos e informaciones aportadas por administraciones u organizaciones, y que se limita a la inscripción como víctima en el registro correspondiente. Dentro de este planteamiento de la noción de víctima, ajeno a la instrucción y enjuiciamiento de delitos, pudiera ser extraña *strictu sensu* la previsión contenida en el **artículo 3.5** del Anteproyecto de acuerdo con la cual «*La consideración de víctima de conformidad con los apartados anteriores implicará la aplicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en cuanto sea procedente*».

OCTAVA.- Ahora bien, la Ley 4/2015 contiene el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos. Por supuesto, los derechos procesales contemplados en los Títulos II y III presuponen, necesariamente, la existencia de un proceso penal sobre los



hechos presuntamente delictivos. Pero, también los derechos extraprocerales de las víctimas, recogidos en el Título I, aunque se reconocen con independencia de que la víctima sea parte en un proceso penal o haya decidido o no ejercer algún tipo de acción, e incluso con anterioridad a la iniciación del proceso penal, tienen una finalidad tuitiva que está conectada a la apertura actual o futura de un proceso penal. A pesar del carácter estrictamente administrativo del procedimiento de reconocimiento de la condición de víctima, totalmente desvinculado de la perspectiva penal con la que pudieran valorarse los hechos o circunstancias de las violaciones de derechos humanos, que resulta, por un lado, el reconocimiento «*en lo que proceda*» de los derechos que conforman el estatuto jurídico de las víctimas de los delitos no resulta extraño a la lógica del Estatuto de la víctima, aunque sería conveniente precisar mejor los concretos aspectos en los que sería aplicable la Ley 4/2015 . Por ello, se sugiere valorar la adecuación de la previsión del artículo 3.5 del Anteproyecto.

NOVENA.- 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, estableció en sus artículos 2 y 3 el carácter radicalmente injusto de las condenas y sanciones de la Guerra Civil y la Dictadura franquista, así como la ilegitimidad de los tribunales y de las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia. La Sala Quinta del Tribunal Supremo ha venido interpretando estas previsiones legales como declarativas de la inexistencia de las sentencias, lo que provoca la falta de presupuesto objetivo del recurso de revisión (AATS de 21 de febrero de 2011, 30 de marzo de 2012 y 29 de junio de 2015). El Anteproyecto asume esta interpretación jurisprudencial que afirma la inexistencia derivada de la declaración de ilegitimidad y procede a declarar el carácter radicalmente nulo de las resoluciones condenatorias y sancionadoras en sus **artículos 4 y 5**, empleándose, por tanto, la vía legislativa para declarar la nulidad de sentencias, lo cual no es ajeno al contexto europeo (ley alemana de Nulidad de las Sentencias Nacionalsocialistas Injustas en la Administración de Justicia Penal, de 25 de agosto de 1998; Ley de 1992 para la rectificación de las injusticias del SED; Ley No. 11 de febrero de 1992 de la Asamblea Nacional de Hungría, y la Ley 119/1990 de Rehabilitación Judicial (de Rehabilitación de las Víctimas por motivos políticos) de 23 de abril de 1990 de Checoslovaquia).

DÉCIMA.- La opción elegida por el prelegislador de declarar la nulidad de condenas y sanciones responde, a la vista de la Exposición de Motivos del Anteproyecto y del propio contenido de los artículos 4 y 5, a un propósito de reparación moral de las víctimas, desvinculado de la reparación económica,



cuestión sobre la que se profundiza en párrafos posteriores. No obstante, se evidencia la existencia de una regulación discordante entre los apartados 2 y 3 del artículo 5, toda vez que, en el primer caso, al predicar la nulidad de las resoluciones de determinados tribunales, se lleva a cabo una declaración genérica y global que afecta a la totalidad e integridad de las resoluciones de dichos órganos, obviándose el hecho de la existencia de resoluciones de muy diversa índole, y que no necesariamente incorporan un contenido condenatorio o sancionador, y cuya nulidad, por tanto, aparece falta de fundamentación y desvinculada del objeto y ámbito del APL. En este sentido, procedería que por parte del prelegislador se reformulase la redacción del apartado segundo del artículo 5, en lo que a la nulidad de las resoluciones se refiere, a fin de establecer la necesaria conexión con el apartado tercero, y que, por tanto, a efectos de coherencia interna del texto, y de seguridad jurídica, se limitase la nulidad de dichas resoluciones a la existencia de un contenido específico de condena o sanción, sin perjuicio de las consideraciones que a continuación se realizan sobre el apartado 3 y la nulidad de las sentencias.

DECIMOPRIMERA.- El derecho comparado pone de manifiesto que la declaración de la nulidad de las condenas y sanciones impuestas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa durante la Guerra y la Dictadura que recoge el anteproyecto no debe entenderse encuadrada en el ámbito de la nulidad de actos administrativos, decisiones judiciales o leyes de un ordenamiento jurídico determinado, mediante las técnicas de las que el mismo se ha dotado para expulsar los actos viciados, sino que se enmarca, como puede observarse en los antecedentes europeos reseñados, en el ámbito de la sucesión de ordenamientos jurídicos, cuya característica principal además es, en este caso concreto, la divergencia esencial de los principios y valores que rigen en cada uno de ellos.

DECIMOSEGUNDA.- La regulación del Anteproyecto se sitúa en línea con la jurisprudencia que considera las sentencias que nos ocupan inexistentes bajo el cumplimiento de los tres presupuestos procesal, temporal y material antes citados (Auto de la Sala 5ª del TS de 30 de marzo de 2012). Debe ponerse de manifiesto que si se cumplen dichos presupuestos carece de relevancia el título de imputación que derivó en condena, toda vez que la injusticia de las condenas no se basa en el crimen juzgado, sino en el hecho de que el proceso careció de las mínimas garantías que permitan sostener una probada culpabilidad del condenado, que lo fue por motivos ideológicos y/o políticos, y no porque quedara demostrado el crimen del que fue acusado. Ello hace inviable el argumento de que no pueden ser anuladas las sentencias de



condena por la comisión de crímenes no políticos y actualmente penados en nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

DECIMOTERCERA.- Una inexistencia que aparece equiparada funcionalmente a la nulidad, toda vez que la categoría o bien resulta inútil o se inserta en el plano ontológico, es decir, el acto -sentencia- inexistente no sólo es que no deba producir efectos, sino que de hecho no los produce. Así, la inexistencia derivada de la declaración de ilegitimidad de la Ley de Memoria Histórica, impide, de conformidad con la jurisprudencia, una declaración de nulidad judicial (entendida como el acto de expulsión del propio ordenamiento jurídico de una condena aparentemente válida y vigente llevado a cabo a través del recurso de revisión), pero equivale funcionalmente a su nulidad jurídica, que puede ser explicitada por vía legislativa, sin producir ninguna consecuencia diferente o adicional a las ya existentes.

DECIMOCUARTA.- Procede recordar asimismo que la limitación temporal y material contenida en los artículos 4 y 5 del Anteproyecto, que excluye las condenas que pudieran considerarse igualmente injustas bajo los presupuestos establecidos por la jurisprudencia y que hubieran sido impuestas durante la misma por los tribunales republicanos, tiene su razón de ser en el hecho de que el sistema jurídico y político en el que se encontraban basadas, y las propias resoluciones judiciales, fueron ya anuladas por el ordenamiento jurídico franquista, que, en igual aplicación del principio de incompatibilidad de sistemas jurídicos, las expulsó del nuevo sistema a través del Decreto de 1 de noviembre de 1936 y la Ley del 8 de mayo de 1939, entre otras disposiciones.

DECIMOQUINTA.- El Anteproyecto no genera ningún cambio de paradigma ni modificación jurídico-práctica en relación con la regulación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, toda vez que el **apartado 4 del artículo 5** establece que: *“La declaración de nulidad que se contiene en los apartados anteriores dará lugar al derecho a obtener una declaración de reconocimiento y reparación personal. En todo caso, esta declaración de nulidad será compatible con cualquier otra fórmula de reparación prevista en el ordenamiento jurídico, sin que pueda producir efectos para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado, de cualquier administración pública o de particulares, ni dar lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional”*. De tal forma que, al igual que se hace en el año 2007, se excluye la responsabilidad patrimonial del Estado. Del mismo modo, se remite al correspondiente procedimiento administrativo en el artículo 6, al igual que se hacía en el artículo 4 de la Ley de Memoria Histórica.



DECIMOSEXTA.- No obstante, debe tenerse en cuenta que la exclusión de la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la nulidad de las condenas o sanciones que realiza el prelegislador, no implica, necesariamente, la imposibilidad de que dicha responsabilidad pueda llegar a ser reclamada y, en su caso, resultar de obligado cumplimiento para el Estado, tal y como se desprende de la Decisión de inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la demanda núm. 39162/12 (caso Ruiz-Funes Montesinos y otros contra España), y que excluye la responsabilidad patrimonial del Estado español en dicho caso concreto, con base en que la Ley 52/2007 de Memoria Histórica no tenía como objeto anular las decisiones judiciales pronunciadas durante la Guerra Civil y el régimen dictatorial, habiendo declarado, sin embargo, su carácter ilegítimo o manifiestamente injusto, no estando establecido en el derecho interno que ello pudiera dar, por sí solo, derecho a una indemnización o reparación pecuniaria por los perjuicios derivados de la condena padecida. En definitiva, dentro del objetivo limitado de reparación moral que comporta la declaración de nulidad de condenas y sanciones que se realiza en el APL, sería conveniente que por parte del prelegislador se tomara en consideración las posibles consecuencias que la misma podría tener en el ámbito de la responsabilidad patrimonial -al margen de la limitación introducida en el apartado 4 -teniendo en cuenta la normativa y jurisprudencia interna y europea al respecto de dicha figura.

DECIMOSÉPTIMA.- El Anteproyecto presenta una importante novedad en relación con la Ley de Memoria Histórica y es la regulación en su **artículo 22** de los hallazgos casuales que pudieran pertenecer a las personas desaparecidas a las que se refiere el artículo 15 (personas desaparecidas durante la Guerra y la Dictadura), lo cual merece una valoración positiva, al configurarse la obligación de comunicación *«de forma inmediata bien a la autoridad administrativa, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal o al Juzgado»*. Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que dicho precepto continúa estableciendo a su vez que dichas autoridades *«deberán ponerlo en conocimiento, a la mayor brevedad posible, a las autoridades competentes en materia de memoria democrática»*. Sin perjuicio de la evidente intencionalidad del precepto de lograr la oportuna coordinación entre diversas autoridades, resultaría más adecuado que la regulación de cualquier comunicación enmarcada en el procedimiento judicial se realizase a través de la normativa procesal, tanto para evitar una dispersión normativa que, en definitiva, dificulta el conocimiento por parte del órgano judicial de los trámites procedimentales, pudiendo mermar la eficacia procesal, como para cumplir adecuadamente con el principio de reserva de ley procesal del artículo 117.3 del texto constitucional.



DECIMOCTAVA.- Las disposiciones del artículo 22 se completan con lo establecido en el **artículo 23**, apartados 1 y 2: «1. *Los hallazgos de restos se pondrán inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal y las autoridades administrativas y judiciales competentes.* 2. *El traslado de restos humanos como consecuencia de los procedimientos de localización o por hallazgo casual requerirá autorización de la administración competente, sin perjuicio de lo que la autoridad judicial pueda disponer*». Si bien dicha previsión resulta del todo punto correcta, toda vez que los hallazgos de restos humanos no tienen por qué ser necesariamente de las personas desaparecidas referenciadas en el precepto anterior, sino que pueden estar vinculadas a cualquier otra situación o contexto, de carácter delictivo o accidental, siendo procedente su puesta en conocimiento de las autoridades judiciales, debe significarse que resulta redundante con la regulación contenida en la LECrim (artículos 259 y siguientes), siendo además esta última la ubicación adecuada de la obligación de denuncia de la posible perpetración de un delito.

DECIMONOVENA.- El **artículo 25** dispone, bajo la rúbrica Comunicación al Ministerio Fiscal, que la Administración General del Estado pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de indicios de comisión de delitos que se aprecien con ocasión de localizaciones e identificaciones a que se refiere esta ley. Se trata de una norma dirigida a la AGE que viene a especificar para esta Administración el deber legal de denuncia (art. 259 y 262 LECrim) y que por ello resulta redundante.

VIGÉSIMA.- El artículo 28, intitulado «*Derecho de acceso y consulta de los documentos de archivo sobre la Guerra y la Dictadura*», y de conformidad con el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos establecido en el artículo 105 b) de la CE, concretiza el derecho al libre acceso a los archivos públicos y privados y la consulta de documentos históricos de la Guerra y la Dictadura, estableciendo la oportuna remisión al artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, y al Capítulo 4 del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre,. Teniendo en consideración el marco jurídico en materia de archivos judiciales, los documentos de la Administración de Justicia y los archivos judiciales sobre la Guerra y la Dictadura no estarán, por regla general, en los archivos judiciales, sino que, en su caso, habrán sido transferidos a la administración competente en materia de patrimonio histórico. Si, por cualquier motivo, como pudiera ser el ejercicio de acciones judiciales por algún interesado, los expedientes sí se encuentren en dichos archivos, su acceso deberá realizarse de conformidad con los artículos 7 y 12 del Real Decreto 937/2007, de 18 de julio, de modernización de los archivos judiciales, y, en definitiva, con el artículo 235 de la LOPJ. Es por ello que la redacción elegida por el anteproyecto se revela indeterminada, pues no queda claramente establecido a qué se refiere el prelegislador con la



expresión *"una vez que cumplieron su función a disposición del órgano jurisdiccional correspondiente"*, y si con ello, se remite a aquellos expedientes judiciales que permanecen en los archivos judiciales, estableciendo un régimen de acceso general que vulneraría, por tanto, lo estipulado en el artículo 235 de la LOPJ, o a aquellos que se encuentran en los archivos históricos, por haber sido transferidos, en cuyo caso, no despierta duda la aplicación del régimen jurídico general establecido.

VIGESIMOPRIMERA.- De otro lado, no cabe ignorar que un importante volumen de los expedientes judiciales de la Guerra y la Dictadura fueron generados por los tribunales militares. En este sentido, y sin perjuicio del principio de unidad jurisdiccional consagrado en el artículo 117.5 de la CE, debe señalarse que la disposición adicional sexta del Real Decreto de modernización de archivos judiciales establece que el mismo no es de aplicación a los archivos de los juzgados togados y tribunales militares, los cuales se rigen por su normativa específica. Pues bien, dicha normativa específica es el Real Decreto 1816/2009, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Archivos Judiciales Militares, que prevé un sistema de archivos y documentación similar al previsto para los restantes órdenes jurisdiccionales y en el que se establece igual sistema de acceso a los mismos que en el Real Decreto 937/2007, siendo por tanto reproducibles respecto al régimen de acceso a los documentos de los archivos judiciales militares las mismas dudas apuntadas anteriormente en relación con el apartado 4 del artículo 28 del APL.

VIGESIMOSEGUNDA.- El **artículo 29** prevé la creación de la referida Fiscalía de Sala con competencias para *«la investigación de los hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario»*, así como *«las funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización»*. Sin prejuzgar el juicio de oportunidad que sustenta la opción del prelegislador, cabe advertir que esta decisión organizativa respecto de la estructura del Ministerio Fiscal no parece corresponderse con el carácter esencialmente administrativo de las medidas e instrumentos de protección de las víctimas contemplados en el anteproyecto de Ley, por lo que el desempeño de las funciones constitucionales propias del Ministerio público en ámbitos reservados a la actuación de las administraciones públicas no se revela como particularmente idóneo. Por otro lado, en cuanto a la denominación, resultaría coherente con el carácter prevalente de estos derechos, anteponer Derechos Humanos a Memoria Democrática.



VIGESIMOTERCERA.- La efectiva creación de la Fiscalía de Sala se contempla en la **disposición final primera del APL** mediante la que se da nueva redacción al apartado tercero del artículo 20 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Dentro de las funciones enumeradas en el precepto que se atribuyen a la Fiscalía de Sala cabe señalar que se le encomienda (art. 20 Tercero c EOMF) la práctica de las diligencias a las que se refiere el artículo 5 EOMF, esto es, las denominadas diligencias preprocesales reguladas en el artículo 773.2 LECrim, así como la acción pública en cualquier tipo de procedimiento *«exigiendo las responsabilidades que procedan, cuando se refieran a hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, siempre que pudieran ser constitutivos de delito»*. Esta última precisión vincula la violación de las normas iusinternacionales en materia de derechos humanos con la infracción de la ley penal española, circunscribiendo así la actuación de la Fiscalía al ámbito funcional que le es propio, de acuerdo con el artículo 3 EOMF. Esta superposición de las violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario con las acciones penalmente prohibidas por la Ley está ausente en el artículo 29 APL y, por coherencia, debería incorporarse. En este sentido, debe recordarse que la doctrina del Tribunal Supremo sobre la inviabilidad del proceso penal para la investigación de hechos vinculados con la guerra civil y la posguerra (SSTS de 27 de febrero de 2012 y 17 de febrero de 2021) circunscribe el espacio posible de actuación de la Fiscalía de Sala en el ejercicio de esta función contemplada en el artículo 20.3.c.

VIGESIMACUARTA.- La función prevista en la letra f del artículo 20, apartado tercero, EOMF (*«coordinar la acción del Ministerio Fiscal en materia de interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial en aquello que pudiera afectar a los recursos de revisión de sentencias en por [sic] esta materia»*) debe entenderse conectada con el motivo de revisión introducido en el artículo 5 bis LOPJ, por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

VIGESIMOQUINTA.- El **artículo 30** relativo al derecho a la investigación tiene un contenido heterogéneo. El **apartado 1** establece que *«el Estado garantizará el derecho a la investigación de las violaciones a [rectius, de] los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario ocurridas con ocasión de la Guerra y la Dictadura, así como el periodo que va desde la muerte del dictador hasta la aprobación de la Constitución Española»*. Se trata de un enunciado que pretende incorporar el estándar del Derecho



internacional de los Derechos Humanos en esta materia que integra en el conjunto de obligaciones de protección de los Estados la obligación de carácter procedimental de realizar una investigación efectiva sobre las violaciones de derechos humanos. Ahora bien, la utilización por el precepto de un lenguaje propio de una norma internacional («*El Estado garantizará el derecho a la investigación [...]»*), que implica un uso anfibológico del término Estado, junto a la falta de precisión sobre los cauces a través de los que se ejercerá ese derecho, otorga al artículo un escaso nivel de densidad normativa y lo sitúa en un plano más propio de lo programático. A la vista de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tantas veces referida, y de sus razones subyacentes, el prelegislador ha procurado mantenerse en el espacio de lo jurídicamente asequible.

VIGESIMOSEXTA.- En relación el artículo 30 APL, en línea con lo expuesto en relación con el artículo 3 del Anteproyecto, deben hacerse dos precisiones. En primer lugar, el concepto de violación de derechos humanos debe entenderse acotado en los términos expuestos más arriba, con el fin de evitar una proyección expansiva del mismo que fuera más allá del objeto y finalidad de la ley. En segundo lugar, la referencia a la «*aprobación*» de la Constitución debe cohererarse con lo previsto en los artículos 1.2 y 3.1 del anteproyecto que toman como fecha relevante la de la «*promulgación*» de la Constitución.

VIGESIMOSÉPTIMA.- El **apartado 2 del artículo 30** dispone que «*Se garantizará la tutela judicial en los procedimientos encaminados a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados relacionados con las víctimas a que se refiere el artículo 3*». Esta previsión debe ponerse en conexión con la **disposición final segunda del Anteproyecto** mediante la que se introduce un nuevo capítulo XI en el Título II de la Ley 5/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en el que se regulan los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados. Se recupera, de este modo, el antiguo expediente de informaciones de perpetua memoria regulado en los artículos 2002 a 2009 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que estuvo vigente hasta su derogación por la Ley 5/2015.

VIGESIMOCTAVA.- El procedimiento de informaciones para la perpetua memoria regulado en el Título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de acuerdo con la doctrina procesalista, tiene por objeto documentar la realidad de determinados hechos, por medio de testigos, para evitar que desaparezcan o se olviden con el paso del tiempo. La Ley no pone límite a los hechos objeto de este procedimiento, pudiendo ser cualquier información, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que el objeto



sea posible; b) que sea lícito; c) que los hechos no se refieran a un pleito pendiente; d) que no resulte perjuicio para persona cierta y determinada; e) que no exista otro procedimiento distinto previsto por la Ley para su demostración. En la práctica forense, este procedimiento de jurisdicción voluntaria era de escaso uso, al haberse visto sustituido por las actas notariales de notoriedad, reguladas en el artículo 209 del Reglamento Notarial, razón que explica su no mantenimiento en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2015 y su consiguiente derogación. Sin embargo, mientras estuvo en vigor el procedimiento de informaciones *ad perpetuam* ha sido utilizado en algunos casos por familiares de las víctimas para obtener una declaración de los hechos acaecidos, identificar a la víctima y regularizar su situación y darles sepultura. En este sentido, cabe cita el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de abril de 2003 o el más reciente Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Lorenzo de El Escorial de 20 de marzo de 2016. A través de este procedimiento cabe obtener, como se dijo en el ATS de 28 de marzo de 2012, *«una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella»*.

VIGESIMONOVENA.- Desde esta perspectiva, la regulación proyectada en la **disposición final segunda APL** merece una valoración positiva. Se regula de nuevo del procedimiento informaciones para perpetua memoria actualizando su denominación que pasa a ser la de expediente de jurisdicción voluntaria relativo a declaraciones sobre hechos pasados. La nueva regulación se inserta como capítulo XI en el Título II de la Ley 5/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, dedicado a los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas. A pesar de esta ubicación sistemática, el objeto posible de este tipo de expediente se configura, como en la Ley de 1881, con carácter amplio, referido a *«la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados, siempre que no existe controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso»* (art. 80 bis), por lo que no cabría limitarlo a hechos relativos a personas, sino que puede extenderse a cualquier tipo de información, con independencia de su naturaleza y circunstancias.

TRIGÉSIMA.- El **artículo 80 bis** regula el ámbito de aplicación del expediente que configura el objeto posible de la declaración judicial en términos amplios: *«hechos de cualquier naturaleza, concretos, ya acaecido, percibidos o no por el promotor del expediente»* (art. 80 bis.1, segundo párrafo). Se establecen en el artículo 80 bis.2 las condiciones de admisibilidad, en línea con la regulación precedente: objeto posible y lícito, principio de prueba de los hechos, que no resulte perjuicio para una persona cierta y determinada, que los hechos no sean objeto de un procedimiento



judicial en trámite y que no exista otro procedimiento judicial legalmente indicado para la demostración de los hechos.

TRIGESIMOPRIMERA.- El **artículo 80 ter** regula la competencia, legitimación y postulación. Se prevé la legitimación activa del Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de persona interesada, así como el carácter necesario de su personación como parte en el expediente, y no se exige como preceptiva la defensa de letrado ni la representación por procurador. Con el fin de facilitar el acceso a este tipo de procedimiento, se prevé en el apartado 3 de este precepto que *«en la Oficina Judicial existirán, a disposición de los interesados, impresos normalizados para formular la solicitud»*. Tal previsión no parece el medio más eficaz para que los interesados tengan un fácil acceso a este procedimiento. Esta finalidad puede alcanzarse más cumplidamente si el precepto contuviera un mandato a las administraciones prestacionales para que tuvieran accesibles en sus páginas web los referidos impresos normalizados para formular la solicitud.

TRIGESIMOSEGUNDA.- El **artículo 80 quáter** regula la tramitación y resolución del expediente. Se prevé en el tercer párrafo del artículo 80 quáter que las partes pueden pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el artículo 381 LEC, estableciendo que *«la comparecencia no se celebrará hasta tanto se haya recibido la respuesta escrita»*. El prelegislador confiere a este trámite un carácter esencial para la celebración de la comparecencia en ese expediente de jurisdicción voluntaria del que carece en la regulación del artículo 381 LEC donde se prevé que la práctica de esta prueba no suspenderá el curso del procedimiento, salvo que el Juez lo estime necesario para impedir la indefensión de una o las dos partes (art. 381.2 segundo párrafo LEC). Con el fin de evitar que la omisión de la respuesta escrita o su demora excesiva comporte la inviabilidad del expediente o un perjuicio para el interés del promotor, debería valorarse introducir una cláusula de salvaguarda que permita al Juez acordar la celebración de la comparecencia a pesar de la omisión de las respuestas escritas, previéndose que, recibidas con posterioridad, se dé audiencia a los interesados y al Ministerio Fiscal antes de dictar la resolución.

TRIGESIMOTERCERA.- El apartado 5 del artículo 80 quáter dispone que, de accederse a la solicitud, *«el Juez realizará en la parte dispositiva del auto la declaración sobre hechos pasados determinada interesada por el promotor, con expresión de sus circunstancias, y se pronunciará, en su caso, en relación con las consecuencias que legalmente deriven de la declaración»*.



Este último inciso parece dudosamente compatible con el carácter esencialmente declarativo del procedimiento limitado a la constatación de la realidad de determinados hechos del pasado. Tal previsión podría posibilitar que en el escrito de solicitud se formulen, más allá de la petición de declaración de determinados hechos, pretensiones de aplicación de normas jurídicas que extravasen el carácter no contradictorio de este tipo de procedimiento de jurisdicción voluntaria. Por ello, el inciso señalado supone un riesgo de desnaturalización de este procedimiento esencialmente no contencioso (art. 1.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) que debería valorar el prelegislador a los efectos de contemplar su supresión.

TRIGESIMOCUARTA.- En relación con el acceso a la justicia, debe señalarse que la **disposición adicional primera** del APL establece *«1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la estricta observancia de las obligaciones recogidas en la presente ley, excepto aquellas de carácter personalísimo»*, optando por tanto el prelegislador por establecer una acción pública de ámbito general en esta materia en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 19.h de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establece la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda ejercer la acción popular *«en los casos expresamente previstos por las Leyes»*. Se establece así en dichas disposiciones una acción *quivis ex populo*, reconocida a cualquier ciudadano sin legitimación especial, como especialidad frente a la regla general de legitimación basada en un derecho o interés legítimo del art. 19.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

TRIGESIMOQUINTA.- Resultaría conveniente que por parte del prelegislador se introdujera una matización en el **artículo 36.5** del siguiente tenor o similar: "sin perjuicio de que, en su caso, sea puesto en conocimiento de la Administración competente el valor histórico, cultural y artístico inherente al símbolo y elemento, y la eventual obligación constitucional de su conservación", a fin de que, de conformidad con el artículo 46 CE, se considere la posible existencia de símbolos y elementos susceptibles de retirada conforme a lo dispuesto en el APL que, sin embargo, incorporen un valor histórico, cultural y/o artístico relevante.

TRIGESIMOSEXTA.- Del mismo modo, sería conveniente que igualmente se realizara una referencia explícita en el **artículo 38** a la obligación constitucional de la administración de ponderar dicha circunstancia -valor histórico, cultural y/o artístico- en el marco del expediente incoado para la



retirada de los elementos incluidos en el catálogo establecido en el artículo 37, independientemente de que la misma sea o no alegada en el trámite de audiencia recogido en el apartado 2 por parte la persona física o jurídica propietaria del edificio privado o religioso con proyección pública.

TRIGESIMOSÉPTIMA.- De conformidad con la regulación contenida en los artículos 100.2, 102 y 103 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se evidencia la necesidad de que en el artículo 38 apartados 4 y 5 del APL se introduzca la adecuada referencia a que los métodos de ejecución forzosa en ellos referenciados -ejecución subsidiaria y multa coercitiva- no resultan acumulativos, sino que son de carácter alternativo.

TRIGESIMOCTAVA.- El **artículo 39**, intitulado «*Actos públicos contrarios a la memoria democrática*», dispone en su primer apartado que se *considerarán actos contrarios a la memoria democrática la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, y supongan exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial.* La calificación de acto contrario a la memoria democrática no comporta por sí sola una determinada consecuencia jurídica en el sistema de la Ley. El **artículo 62.1.d** tipifica como infracción muy grave «*la falta de adopción de medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización, en espacios abiertos al público, de actos de exaltación de la Guerra o de la Dictadura cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrollen dichos actos*». Por su parte, el **artículo 62.1.e** tipifica como infracción muy grave «*las convocatorias de actos, campañas de divulgación o publicidad que, por cualquier medio de comunicación pública, en forma escrita o verbal, en sus elementos sonoros o en sus imágenes sean contrarias a la normativa sobre memoria democrática, inciten a la exaltación de la Guerra o de la Dictadura, cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares*». Desde este punto de vista, cabe considerar que nos encontramos ante una norma expresiva del desvalor de una clase de actos por el contenido de los mensajes efectuados en ellos. Tal desvaloración no se expresa como una prohibición ni constituye el supuesto de hecho de una infracción administrativa. Con todo, la desvaloración de este tipo de conductas expresivas lleva al prelegislador a prevenir su realización no mediante la previsión de una sanción directa sino a través de la tipificación como infracción administrativa de actos de carácter instrumental.



TRIGESIMONOVENA.- Del ámbito de aplicación del precepto debería quedar claramente excluidos los supuestos de ejercicio del derecho de reunión, cuyo ejercicio está sujeto a un específico régimen jurídico contenido en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. Debe recordarse que conforme a la jurisprudencia constitucional, el carácter pacífico de una reunión no se ve alterado por el hecho de que en ella se expresen ideas o se persigan objetivos que puedan ofender o molestar a otras personas o colectivos porque *«el contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública no puede ser sometido a controles de oportunidad política ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado»*, salvo, claro está, que el contenido de los mensajes sea ilegal (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3).

CUADRAGÉSIMA.- Limitado el alcance de la norma a actos en lugares públicos que no constituyan reuniones a efectos constitucionales, se contiene en ella, ciertamente, una declaración de ilicitud del contenido de los mensajes que supongan exaltación personal o colectiva de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura y entrañen descredito, menosprecio o humillación de las víctimas o sus familiares. El Tribunal Constitucional ha declarado que *«la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones "acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población", ya que en nuestro sistema "no tiene cabida un modelo de 'democracia militante', esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución»* (STC 192/2020). Desde este punto de vista, la exaltación o apología de hechos históricos por dolorosos, reprobables o contrarios a los valores centrales de nuestra convivencia que puedan ser constituyen manifestaciones de juicios de valor u opiniones que entrarían en el ámbito de protección de la libertad de expresión, salvo cuando suponga una lesión de derechos o bienes de relevancia constitucional. Así, la STC 235/2007 recuerda que *«el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos, encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptable»*.

CUADRAGESIMOPRIMERA.- En el presente caso, la opción del legislador merece algunas consideraciones. Desde el punto de vista sustantivo, el precepto no puede declarar como ilícitos (*«actos contrarios a la memoria*



histórica») la mera expresión de opiniones o juicios de valor sobre hechos de nuestra historia si tales expresiones no constituyen a su vez un ataque a un bien jurídico de relevancia constitucional. Es la dignidad (art. 10.1 CE) de las víctimas la que se erige como límite del ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo considerar el precepto legal como ilícitas aquellas conductas expresivas o actos que, además de exaltación de determinados hechos o etapas de nuestra historia, «*entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares*». La redacción del precepto, sin embargo, puede dar lugar a una tutela asimétrica de la dignidad de las víctimas y sus familiares de hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos acaecidos en el periodo histórico contemplado por el legislador, que no resultaría compatible con el igual respeto y consideración que merece todo ser humano por el hecho de serlo. Por ello, la consideración de «*actos contrarios a la memoria democrática*» debería configurarse de un modo más omnicompreensivo siguiendo el espíritu de las resoluciones europeas citadas más arriba. Estas consideraciones son trasladables a la tipificación de las infracciones muy graves contenidas en las **letras d y e del artículo 62.1 del Anteproyecto** que exigen para la comisión del tipo infractor junto a la exaltación de la Guerra o de la Dictadura, el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares.

CUADRAGESIMOSEGUNDA.- En otro orden de consideraciones, desde el punto de vista del principio de necesidad de la iniciativa del prelegislador (art. 129 Ley 39/2015), cabe plantear la oportunidad de acudir a la potestad administrativa sancionadora para tutelar bienes jurídicos de titularidad individual (dignidad) frente a ofensas entre particulares, existiendo ya una específica prohibición penal del denominado discurso del odio lesivo de la dignidad de las personas (art. 510 CP).

CUADRAGESIMOTERCERA.- El **artículo 39.2 APL** contiene una regulación que no se ajusta al sentido del artículo 9.2 de la Ley Orgánica 9/1983 al que se remite. Desde este punto de vista, el artículo proyectado debería redactarse de modo que quedase claro que se regula la información adicional que deberán remitir los Ayuntamientos a la autoridad gubernativa mediante el informe previsto en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 9/1983, en los casos de que se trate de reuniones comunicadas que vayan a celebrarse «*en la proximidad de las zonas incluidas en los mapas de fosas, los lugares de memoria democrática, así como de los monumentos o elementos análogos erigidos en recuerdo y reconocimiento de las víctimas*». La remisión de tal información adicional estaría vinculada al mejor desempeño por la autoridad gubernativa de las obligaciones de protección y seguridad de personas y bienes con ocasión del ejercicio del derecho de reunión.



CUADRAGESIMOCUARTA.- El **artículo 40** dispone que las administraciones públicas no subvencionarán, bonificarán o prestarán ayudas públicas a aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sancionadas por resolución administrativa por atentar, alentar o tolerar prácticas en contra de la memoria democrática, en los términos previstos en el régimen sancionador contemplado en la Ley. Esta previsión debe cohonestarse con la sanción accesoria contemplada en el artículo 63.4.c APL. En relación con esta previsión cabe recordar el criterio del Consejo de Estado sostenido en su Dictamen de 14 de mayo de 2018, dictado en el expediente 297/2018, conforme al cual *«no existe correlación entra la medida prevista (imposibilidad de obtener una subvención, bonificación o ayudas públicas de ningún tipo) y la conducta que se pretende reprobar (actuaciones sancionadas por resolución administrativa firme por atentar, alentar o tolerar prácticas en contra de la Memoria Histórica y Democrática de Extremadura). Sin cuestionar lo condenable de estas actuaciones, su realización no justifica per se la imposición de una inhabilitación total y absoluta para ser destinatario de ningún tipo de medida de fomento que pueda tener fines distintos y ajenos a los concernientes a la actuación reprobada. Debería por ello acotarse con mayor precisión el objeto y la duración de la medida referida y vincularlos de manera expresa con la actuación cuya sanción merece aquella»*. En línea con lo expresado por el Consejo de Estado, el precepto proyectado debería limitar la medida de privación de ayudas y subvenciones al ámbito propio regulado por la Ley, esto es, a aquellas ayudas y subvenciones vinculadas a las políticas de fomento en materia de memoria democrática.

CUADRAGESIMOQUINTA.- A fin de poder dar cumplimiento a las sanciones accesorias, el **apartado 3 del artículo 40** dispone: *«A efectos de dar cumplimiento a lo establecido en este artículo, por el departamento competente en materia de memoria democrática se establecerá una base de datos para el seguimiento y comprobación de aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sido sancionadas por resolución administrativa firme en aplicación de esta ley»*. Esta previsión de tratamiento de datos personales debe ponerse en relación con la **disposición adicional décima** del ALPL que contiene un registro de las actividades de tratamiento contempladas en la Ley con el fin de satisfacer el derecho de información de los afectos. Se trata de una opción que debe valorarse muy positivamente desde la perspectiva del mejor cumplimiento de las exigencias del RGPD.

CUADRAGESIMOSEXTA.- A fin de mejorar la coherencia normativa del texto y no afectar a la seguridad jurídica, se sugiere al prelegislador que en la **disposición adicional tercera** se incorpore a la retirada de las



recompensas previstas en la Ley 5/1964, de 29 de abril, sobre Condecoraciones Policiales, y de la Ley 19/1976, de 29 de mayo, sobre creación de la Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil la correspondiente vinculación con los motivos de revisión o retirada de reconocimientos, honores y distinciones establecidos en el artículo 41 (“que resulten manifiestamente incompatibles con los valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales, que comporten exaltación o enaltecimiento de las sublevación militar, la Guerra o la Dictadura o que hubieran sido concedidas con motivo de haber formado parte del aparato de represión de la dictadura franquista”).

CUADRAGESIMOSÉPTIMA.- La **disposición adicional quinta** del Anteproyecto introduce una nueva causa de extinción de fundaciones. Se establece fuera de su *sedes materie*, que es la Ley que regula el ejercicio de este derecho constitucional (art. 34 CE), una nueva causa general de extinción de las fundaciones consistente en que las fundaciones «*no persigan fines de interés general o realicen actividades contrarias al mismo*». En primer lugar, deber recordarse que los fines de interés general son parte del contenido esencial del derecho de fundación, tal y como se desprende del artículo 34.1 CE y ha establecido la jurisprudencia constitucional (SSTC 18/1984 y 341/2005). La fundación deberá perseguir un interés general, de entre los enumerados *ad exemplum* por el artículo 3.1 de la Ley 50/2002, como requisito para su válida constitución. El cumplimiento del fin fundacional, establecido en los Estatutos, corresponde al patronato (art. 14 Ley 50/2002), incurriendo los patronos en responsabilidad en caso de incumplimiento, entre otros extremos, de los Estatutos (art. 17 Ley 50/2002). La tipificación como causa de extinción de la no persecución de interés general o la realización de actividades contrarias al mismo se sitúa en un plano diverso del de las demás causas de extinción previstas en el artículo 31 Ley 50/2002. Estas configuran supuestos de hecho extintivos de la persona jurídica directamente vinculados con la dinámica del negocio jurídico fundacional (expiración del plazo fundacional, realización íntegra o imposibilidad de realización del fin fundacional, fusión o causas previstas en el acto constitutivo o en los estatutos).

CUADRAGESIMOCTAVA.- El artículo 34.2 CE dispone que «*regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22*». De este modo, el legislador puede declarar ilícitas las fundaciones que persiguen fines o empleen medios tipificados como delito (art. 22.2 CE) y, por otro lado, las fundaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada (art. 22.4 CE). 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. La ley no penal puede crear causas de disolución de las fundaciones, pero su apreciación y declaración deberá estar reservada a la jurisdicción por imperativo constitucional. A este esquema responde la Ley 50/2002 (y previamente, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre) que prevé que la fundación se extinguirá «*cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes*» (art. 31. F), supuesto de extinción en el que «*se requerirá resolución judicial motivada*» (art. 32.3). En el presente caso, el prelegislador ha previsto un supuesto de ilicitud (realizar de actividades contrarias a los intereses generales) que determina como sanción (civil) la disolución de la fundación que, a instancia del protectorado, sólo puede ser acordada mediante resolución judicial. La causa de disolución prevista en la disposición adicional quinta adolece de falta de taxatividad, al dejar al aplicador de la norma (tanto al protectorado a la hora de instar la disolución, como al juez a la de acordarla) un amplísimo margen de apreciación, defecto que pugna con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Desde el punto de vista material, se impone un límite a la actividad de esta clase de personas jurídicas que, por su carácter genérico, al imponer una vinculación positiva a los intereses generales en toda la actividad de las fundaciones, resulta desproporcionado. La ley, de acuerdo con el artículo 34 CE, exige que el fin fundacional sea un interés general, pero no que toda la actividad fundacional deba ser conforme a los intereses generales, pues la exigencia supondría trasladar un principio de actuación propio de las personas jurídicas públicas (art. 103 CE) a las personas jurídicas privadas. . Por todo ello, cabe concluir que la previsión de la causa general de disolución de las fundaciones consistente en que estas no persigan fines de interés general o realicen actividades contrarias al mismo debería suprimirse tanto por incurrir en falta de precisión y taxatividad como por suponer una limitación desproporcionada de la actividad de este tipo de personas jurídicas.

CUADRAGESIMONOVENA.- La disposición adicional quinta APL contiene una especificación de la causa (general) de disolución, al establecer que «*se considerará contrario al interés general la apología del franquismo o 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*». Al respecto cabe señalar que el precepto enuncia conductas que no están abarcadas por el delito contemplado en el artículo 515 CP que tipifica como asociaciones ilícitas en su apartado 4º «*las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad*» (art. 515.4º CP). El prelegislador crea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31.f de la Ley de Fundaciones, una causa específica de



disolución a partir de la tipificación de la ilicitud de una determinada actividad (expresiva) de los entes fundacionales. Desde un punto de vista de técnica normativa, resulta más adecuado que la causa legal de disolución que se pretende incorporar se contenga en el articulado del texto legal, siendo a ese concreto artículo del anteproyecto al que se remitiría el artículo 31.f de la Ley de Fundaciones.

QUINCUAGÉSIMA.- En el supuesto de hecho extintivo de la personalidad jurídica 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 (la fundación como persona jurídica es titular del derecho del artículo 20 CE) que el legislador puede limitar por afectar a la dignidad de las víctimas, siempre que por imperativo de la igualdad ínsita en el mismo principio de dignidad se tutele la dignidad de las distintas víctimas de violaciones de derechos humanos acaecidas en el periodo histórico contemplado por el legislador, tal y como se ha expuesto más arriba. Por otro lado, en cambio, la apología del franquismo, sin el requisito adicional de menosprecio o humillación de las víctimas, supone la expresión de ideas respecto de un régimen político contrario a los valores democráticos proclamados en nuestra Constitución, pero, como dice 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 niega»* (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2). Se debe añadir a lo expuesto que haber incluido, tanto en la disposición adicional quinta como en la **disposición adicional sexta**, con la relevancia expuesta, *«la apología del franquismo»* invade claramente el derecho a la libertad ideológica consagrada en la Constitución que, como se ha declarado reiteradamente, no impone un modelo de democracia militante y que tales ideas o creencias, en la medida que no comporten *«incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del Golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, por su condición de tales»*, no pueden servir para la extinción de una fundación o asociación.

QUINCUAGESIMOPRIMERA.- Por otro lado, si lo que se pretende en el anteproyecto es una declaración *«ex novo»* de ilicitud de una fundación fundada en la declaración de ilicitud de los fines generales que sirvieron para su creación –presupuesto de toda fundación–, ciertamente que es necesario que el mismo prelegislador se vea obligado a regular las líneas generales del procedimiento para dicha extinción, por no ser de utilidad, por razones obvias, el previsto en la Ley de Fundaciones; pero ese procedimiento que se recoge en el párrafo segundo de la disposición adicional quinta, que impone



al Protectorado de la fundación instar judicialmente la extinción, no parece oportuno porque se deja en manos del órgano administrativo que ejerza las funciones del protectorado (art. 36 Ley de Fundaciones) valorar la concurrencia de la causa de extinción, que ha de ser objeto de interpretación no exenta de dificultades para quienes desempeñan funciones de vigilancia y control del cumplimiento del fin fundacional y de la normativa de fundaciones. Si lo pretendido por el prelegislador es incorporar una nueva causa de extinción con eficacia «civil» o «administrativa» de las fundaciones, con la garantía de que se declare «judicialmente la extinción», parece oportuno que dicha declaración judicial se inste por los órganos administrativos creados en materia de memoria democrática.

QUINCAGESIMOSEGUNDA.- Desde la perspectiva procesal, en el segundo párrafo de la disposición adicional quinta, al regular la posibilidad de que la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, pueda suspender las actividades de la fundación o adoptar medidas cautelares debería introducirse una referencia a la regulación de la LEC en esta materia. Así se sugiere la siguiente redacción: *«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.»*

QUINCAGESIMOTERCERA.- La **disposición adicional séptima** dispone que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley *«se promoverá la modificación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, con el objeto de incluir como causa de disolución de las asociaciones la realización pública de apología del franquismo y 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»*. Se trata de un mandato al prelegislador cuyo contenido, en lo que pueda tener de delimitación indiciaria de la futura ilicitud de una clase de asociaciones, debería replantearse a la luz de lo dispuesto en el artículo 22.2 CE y las consideraciones anteriores relativas a la causa proyectada de disolución de las fundaciones, sin perjuicio de la emisión en su momento por parte de este CGPJ del informe preceptivo sobre dicho anteproyecto de modificación de la LO 1/2002, de 22 de marzo.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 07 de junio de 2021.

Jose Luis de Benito y Benitez de Lugo

Secretario General