

# Memoria histórica y democracia en España: la tensión entre memoria, justicia y olvido, respecto al franquismo

**Alejandro TORRES GUTIÉRREZ**

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Pública de Navarra  
Instituto I-COMMUNITAS  
*Institute for Advanced Social Research*

## I. La memoria y el olvido

Afirma Paloma Aguilar Fernández que la memoria es una facultad fundamental del ser humano, pero a la vez es caprichosa, inconstante y voluble, pudiendo en ocasiones otorgarnos una sensación de verosimilitud con frecuencia engañosa, pues es la única herramienta de la que disponemos para poder comprobar la veracidad de los acontecimientos, y la coherencia de nuestra propia historia. En ocasiones el silencio supone una forma sofisticada de autocensura colectiva, que delata la existencia de cicatrices políticas abiertas, de problemas subyacentes en la vida del país. Paradójicamente, el olvido puede llegar a jugar un papel tan importante como la memoria, de cara a conseguir la convivencia pacífica en el seno de una sociedad concreta. Y esto es así, porque el olvido puede contribuir a liberarnos de nuestro pasado<sup>1</sup>.

La memoria colectiva de una comunidad se construye a partir de un conjunto de representaciones, compartidas mayoritariamente por sus integrantes. De este modo, al rescatar el pasado del olvido, convirtiéndolo en un referente de la identidad comunitaria, la rememoración se transforma en un imperativo de supervivencia<sup>2</sup>.

---

1 P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *Políticas de la Memoria y Memoria de la política*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pp. 29-30 y 35.

2 J. VIDAL-BENEYTO, *Memoria democrática*, Foca, Madrid, 2007, p. 135.

Reyes Maté<sup>3</sup> distingue dos tipos de olvido, el que consiste en el desconocimiento del pasado, y el que se identifica con no dar importancia a lo que ha acontecido. En el primer caso, el olvido equivaldría a «ignorancia», en el segundo, se identificaría con la «injusticia».

Al fallecer el general Franco, existía en España una extendida conciencia de la necesidad de no repetir errores pasados, y operó un consenso tácito de evitar un conflicto bélico. Afortunadamente la sociedad española a mediados de la década de los 70 del siglo XX, era muy diferente a la de cuarenta años antes, existiendo una potente clase media, que apostaba por la estabilidad social y política. No faltarán nubarrones en el horizonte, como la violencia terrorista. El miedo a la violencia política, que sobrevoló la Transición, hizo que el recuerdo del pasado rebrotara con fuerza, y tuvo como consecuencia directa la necesidad de moderar las demandas políticas y sociales. Se abrió paso la necesidad de negociar, pactar, ceder, tolerar, y llegar a amplios consensos<sup>4</sup>.

Señalan los críticos con este proceso, que la «ablación total de la memoria», (lo que con sarcasmo califican como el «timo de la memoria»), hará posible la «auto-transformación del franquismo, y con ello la legitimación democrática de su elite económica y de su clase política más allá de sus glorias y villanías, de sus logros, su botín y sus desmanes»<sup>5</sup>. Qué duda cabe que dicha legitimación de la elite, (o al menos una cierta elite), procedente del franquismo, se produjo, y ello porque paradójicamente quizás fuera «necesario», (o cuando menos «conveniente»), para la transformación del propio modelo político, y la consolidación de la democracia.

## II. Los primeros pasos dados durante la Transición a la Democracia: Indultos y amnistía

### A. El desarrollo normativo

Tres días después de su coronación, Juan Carlos I, por Decreto de 25 de noviembre de 1975<sup>6</sup>, concedió un indulto general, de las penas y correctivos de privación de libertad, pecuniarias y de privación del permiso de conducción impuestas, o que puedan imponerse, por delitos y faltas previstos en el Código Penal, Código de Justicia Militar y Leyes penales especiales, por hechos cometidos con anterioridad al 22 de noviembre de 1975, que variaba en función de la pena

3 R. MATÉ, « Historia y memoria. Dos lecturas del pasado », en I. OLMOS y N. KEILHOLZ-RÜHLE, (Eds.), *La cultura de la memoria. La memoria histórica en España y Alemania*, Iberoamericana-Vervuert, Madrid - Frankfurt am Main, 2009, p. 19.

4 P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 236-237.

5 J. VIDAL-BENEYTO, *Memoria democrática*, Foca, Madrid, 2007, pp. 172-173.

6 BOE de 26 de noviembre de 1975.

de cárcel impuesta, y en cuyo Preámbulo trata de vincularse a la Monarquía Española con «una reafirmación de los propósitos de convivencia solidaria y pacífica entre todos los españoles», añadiéndose a continuación que dicho indulto general, constituía asimismo «un homenaje a la memoria de la egregia figura del Generalísimo Franco (q. e. G. e), artífice del progresivo desarrollo en la Paz de que ha disfrutado España en las últimas cuatro décadas». Con aguda ironía señalará Santos Juliá<sup>7</sup>, «el último gobierno de Franco pareció reduplicarse en el primero de la monarquía», añadiendo que «este primer indulto general de la monarquía podría entenderse como último de la dictadura».

El indulto general, con el que Juan Carlos I inició su reinado, servirá de acicate para la reclamación social de la amnistía. El Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía<sup>8</sup>, irá más allá, al amnistiar una serie de delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal o en leyes penales especiales, en tanto no hubieran puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas (-lo que dejaba fuera a los condenados por terrorismo-) o el patrimonio económico de la Nación. Es significativo que de su Preámbulo hubiera desaparecido toda referencia al general Franco y a su «legado», y se añade ahora el deseo de superar la Guerra Civil, y la necesidad de olvidar «cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia fraterna de los españoles». Aunque la interpretación restrictiva de la cláusula «puesto en peligro», por parte de los jueces, limitó su alcance, no por ello dejaba de representar una importante señal a la sociedad española, y a la oposición política en particular, de que algunas cosas estaban empezando a cambiar.

Pese a ello, cundió la sensación de haber sido insuficiente, debido a la interpretación judicial restrictiva, por lo que el art. 1 del Real Decreto Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia<sup>9</sup>, eliminará dicho inciso, que hacía referencia al haber «puesto en peligro», contenido en el Real Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio. Poco después, el 9 de abril de 1977 se legalizaba al Partido Comunista, en vísperas de las primeras elecciones democráticas en cuarenta años, las de 15 de julio de 1977.

El día de la constitución de las primeras Cortes democráticas, todos los líderes de la oposición coincidieron en recordar la necesidad de una amnistía general. La Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía<sup>10</sup>, aprobada por un Parlamento elegido democráticamente, por una amplia mayoría<sup>11</sup>, sin que se introdujeran enmiendas, ni a la totalidad, ni al articulado<sup>12</sup>. Despliega una cobertura de enorme

7 S. JULIÁ DÍAZ, « Las dos amnistías de la transición », en *España Siglo XXI. Blog de Tendencias 21 sobre la historia reciente de España*, ([https://www.tendencias21.es/espana/Las-dos-amnistias-de-la-transicion\\_a13.html](https://www.tendencias21.es/espana/Las-dos-amnistias-de-la-transicion_a13.html) consultado el 14/12/2021).

8 BOE de 4 de agosto de 1976.

9 BOE de 17 de marzo de 1977.

10 BOE de 17 de octubre de 1977.

11 De los 317 votos emitidos, 296 fueron afirmativos, y sólo 2 negativos. Hubo además 18 abstenciones y 1 voto nulo.

12 E. RANZ ALONSO, «La ley de amnistía, puente a la libertad, y soporte para la impunidad»,

amplitud, pues mientras que anteriormente se había excluido explícitamente a los delitos que hubieran «puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas», ahora su art. 1 incluía a «todos los actos de intencionalidad política», pero «cualquiera que fuese su resultado», tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al 15 de diciembre de 1976, -fecha de aprobación de la Ley para la Reforma Política-, (y hasta el 15 de junio de 1977 -fecha de las primeras elecciones democráticas-, «cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España»)<sup>13</sup>. Incluyéndose un tercer plazo, que abarcaba hasta el 6 de octubre de 1977, -víspera de la presentación de la Proposición de Ley de Amnistía-, en relación con actos de intencionalidad política, siempre que no hubieran supuesto «violencia grave contra la vida o la integridad de las personas».

De este modo, se fijaba la fecha del 15 de junio de 1977, como la fecha límite para amnistiar delitos de sangre, al entenderse que, una vez celebradas las primeras elecciones libres tras la Dictadura, e inaugurada por tanto la nueva legalidad democrática, no cabría plantear reivindicaciones políticas empleando la violencia.

Contemplaba, por un lado, la amnistía de los presos condenados por actos terroristas, (art. 1 de la Ley 46/1977), y por otro: «los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley» (art. 2.e. de la Ley 46/1977), y «los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas», (art. 2.f. de la Ley 46/1977). Como señaló Santos Juliá<sup>14</sup>, amnistiaba, para decirlo brevemente, «a terroristas y a policías», el cual añade que «por sólo un puñado de acusados o condenados por delitos de terrorismo se renunciaba por ley y para siempre a someter a juicio a los funcionarios que durante la dictadura hubieran violado derechos fundamentales y a no convertir el pasado en arma de la lucha política del presente».

Paradójicamente, esta generosa norma, será criticada tanto desde los sectores más radicales del independentismo vasco, (de hecho, no se pondrá fin a los atentados terroristas de ETA, que especialmente en 1979 y 1980 recrudecerá

---

en *Historia y comunicación social*, nº 23 (2), 2018, p. 309.

13 Lo cual abría la puerta de la amnistía a los presos de la organización terrorista ETA, así como también a los del FRAP, GRAPO, y MPAIAC, es decir a los grupos de extrema izquierda y nacionalistas, aunque no a los causantes de la matanza de Atocha, en cuya acción, no cabría detectar una *intencionalidad política movida por la reivindicación de libertades públicas o de autonomía de los pueblos de España*. S. JULIÁ, «De hijos a nietos: memoria e historia de la Guerra Civil en la transición y en la democracia», en I. OLMOS y N. KEILHOLZ-RÜHLE, (Eds.), *La cultura de la memoria. La memoria histórica en España y Alemania*, Iberoamericana-Veruert, Madrid - Frankfurt am Main, 2009, pp. 80-81.

14 S. JULIÁ DÍAZ, « Las dos amnistías de la transición », en *España Siglo XXI. Blog de Tendencias 21 sobre la historia reciente de España*, ([https://www.tendencias21.es/espana/Las-dos-amnistias-de-la-transicion\\_a13.html](https://www.tendencias21.es/espana/Las-dos-amnistias-de-la-transicion_a13.html) consultado el 14/12/2021).

sus actuaciones criminales), como por los sectores más ultraconservadores, que se quejaban de que con ella se estaban amnistiando delitos de sangre, pasando por alto que también impedía juzgar las violaciones de derechos cometidas por el Estado franquista, por lo que los represores, «*nunca fueron perseguidos*. La Ley no evitará que se materialicen las intenciones golpistas, a pesar de consagrar la impunidad de la Dictadura»<sup>15</sup>.

La Ley de Amnistía de 1977, equiparaba simbólicamente a vencedores y vencidos en la Guerra Civil, en el sentido de reconocer una amnistía «mutua» y «recíproca», que incluía a quienes cometieron violaciones de derechos durante el franquismo amparados por el régimen, pero no dio adecuada cobertura, ni a los militares del ejército de la República, ni a los de la Unión Militar Democrática, (UMD), que no pudieron reintegrarse en el ejército, ni se vieron amparados por la Ley, los condenados por delitos como los de adulterio, aborto y homosexualidad, (hay que aguardar a la Ley 22/1978, de 26 de mayo<sup>16</sup> a que se produzca la despenalización del adulterio y el amancebamiento)<sup>17</sup>. Y para la rehabilitación de los militares profesionales, habrá que esperar todavía casi una década, a la Ley 24/1986, de 24 de diciembre, de rehabilitación de militares profesionales<sup>18</sup>, pudiendo solicitar su reincorporación a las Armas, Cuerpos o Institutos de los que fueron separados, con el empleo que les hubiera correspondido por antigüedad, si no hubiese existido interrupción en la prestación de servicio, siéndoles computado el tiempo de separación a todos los efectos, con excepción de la percepción de haberes<sup>19</sup>. Recientemente, el Ministerio de Presidencia, por Orden PRE/3279/2009, de 4 de diciembre, dispuso la publicación de la Declaración Institucional de reconocimiento a miembros de las Fuerzas Armadas en la transición a la democracia, con especial mención a la Unión Militar Democrática (UMD)<sup>20</sup>.

Ramón Sáez Valcárcel<sup>21</sup> ha criticado el contexto en que se elaboró la Ley de Amnistía de 1977, por las Cortes surgidas de las primeras elecciones democráticas, en que resultó derrotada la oposición antifranquista, bajo tutela militar, con unos medios de comunicación no suficientemente plurales, en que los aparatos represivos del Estado permanecían intactos, y bajo una alerta constante de riesgos de involución y un eventual golpe de Estado.

No compartimos dichos planteamientos, que a nuestro juicio pecan de un claro derrotismo, sino los recogidos en el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia

15 P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 292 y 419.

16 BOE de 30 de mayo de 1978.

17 P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 298.

18 BOE de 30 de diciembre de 1986.

19 Art. 2 de la Ley 24/1986, de 24 de diciembre.

20 BOE de 5 de diciembre de 2009.

21 R. SÁEZ VALCÁRCCEL, « La impunidad de los crímenes de la Dictadura y la ideología jurídica del olvido », en *Historia actual Online*, nº 56, (3), 2021, p. 16.1.

101/2012, de 27 de febrero de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo<sup>22</sup>, para el que la citada Ley «fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo», a la que posteriormente fueron incorporándose otras posiciones políticas. Consideramos que «fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada transición española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas».

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 101/2012, ha venido a excluir la posibilidad de que los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas de la Dictadura franquista puedan ser objeto de garantía por vía judicial, al no haber una norma que así les obligue, pues el Derecho Internacional no es aplicable a unos hechos acaecidos con anterioridad a la imposición de obligaciones a los Estados en la materia, (de otro modo se violaría el principio de irretroactividad), y porque la legislación española no ha querido otorgar a los tribunales el papel de garante de los citados derechos, de modo que si dichos tribunales interviniesen, estarían vulnerando el art. 117 de la Constitución, que establece su sometimiento al imperio de la Ley<sup>23</sup>.

## B. Cuestionamiento actual del «pacto de silencio»

La Declaración de Naciones Unidas sobre las desapariciones forzadas, aprobada por Resolución de su Asamblea General n. 47/133, de 18 diciembre de 1992<sup>24</sup>, y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, suponen un punto de inflexión que no puede pasarnos desapercibido. El Informe del Relator especial de Naciones Unidas, Louis Joinet, calificará de «impunidad» al título jurídico que cubrirá tantos graves crímenes contra los Derechos Humanos<sup>25</sup>. Y el Informe del Equipo Nizkor, sobre «La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas», de 14 de abril de 2004<sup>26</sup>, abogará por la ratificación de la Convención de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad<sup>27</sup>, la anulación de los juicios penales y

22 Roj: STS 813/2012 - ECLI:ES:TS:2012:813. Id Cendoj: 28079120012012100075.

23 R. ESCUDERO ALDAY, « Memoria histórica e imperio de la Ley: El poder judicial ante el derecho a la reparación de las víctimas del franquismo », en *Derechos y Libertades*, nº 38. Época II, enero 2018, p. 87.

24 (<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx>, consultado el 14/12/2021).

25 (<https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1>, consultado el 14/12/2021). (<http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinetf.html>, consultado el 14/12/2021).

26 (<http://www.derechos.org/nizkor/espana/impu/>, consultado el 14/12/2021). (<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/impuesp.html>, consultado el 14/12/2021).

27 (<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx>, consultado el 14/12/2021).

militares arbitrarios de represión política, elaboración de una Ley de exhumaciones e identificación de las víctimas, normalización legislativa de los bancos de datos de ADN para la identificación de las víctimas, una Ley de reconocimiento de los campos de concentración y de trabajos forzados, reconstrucción de las listas de víctimas españolas como consecuencia del régimen franquista, adecuación de las normas de los registros civiles a efectos de la correcta determinación de las causa de la muerte, inventario de los bienes expropiados por motivos políticos, religiosos y de represalias, conservación del patrimonio documental, o fijación de un sistema de resarcimiento económico actualizado a favor de las víctimas<sup>28</sup>. Y en diciembre de 2004, veía la luz el Informe de Amnistía Internacional «España, acabar con la doble injusticia. Víctimas de tortura y malos tratos sin reparación», que denunciaba la impunidad que parece amparar a los funcionarios responsables de tortura y malos tratos<sup>29</sup>.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su sesión 2.595ª (CCPR/C/SR.2595), celebrada el 30 de octubre de 2008, incluyó una serie de observaciones en relación con España que incluían:<sup>30</sup>

- a) Considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977.
- b) Tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales.
- c) Prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y la Dictadura; y
- d) Permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas.

El Grupo de trabajo sobre Desapariciones Forzadas, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Comité contra la Desaparición Forzada, el Comité contra la Tortura y el Relator especial sobre promoción de la Verdad, la Justicia y la Reparación han reproducido idénticas denuncias sobre la incompatibilidad de la legalidad internacional con el «perdón» y la prescripción de los crímenes de la dictadura<sup>31</sup>.

El Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero<sup>32</sup> (que absolvió del delito de prevaricación

28 (<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/impuesp.html#VI.-%20Plan>, consultado el 14/12/2021).

29 (<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/no-hay-reparacion-satisfactoria-para-las-victimas-de-tortura-y-malos-tratos/>, consultado el 14/12/2021).

30 Véase la p. 40 del documento en: (<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7667.pdf>, consultado el 14/12/2021).

31 R. SÁEZ VALCÁRCEL, « La impunidad de los crímenes de la Dictadura y la ideología jurídica del olvido », en *Historia actual Online*, nº 56, (3), 2021, p. 157.

32 Roj: STS 813/2012 - ECLI:ES:TS:2012:813. Id Cendoj: 28079120012012100075.

al Juez Garzón, por pretender investigar los crímenes del franquismo) ha señalado que «(n)o es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena». Una doctrina que se ha reiterado en el F.J. 1º de la Sentencia 138/2021, de 17 de febrero<sup>33</sup>, de la citada Sala.

El F.J. 2º de la citada Sentencia 101/2012 del Tribunal Supremo, recordó cómo en nuestro ordenamiento jurídico, en determinados casos, a pesar de la posible existencia de hechos que revisten la consideración de delito, la responsabilidad penal no puede ser declarada. Entre estos supuestos, se encuentra conforme al art. 130 del Código Penal, la muerte del reo o la prescripción del delito, y también la amnistía, según estaba previsto en el art. 112.3 del Código Penal de 1973. En idéntica línea argumental, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 138/2021, de 17 de febrero<sup>34</sup>, en su F.J. 1º, reiterará la doctrina de la prescripción del delito.

Y en el F.J. 3º, la Sentencia 101/2012, se añade que no es posible que «las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad, exigiéndose *lex praevia*, *lex certa*, *lex stricta* y *lex scripta*».

Además, el Tribunal Supremo recordó cómo el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas declaró la irretroactividad del Pacto para los casos de desapariciones forzadas en Argentina, (Resolución nº 275/1988: Argentina 04/04/90 y 343, 344 y 345/1988 Argentina de 5 de abril de 1990), añadiendo que «Con respecto a la aplicación *ratione temporis* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede *ratione temporis* examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado...».

El F.J. 4º del Auto del Tribunal Constitucional 80/2021, de 15 de septiembre de 2021<sup>35</sup> que inadmitió el recurso amparo interpuesto por el ex Secretario General del PCE, Gerardo Iglesias, al no conseguir que se investigara por la jurisdicción ordinaria los delitos de tortura sufridos durante el franquismo, consideró que el derecho consuetudinario internacional es una fuente penal insuficiente por no responder a los principios de *lex scripta*, *praevia* y *certa*.

Aunque, los votos particulares de las magistradas Encarnación Roca Trías, y María Luisa Balaguer Callejón, (al que se adhirió Juan Antonio Xiol Ríos), consideraron que debió admitirse el recurso de amparo, y entrarse a decidir sobre el fondo del asunto.

El F.J. 3º, de la Sentencia del T.S. 101/2012, se hace eco de cómo los órganos

33 Roj: STS 558/2021 - ECLI:ES:TS:2021:558. Id Cendoj: 28079120012021100117.

34 Roj: STS 558/2021 - ECLI:ES:TS:2021:558. Id Cendoj: 28079120012021100117.

35 BOE de 20 de octubre de 2021.

vigilantes del cumplimiento del Pacto, han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la Ley de Amnistía (Resolución 828 de 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa; observación General 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1992), o han recordado la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 94 periodo de sesiones, Observancia final nº 5 sobre España). Pero subraya que «se trata de recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento» y recuerda que la Ley de Amnistía fue promulgada con el «consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977».

En noviembre de 2021, se anunció el pacto entre el Partido Socialista y Podemos, con el fin de introducir una enmienda al Proyecto de Ley de Memoria Democrática, presentado por el Gobierno a las Cortes, ese mismo año<sup>36</sup>, por la que

«Todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977 de Amnistía, se interpretarán y aplicarán de conformidad con el derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el derecho Internacional Humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiable»,

y la adición de un nuevo párrafo en el texto de la norma, conforme al cual

«Las disposiciones contenidas en esta Ley no impedirán que los juzgados y tribunales investiguen, enjuicien e impongan las penas correspondientes a las personas responsables de haber cometido delito de genocidio, lesa humanidad, delitos de guerra y otras graves vulneraciones de derechos humanos»<sup>37</sup>.

Entendemos que desde un punto de vista jurídico no es posible reabrir causas penales contra los acusados por torturas o asesinatos cometidos durante el franquismo, por la sencilla razón de que ya fueron amnistiados por la Ley 46/1977, y ello iría contra los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, (art. 9.3 de la Constitución), ignorando toda la jurisprudencia del TS y el TC.

Por otra parte, desde un punto de vista político, supone una quiebra en las líneas directrices que inspiraron el consenso que permitió la llegada de la democracia a España, que se asentó precisamente sobre la amnistía, y la reconciliación de las «dos Españas». Fernando Vallespín ha alertado del riesgo de estarse haciendo «retroactiva la polarización presente hasta anular el mismo acto

36 Boletín Oficial del Congreso de 30 de agosto de 2021, nº 64-1, p. 1 y ss.

37 ([https://www.infolibre.es/politica/gobierno-abre-retocar-ley-memoria-permitir-investigar-crimenes-franquismo\\_1\\_1213309.html](https://www.infolibre.es/politica/gobierno-abre-retocar-ley-memoria-permitir-investigar-crimenes-franquismo_1_1213309.html), consultado el 14/12/2021). (<https://www.publico.es/politica/socios-del-gobierno-obligan-al-psoe-enfrentarse-primera-vez-ley-amnistia-sacar-adelante-memoria.html/amp>, consultado el 14/12/2021). (<https://www.elindependiente.com/espana/2021/11/18/juristas-ven-un-ataque-a-la-transicion-en-la-enmienda-a-la-ley-de-memoria/>, consultado el 14/12/2021).

fundacional de nuestra democracia»<sup>38</sup>. Como indicó Soledad Gallego-Díaz<sup>39</sup> la Ley de Amnistía de 1977, no fue un «trágala», o imposición de la extrema derecha, sino una iniciativa política de toda la izquierda, que respondía a una enorme demanda de la sociedad, y que sólo se logró tras mucho sufrimiento. Plantear a día de hoy cualquier intento de derogación o reforma de dicha norma, como un -supuesto o pretendido- «éxito» de la izquierda, supone desconocer aquella lucha y su verdadero sentido, pues los diputados que votaron a favor de la amnistía en 1977, en un Parlamento elegido democráticamente, «sabían perfectamente lo que votaban»: la amnistía de quienes habían cometido delitos de sangre, incluso después de la muerte de Franco, (casi un centenar de presos de ETA), y también a los torturadores que habían golpeado en las comisarías hasta hacía muy poco a presos políticos y huelguistas. Y es que como señalase Marcelino Camacho, (fundador del sindicato Comisiones Obreras, que sufrió 9 años de cárcel, hombre de una dignidad personal extraordinaria), al explicar el voto favorable del Partido Comunista a la Ley de Amnistía, la política de reconciliación nacional era una de las señas de identidad del Partido<sup>40</sup>.

### III. La necesidad de una reparación moral

#### A. Reparación moral de las víctimas y reconocimiento a quienes lucharon por los valores democráticos

El art. único de la Ley 24/2006, de 7 de julio, declara ese año, como el de la memoria histórica<sup>41</sup> en homenaje y reconocimiento de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la Guerra Civil, o posteriormente de la represión de la dictadura franquista, por su defensa de los valores democráticos, así como de quienes hicieron posible el régimen democrático instaurado con la Constitución de 1978.

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<sup>42</sup>, conocida popularmente como

38 F. VALLESPÍN, « El blues de la discordia », en *El País*, edición de 21 de noviembre de 2021, (<https://elpais.com/opinion/2021-11-21/el-blues-de-la-discordia.html>, consultado el 14/12/2021).

39 S. GALLEGO-DÍAZ, « Una gran confusión », en *El País*, edición de 18 de noviembre de 2021, (<https://elpais.com/espana/2021-11-18/una-gran-confusion.html>, consultado el 14/12/2021).

40 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria de 14 de octubre de 1977, p. 960.

41 BOE de 9 de julio de 2006.

42 BOE de 27 de diciembre de 2007. (<https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/26/52/con>, consultado el 14/12/2021).

«Ley de Memoria Histórica», hace especial hincapié en la necesidad de promover la reparación moral y la recuperación de la memoria personal y familiar de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra y la Dictadura<sup>43</sup>. José Antonio Pérez Pérez entiende que esta Ley tendrá la *rara virtud* de no satisfacer a nadie, pues la *derecha* verá en ella un intento de romper el *espíritu de la Transición*, entendiendo que con ella se «desenterraba una revancha de carácter *guerracivilista*», y porque desde el otro extremo, la mayor parte de los colectivos de víctimas del franquismo y de formaciones a la izquierda del PSOE, no consideraron que fuera bastante, causando una «gran frustración»<sup>44</sup>. O como señalase Manuel Sánchez Moreno, fue considerada por el Partido Popular como «innecesaria», mientras que resultó «insuficiente» para los partidos nacionalistas y más escorados a la izquierda del arco parlamentario<sup>45</sup>.

La Ley 52/2007 declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura<sup>46</sup>, y reconoce y declara la injusticia que supuso el exilio de muchos españoles<sup>47</sup>.

La Ley 52/2007, afirmó la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, la de sus resoluciones<sup>48</sup>, y la de 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<sup>49</sup>. Previéndose el derecho a obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes padecieron los efectos de las resoluciones anteriores<sup>50</sup>.

43 Art. 1 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

44 J.-A. PÉREZ PÉREZ, « Historia, memoria y víctimas de la violencia política », en *Huarte de San Juan. Geografía e Historia*, nº 22, 2015, p. 93.

45 M. SÁNCHEZ MORENO, « Las políticas de memoria democrática en España: entre la impunidad y las obligaciones internacionales », en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, nº 7-1, 2020, p. 47.

46 Art. 2.1 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

47 Art. 2.3 de la Ley 52/2007

48 Art. 3.1 de la Ley 52/2007.

49 Art. 3.2 de la Ley 52/2007.

50 Art. 4 de la Ley 52/2007. Que será desarrollado por el RD 1791/2008, de 3 de noviembre de 2021, sobre la declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura. BOE de 17 de noviembre de 2008. De idéntica finalidad reparadora, es el RD 1792/2008, sobre concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales, (que deroga el RD 39/1996, de 19 de enero, con el mismo objeto), que fue publicado asimismo en el BOE de

Los programas de justicia transicional incluyen la necesidad de reivindicar la memoria y el buen nombre de las víctimas, lo cual abarca el reconocimiento del mal causado<sup>51</sup>. La anulación de las sentencias dictadas por los tribunales franquistas en violación de los derechos humanos, iría en la buena dirección, y actuaría como uno de los mecanismos de reparación, rompiendo con un pasado injusto, y con cualquier eventual sombra de juridicidad de las condenas.

La realidad española ha sido sin embargo bastante más «tozuda». En el año 2012 el TC inadmitió el recurso presentado por la familia de Miguel Hernández por violación del derecho a la tutela judicial efectiva, al rechazar la Sala de lo Militar del TS, por Auto de 21 de febrero de 2011<sup>52</sup>, el recurso de revisión de la Sentencia de 18 de enero de 1940 del Consejo de Guerra Permanente nº 5 de Madrid, que condenó a muerte al poeta, que luego será conmutada por otra de 30 años de reclusión, falleciendo en prisión<sup>53</sup>.

La familia entendía que habrían aparecido «hechos nuevos», y que la propia declaración de ilegitimidad e injusticia de los tribunales y las sentencias, contenida en el art. 3 de la Ley 52/2007, junto con la declaración personal solicitada por la familia de Miguel Hernández y concedida por el Ministerio de Justicia el 26 de marzo de 2010, constituirían en sí mismas hechos nuevos que permitirían la revisión de la condena. El Fundamento Jurídico 6º del Auto del TS de 21 de febrero de 2011, inadmitió a trámite el recurso, al considerar que «con independencia de que concurren o no las causas de revisión alegadas por la promovente, la norma legal ya ha proclamado expresamente que dicha resolución carece actualmente de cualquier vigencia jurídica». Este pronunciamiento, es criticado por Rafael Escudero Alday<sup>54</sup>, pues pasa por alto que la Ley 52/2007 declara la «injusticia» de las sentencias y la «ilegitimidad» de los órganos que las dictaron, pero no su «nulidad» o «desaparición» jurídica, y al señalar que el TS se inventa una categoría nueva de sentencias, las «vigentes».

Compartimos dichas críticas, y las tesis del magistrado Javier Julián Hernán, que en su voto particular discrepante, entiende que el recurso debió haber sido admitido, al entender que la declaración de reparación y reconocimiento personal del art. 4 de la Ley es «plenamente compatible con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en normas anteriores, y con el ejercicio de las acciones a que hubiera lugar ante los Tribunales de Justicia».

Una escueta Providencia de la Sección 4ª del Tribunal Constitucional, de 17 de septiembre de 2012, de cuatro líneas, inadmitió a trámite el recurso de amparo

17 de noviembre de 2008.

51 Puede verse a este respecto la obra colectiva: P. DE GREIFF, (Ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, 2006.

52 Roj: ATS 2595/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2595ª. Id Cendoj: 28079150012011200005.

53 R. ESCUDERO ALDAY, « Los tribunales españoles ante la memoria histórica: El caso de Miguel Hernández », en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, nº 11, 2013. (<http://hispanianova.rediris.es/11/ensayos/11e001.pdf>, consultado el 14/12/2021).

54 R. ESCUDERO ALDAY, « Los tribunales españoles ante la memoria histórica: El caso de Miguel Hernández », *op.cit.*, pp. 11 y 12.

de la familia, con base en «la manifiesta inexistencia de un derecho fundamental tutelable en amparo, violación que, de acuerdo con el art. 44.1 LOTC, es condición para que este Tribunal pueda ejercer dicha tutela», a pesar de la indudable trascendencia constitucional de este caso, porque el Auto del TS de 21 de febrero de 2011 vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso, y a una resolución amparada en la normativa vigente, no arbitraria, irracional o patentemente errónea, (art. 24.1 CE), e indirectamente, el derecho a la presunción de inocencia, (art. 24.2 CE), tal y como entiende OUBIÑA BARBOLLA<sup>55</sup>.

Con esta expeditiva solución, se ha criticado al TC, por dar la sensación de erigirse en «garante del pacto de olvido y silencio de la Transición». Sin que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en recientes resoluciones de 2012, (Casos *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz c. España*<sup>56</sup> y *Canales Bermejo c. España*<sup>57</sup>), haya sido especialmente alentadora, al inadmitir la demanda de víctimas de desapariciones forzadas en base a una supuesta «falta de diligencia» de las víctimas, al haber dejado transcurrir un excesivo plazo de tiempo para interponer sus demandas. En la línea de algún pronunciamiento anterior, como el ocurrido a raíz de la demanda de los familiares de Xosé Humberto Baena Alonso, (una de las últimas personas ejecutadas durante el franquismo), tratando conseguir la declaración de nulidad de la condena, en que la misma fue inadmitida, por tratarse de hechos anteriores a la entrada en vigor del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por España el 4 de octubre de 1979<sup>58</sup>.

La Sentencia del TC 85/2018, de 19 de julio<sup>59</sup> declaró la inconstitucionalidad de la Ley Foral de Navarra 16/2015, de 10 de abril, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos<sup>60</sup> por atribuir a la «Comisión de Reconocimiento y Reparación», a tal efecto creada, la «competencia directa en cuanto a la fijación e investigación» de hechos delictivos. Dicha Sentencia no discutió la necesidad de reparar a las personas que hayan obtenido la condición de víctimas, sino que se hiciera a resultas de una investigación y fijación extrajudiciales de hechos que pudieran ser delictivos y cuya verificación quedase acreditada, realizada por una Comisión, designada por el Parlamento Foral de Navarra, al margen, por entero, del Poder Judicial y con potestad, incluso, para desconocer lo ya resuelto por la

55 S. OUBIÑA BARBOLLA, « Revisión, trascendencia constitucional y memoria histórica », en *Revista de Derecho Político*, nº 89, enero-abril de 2014, pp. 302 y 327 y siguientes. (<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12798/11927>, consultado el 14/12/2021).

56 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-110236%22%5D%7D>), consultado el 14/12/2021).

57 Véase a este respecto: A. MORENO PÉREZ y J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, « La decisión del TEDH en el asunto Canales Bermejo c. España: Una sombra definitiva », en *Series Análisis Jurídicos - GCyF*, Diciembre de 2012. ([https://todoslosnombres.org/sites/default/files/documento643\\_0.pdf](https://todoslosnombres.org/sites/default/files/documento643_0.pdf), consultado el 14/12/2021).

58 R. ESCUDERO ALDAY, « Los tribunales españoles ante la memoria histórica: El caso de Miguel Hernández », *op.cit.*, pp. 13 y 14.

59 BOE de 19 de julio de 2018.

60 Boletín Oficial de Navarra de 15 de abril de 2015.

jurisdicción penal, considerando que era contrario a la Constitución<sup>61</sup>.

Como expresión del derecho de la ciudadanía a la reparación moral (declarativa) y a la recuperación de su memoria personal, familiar y colectiva, el art. 4 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática de 2021<sup>62</sup>, afirma «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»<sup>63</sup>, y su art. 6 reconoce el derecho de las víctimas a obtener una declaración y reparación personal. Además, se declara al día 31 de octubre, de cada año, como «día de recuerdo y homenaje» a todas las víctimas<sup>64</sup>, y al 8 de mayo, como día de recuerdo a quienes sufrieron el exilio, como consecuencia de la Guerra Civil y la Dictadura<sup>65</sup>. Estableciéndose en su art. 9 un registro y censo estatal de víctimas, (sobre cuya posible incompatibilidad con el derecho a la intimidad consagrado en la Constitución, se han suscitado serias dudas)<sup>66</sup>.

## B. La cuestión de los símbolos

La reconciliación con el pasado, tiene también una carga simbólica. Pensemos en la reconversión del «Desfile de la Victoria», en lo que hoy conocemos como «Desfile de las Fuerzas Armadas», (nombre adoptado por vez primera en 1977, y establecido con carácter oficial y permanente a partir de 1978, Real Decreto 996/1978, de 12 de mayo<sup>67</sup>), y que contó con no poca resistencia desde los sectores más ultraconservadores del ejército, entre los que se encontraba el propio Ministro del Ejército, que en unas declaraciones al diario «El País», publicadas el 25 de mayo de 1976 afirmó que el ejército se acordará «de la victoria lograda contra el comunismo y utilizada para conseguir sus progresos, su unidad y su feliz futuro»<sup>68</sup>. El regreso del cuadro «Guernica», o la propuesta presentada por el Grupo Nacionalista Vasco, con ocasión del Debate del Estado de la Nación de 1999, por la que el Congreso de los Diputados instaba al Gobierno a que: «Manifieste oficialmente que la autoría de la destrucción de Gernika, el 23 de abril de 1937, fue llevada a cabo por la Legión Cóndor alemana, por orden del General

61 F.J. 6° de la STC 85/2018, de 19 de julio.

62 Boletín Oficial del Congreso de 30 de agosto de 2021, n° 64-1, p. 1 y ss.

63 Su art. 5 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».

64 Art. 7 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática de 2021.

65 Art. 8 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática de 2021

66 (<https://www.larazon.es/espana/20211102/kih5qzflmfexzkhucln4b7qwyve.html>, consultado el 14/12/2021).

67 BOE de 13 de mayo de 1978.

68 ([https://elpais.com/diario/1976/05/25/espana/201823201\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1976/05/25/espana/201823201_850215.html), consultado el 14/12/2021).

Franco y no por los llamados “rojos separatistas”<sup>69</sup>, aprobada por 315 votos a favor, 2 en contra y 3 abstenciones tuvo una especial carga simbólica.

La Ley 33/1981, de 5 de octubre, del Escudo de España<sup>70</sup> describe el nuevo escudo constitucional, establece un plazo máximo de tres años para sustituir el escudo hasta ese momento en uso. Y mantiene, como excepción, los escudos existentes en aquellos edificios declarados monumentos histórico-artísticos, y en aquellos monumentos, edificios o construcciones de cuya ornamentación formen parte sustancial o cuya estructura pudiera quedar dañada al separar los escudos.

El art. 15.1 de la Ley 52/2007, señala que las Administraciones, en el ejercicio de sus competencias, tomarán las medidas oportunas para 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. Entre estas medidas podrá incluirse la retirada de subvenciones o ayudas públicas. En su párrafo 2º, dicho artículo exceptúa de lo anterior «cuando las menciones sean de estricto recuerdo privado, sin exaltación de los enfrentados, o cuando concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley». Y en su párrafo 4º se contempla la retirada de subvenciones o ayudas a los propietarios privados que se nieguen a la retirada de los mismos. El art. 15.1 de la Ley 52/2007 propicia el cambio de denominación de las calles, cuyos nombres tengan relación directa con la «exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y la represión de la Dictadura».

Doctrinalmente se afirma que<sup>71</sup>, para que opere el deber jurídico por parte de las Administraciones de retirar dichos símbolos, se requiere la concurrencia de 4 requisitos: material, (su carácter conmemorativo), teleológico, (que cumplan una función de exaltación), eximente, (que no concurren alguno de los supuestos excluidos<sup>72</sup>), y formal, (relativo al procedimiento a seguir).

La Orden del Ministerio de Cultura 3190/2008, de 6 de noviembre<sup>73</sup>, dicta una serie de instrucciones para la retirada de símbolos franquistas en los bienes de la Administración General del Estado y sus organismos públicos dependientes, exceptuando únicamente a los que se encuentren en un bien calificado como Bien de Interés Cultural, siempre que se den los siguientes supuestos:

1) Significado histórico: Sólo se conservarán aquellos símbolos con significado

69 ([https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L6/CONG/BOCG/D/D\\_455.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/BOCG/D/D_455.PDF), consultado el 14/12/2021).

70 BOE de 19 de octubre de 1981.

71 J.- M. ABAD LICERAS, *Ley de Memoria histórica (La problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos)*, Dykinson, Madrid, 2009, pp.19-20 y 26. LAFUENTE BENACHES, Mª MERCEDES, « Balance de la Ley de Memoria Histórica », en *Revista de Derecho Administrativo*, nº 188, Octubre-Diciembre de 2017, p. 10.

72 « Cuando las menciones sean de estricto recuerdo privado, sin exaltación de los enfrentados, o cuando concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley ».

73 BOE de 7 de noviembre de 2008. La Orden del Ministerio de Cultura 459/2009, de 19 de febrero, creó y regulo la Comisión Técnica de Expertos para la valoración de los supuestos determinantes de la excepcionalidad en la retirada de símbolos. BOE de 28 de febrero de 2009.

histórico y arquitectónico y que estuvieran previstos en el proyecto original de construcción del inmueble, siempre y cuando estén incluidos en la propia declaración de Bien de Interés Cultural.

2) Valor artístico o artístico-religioso: Se conservarán aquellos símbolos con alto valor artístico o artístico-religioso y que formen parte del Bien de Interés Cultural, y así haya sido reconocido en su declaración.

3) Criterios técnicos: Que el símbolo constituya un elemento fundamental de la estructura del inmueble cuya retirada pudiera poner en peligro la estabilidad del mismo, o cualquier otro aspecto relativo a su adecuada conservación.

Los Tribunales se han mostrado proclives a la conservación de los monumentos existentes, impidiendo la retirada o demolición cuando se den alguna de estas circunstancias<sup>74</sup>:

1) Constatación de un cambio de uso, o significado, del monumento, eliminando los elementos simbólicos que connotan la exaltación de épocas pasadas. Es lo que ocurrió con el caso del Monumento a los Caídos de Pamplona, transformado en un centro de carácter cultural, lo que haría innecesaria su desaparición, conforme a la Sentencia del Tribunal Administrativo de Navarra, en su Resolución 00673/08, de 11 de febrero de 2008, al considerar que con ello sería suficiente *para* «privar al edificio a que hacemos referencia del carácter de símbolo del régimen franquista. Como señala el Ayuntamiento, es normal con el paso del tiempo el cambio de destino de los edificios, y con el cambio de uso también se produce el cambio de significado. En términos semiológicos diríamos que a un mismo significante puede corresponder, por el transcurso del tiempo, un significado distinto»<sup>75</sup>.

2) Concurrencia de razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas.

3) Existencia de valores culturales o tradicionales en el monumento, que sean importantes para la comunidad y prevalezcan sobre el valor conmemorativo originario. En este sentido, la jurisprudencia ha introducido un criterio no contemplado en la Ley, favorable a la conservación del monumento, cuando el mismo represente para la comunidad un signo de su propia identidad, primando el valor tradicional o cultural identitario sobre la petición de eliminación, cuando se hayan retirado los signos de exaltación que contuviera, como ocurriera con la estatua del Cristo de Monteagudo, en relación con la cual, el Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico 2º de su Sentencia de 4 de marzo de 2013, al considerar que «la estatua del Cristo de Monteagudo cuyo derribo se solicitó a la Administración General del Estado por los recurrentes, es un monumento que, además de constituir un símbolo religioso propio del catolicismo, forma parte de la tradición cultural de Murcia y de su entorno, tratándose de un símbolo

74 M.- M. LAFUENTE BENACHES, « Balance de la Ley de Memoria Histórica », en *Revista de Derecho Administrativo*, nº 188, Octubre-Diciembre de 2017, pp. 10-14.

75 Fundamento Jurídico 3º de la Resolución del TAN de 11 de febrero de 2008.

profundamente arraigado en aquella población, porque así lo ha considerado el consenso social»<sup>76</sup>.

Con semejante criterio, a favor de la conservación de un espacio en recuerdo del lado republicano, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, de 20 de mayo de 2011<sup>77</sup>, declaró conforme a Derecho, el reconocimiento del sitio histórico de «Los Pozos de los Desaparecidos en la Guerra Civil Española», en el término municipal de Arucas, (Gran Canaria), pues conforme se establece en su Fundamento Jurídico 6º, «sería conveniente la declaración [...] para perpetuar la memoria de los inocentes masacrados [...] pues del mismo modo que los franquistas que fueron asesinados en la zona republicada tienen sus recordatorios, pensamos que es justo que los tengan sus oponentes».

En relación con el Valle de los Caídos, el art. 16.2 de la Ley 52/2007, expresamente prohíbe que puedan «llevarse a cabo actos de naturaleza política ni exaltadores de la Guerra Civil, de sus protagonistas, o del franquismo». Y su art. 17 contempla la confección de un censo de edificaciones y obras realizadas por miembros de los Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores, así como por prisioneros en campos de concentración, Batallones de Trabajadores y prisioneros en Colonias Penitenciarias Militarizadas.

La Orden del Ministerio de la Presidencia 1396/2011, de 27 de mayo, publicó el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se crea la Comisión de Expertos para el Futuro del Valle de los Caídos<sup>78</sup>, cuyo Informe fue publicado el 29 de noviembre de 2011<sup>79</sup>, y en el que entre sus recomendaciones se incluye la necesidad de actuar en base a los más amplios consensos, la necesidad de detener el deterioro del monumento, reconvertirlo en un lugar para la memoria de las víctimas y los muertos de la Guerra, donde todas son iguales en valor, y no a la defensa de una u otra ideología. Asimismo, considera que es necesario proceder a una resignificación integral del Valle de los Caídos, sin destruirlo, recuerda el carácter inviolable de la Basílica, en cuanto lugar de culto. En relación a las reclamaciones presentadas de devolución de restos de algunos familiares, la Comisión entiende que les asiste un derecho moral a que se satisfaga en la medida de lo posible dicha reclamación, aunque reconocer las dificultades para la identificación individualizada de los restos, dado el deterioro de las criptas y columbarios. Y recomienda que los restos del general Francisco Franco sean trasladados al lugar que designe la familia o, en su caso, al lugar que sea considerado digno y más adecuado.

El Real Decreto Ley 10/2018, de 24 de agosto<sup>80</sup>, añade un apartado 3 al art.

76 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013. Roj: STS 1798/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1798 Id Cendoj: 28079130072013100107.

77 Roj: STSJ ICAN 1471/2011 - ECLI:ES:TSJICAN:2011:1471. Id Cendoj: 35016330022011100198.

78 BOE de 28 de mayo de 2011.

79 ([https://www.todoslosnombres.org/sites/default/files/documento533\\_0.pdf](https://www.todoslosnombres.org/sites/default/files/documento533_0.pdf), consultado el 14/12/2021).

80 BOE de 25 de agosto de 2018.

16 de la Ley 52/2007, con la siguiente redacción: «en el Valle de los Caídos sólo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda». Y declara de urgente y excepcional interés público, así como de utilidad pública e interés social, la inmediata exhumación y el traslado de los restos mortales distintos a los de las víctimas de la contienda, previendo que la decisión de exhumación y traslado será adoptada por Acuerdo de Consejo de Ministros, tras la tramitación del procedimiento regulado en el citado Real Decreto Ley 10/2018. Con ello se pretendía poner fin a la anomalía histórica que suponía tener sepultado a un dictador en un lugar de culto financiado con fondos públicos. Los restos mortales del General Franco serán finalmente exhumados, para a continuación ser inhumados, el 24 de octubre de 2019, en el panteón familiar del cementerio de Mingorrubio, en la localidad de El Pardo. Y sobre la base de un Informe del Consejo Superior de Investigaciones Científicas<sup>81</sup>, Patrimonio Nacional autorizó en noviembre de 2019, la exhumación de las víctimas de la Guerra Civil inhumadas en la Basílica en aquellos casos en que las familias lo hayan solicitado<sup>82</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Martínez Bordiú Franco y otros contra España*, resuelto con fecha 26 de noviembre de 2020, inadmitió la demanda de la Familia Franco contra el Reino de España, entendiendo que no había habido violación del Convenio<sup>83</sup>.

El art. 35 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática de 2021, realiza una detallada definición de lo que deberá de considerarse como «símbolos» y «elementos» contrarios a la memoria democrática. Entre los «símbolos» se incluyen a los «escudos, insignias, placas y cualesquiera otros elementos u objetos adosados a edificios públicos o situados en la vía pública en los que se realicen menciones conmemorativas en exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar y de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron la Dictadura, y las unidades civiles o militares de colaboración entre el régimen franquista y las potencias del Eje durante la II Guerra Mundial». Y entre los «elementos», a

«las referencias realizadas en topónimos, en el callejero o en las denominaciones de centros públicos realizados en exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar y de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron la Dictadura, y las unidades civiles o militares de colaboración entre el régimen franquista y las potencias del eje durante la Segunda Guerra Mundial».

81 ([https://www.patrimonionacional.es/sites/default/files/2019-11/informe\\_del\\_iccet\\_vc.pdf](https://www.patrimonionacional.es/sites/default/files/2019-11/informe_del_iccet_vc.pdf), consultado el 14/12/2021).

82 M. SÁNCHEZ MORENO, « Las políticas de memoria democrática en España: entre la impunidad y las obligaciones internacionales », en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, nº 7-1, 2020, p. 50.

83 (<https://www.larazon.es/espana/20210309/g2m6e7orezerzezy46c42ueaa4.html>, consultado el 14/12/2021).

Imponiéndose a todas las Administraciones Públicas el deber de adoptar las medidas oportunas para la retirada de los mismos, encomendándose a la Administración General del Estado, en particular, la elaboración de un catálogo de signos y elementos contrarios a la memoria democrática, previéndose el procedimiento a seguir para su retirada o eliminación<sup>84</sup>.

En el art. 38 del Proyecto de Ley se tipifican como actos públicos considerados como contrarios a la memoria democrática, a aquellos 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», añadiéndose que «A tal efecto, si en la celebración de un acto público de esa naturaleza se advirtieran hechos que pudieran ser constitutivos de delito, las autoridades competentes pondrán los mismos en conocimiento del Ministerio Fiscal».

El Proyecto de Ley prevé la prohibición de subvenciones públicas a aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sancionadas por resolución administrativa firme por atentar, alentar o tolerar prácticas en contra de la memoria democrática<sup>85</sup>, y la revisión de reconocimientos honores y distinciones, la supresión de títulos nobiliarios concedidos entre 1948 y 1978 que comporten la exaltación o enaltecimiento de la sublevación militar, la Guerra o la Dictadura o que hubieran sido concedidas con motivo de haber formado parte del aparato de represión del franquismo, y la revisión y revocación de condecoraciones y recompensas

«cuando quede acreditado que el beneficiario, antes o después de la concesión, con motivo de haber formado parte del aparato de represión de la Dictadura franquista, hubiera realizado actos u observado conductas manifiestamente incompatibles con los valores democráticos y los principios rectores de protección de los derechos humanos, así como con los requisitos para su concesión»<sup>86</sup>.

El Proyecto de Ley de Memoria Democrática, dedica los arts. 49 a 55, a los «Lugares de Memoria Democrática», contemplando un procedimiento de declaración, la elaboración de un Inventario Estatal de Lugares de Memoria Democrática, su régimen de protección, y su función conmemorativa y didáctica. Previendo los casos especiales del Valle de los Caídos y el Panteón de España:

1) En relación con el Valle de los Caídos, se prevé su resignificación, que irá destinada a dar a conocer, a través de planes y mecanismos de investigación y difusión, las circunstancias de su construcción, el periodo histórico en el que se inserta y su significado, con el fin de fortalecer los valores constitucionales y democráticos, prohibiéndose que en ningún lugar del recinto puedan llevarse a cabo actos de naturaleza política ni de exaltación de la Guerra, de sus

84 Arts. 36 y 37 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática.

85 Art. 39 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática.

86 Arts. 40, 41 y 42 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática.

protagonistas o de la Dictadura. Se otorga a las criptas adyacentes a la Basílica, y sus enterramientos, el carácter de «cementerio civil». También se contempla la extinción de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos. Y se atenderán las reclamaciones y peticiones de los familiares que tengan por objeto instar la exhumación y entrega de los restos de las víctimas inhumadas en el Valle de los Caídos, y para el caso de imposibilidad técnica de exhumación, se acordarán medidas de reparación de carácter simbólico y moral<sup>87</sup>.

2) «El Panteón de España» será la nueva denominación de tradicionalmente conocido como «Panteón de Hombres Ilustres». Tendrá la consideración de «Lugar de Memoria Democrática» que tendrá por finalidad mantener el recuerdo y proyección de los representantes de la historia de la democracia española, así como de aquellas personas que hayan destacado por sus excepcionales servicios a España en la garantía de la convivencia democrática, la defensa de la paz y los derechos humanos, y el progreso de la ciencia o la cultura en todas sus manifestaciones<sup>88</sup>.

#### IV. Localización e identificación de las víctimas

Los arts. 12 a 14 de la Ley 52/2007, pondrán especial hincapié en poder proceder a la identificación y localización de las víctimas de la Guerra Civil y de la represión posterior, y cuyo paradero sea ignorado, estableciendo la obligación de colaborar por parte de las Administraciones Públicas con los particulares para la localización e identificación de víctimas, que deberán autorizar las pertinentes tareas de prospección encaminadas a la localización de sus restos, y estableciendo una serie de medidas para proceder a la identificación y localización de las mismas.

La Orden del Ministerio de la Presidencia 2568/2011, de 26 de septiembre, publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de septiembre de 2011, por el que se ordena la publicación en el BOE del Protocolo de actuación en exhumaciones de víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura<sup>89</sup>.

La recuperación de la memoria personal y familiar, por medio de la indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas, y donde la práctica de las exhumaciones adquiere especial valor, es una de las cuestiones aún pendientes, habiendo quedada al vaivén de decisiones políticas<sup>90</sup>, que motivaron

87 Art. 54 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática.

88 Art. 55 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática.

89 BOE de 27 de septiembre de 2011.

90 M.M. LAFUENTE BENACHES, « Balance de la Ley de Memoria Histórica », en *Revista de Derecho Administrativo*, nº 188, Octubre-Diciembre de 2017, p. 4. R. ESCUDERO ALDAY, « Memoria histórica e imperio de la Ley: El poder judicial ante el derecho a la reparación de las víctimas del franquismo », en *Derechos y Libertades*, nº 38. Época II, enero 2018, p. 89.

la suspensión de dotación presupuestaria desde 2012, durante el periodo de tiempo en que los conservadores han estado en el poder<sup>91</sup>.

El Proyecto de Ley de Memoria Democrática de 2021, reconoce el derecho de las víctimas a la verdad, y a la verificación de los hechos en que se cometieron las violaciones de derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura<sup>92</sup>, hace recaer en la Administración General del Estado el deber de búsqueda de las personas desaparecidas, y la confección de un mapa integrado de localización de personas desaparecidas<sup>93</sup>. Así como los procedimientos y protocolos a seguir para proceder a la localización, exhumación e identificación de las personas desaparecidas, delimitando las competencias al respecto del Ministerio Fiscal, y de las autoridades administrativas y judiciales, previendo la creación de un Banco Estatal de ADN de Víctimas de la Guerra y la Dictadura<sup>94</sup>.

## V. Reparación material

Ya desde comienzos del periodo democrático podemos apreciar ejemplos de sensibilidad por parte de los poderes públicos a la hora de compensar a las personas que sufrieron las consecuencias directas de la Guerra Civil y de la Dictadura. Su alcance material fue más simbólico que económico en sí mismos, pues resulta muy difícil cuantificar pecuniariamente los sufrimientos vividos por los afectados y sus familiares. Citaremos sólo algunos ejemplos, el primero de ellos, lo constituye la *temprana* Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social en favor de las viudas, y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la Guerra Civil<sup>95</sup> establece un sistema de pensiones vitalicias de viudedad y orfandad, de asistencia médico-farmacéutica y acceso a los servicios sociales, que será mejorado por la Ley 52/2007.

La Disposición Adicional 18ª de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990<sup>96</sup>, recogerá una serie de indemnizaciones a favor de quienes sufrieron prisión como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, cuyas prestaciones serán mejoradas por el art. 7 y siguientes de la Ley 52/2007.

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

91 El conservador Mariano Rajoy fue Presidente del Gobierno entre el 21 de diciembre de 2011 y el 2 de junio de 2018.

92 Art. 15 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática de 2021.

93 Arts. 16 y 17 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática de 2021.

94 Arts. 18 a 24 del Proyecto de Ley de Memoria Democrática de 2021.

95 BOE de 28 de septiembre de 1979.

96 BOE de 30 de junio de 1990.

sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939, fue otro paso adelante, y uno de los escasos dados durante el Gobierno conservador de Aznar, que mantuvo una serie de controvertidas subvenciones a la Fundación Nacional Francisco Franco, constituida legalmente en 1976 para «la difusión de la memoria y obra de Francisco Franco»<sup>97</sup>.

La Ley 3/2005, de 18 de marzo, 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 de territorio nacional<sup>98</sup>, (los «niños de la guerra»).

La Disposición Adicional 64<sup>a</sup> de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2006<sup>99</sup>, declara la exención en el pago del IRPF por las indemnizaciones recibidas por personas que, habiendo sufrido privación de libertad, se hallen en los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. Y la Disposición Adicional 19<sup>a</sup> de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre<sup>100</sup>, sobre el Impuesto de la Renta, reitera dicha exención en el IRPF de las ayudas e indemnizaciones por privación de libertad a consecuencia de los casos contemplados en la Ley 46/1977.

La Ley 52/2007 contempla una serie de contraprestaciones económicas, que mejoran las prestaciones de pensiones y asistencia médico-farmacéutica y asistencial reconocidas en la Ley 5/1979<sup>101</sup>, fija el importe de determinadas pensiones de orfandad, (de contenido más bien testimonial, por su reducida cuantía), modifica el ámbito de aplicación de las indemnizaciones a favor de quienes sufrieron prisión como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de Amnistía<sup>102</sup>, y contempla ciertas bonificaciones fiscales a favor de los perceptores de ayudas por parte de quienes sufrieron privaciones de libertad por motivos políticos<sup>103</sup>, el derecho a una indemnización por una cuantía de 135.000 euros, a los beneficiarios de quienes fallecieron durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1968 y el 31 de diciembre de 1977, en defensa y reivindicación de las libertades y derechos democráticos<sup>104</sup>. El Real Decreto 1803/2008, de 3 de noviembre, regulará las condiciones y el procedimiento para el abono de las indemnizaciones reconocidas en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, a favor de personas fallecidas o con lesiones incapacitantes por su actividad en defensa de la Democracia<sup>105</sup>. Dichas percepciones serán

97 M. SÁNCHEZ MORENO, « Las políticas de memoria democrática en España: entre la impunidad y las obligaciones internacionales », en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, n° 7-1, 2020, p. 45.

98 BOE de 21 de marzo de 2005.

99 BOE de 31 de diciembre de 2005.

100 BOE de 29 de noviembre de 2006.

101 Art. 5 de la Ley 52/2007.

102 Art. 7 de la Ley 52/2007.

103 Arts. 8 y 9 de la Ley 52/2007.

104 Art. 10 de la Ley 52/2007.

105 BOE de 15 de noviembre de 2008. Poco antes, el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, había regulado la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior

actualizadas por normas posteriores<sup>106</sup>.

Habrà que esperar a la Disposición Adicional 18ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009<sup>107</sup>, (fecha en todo caso, muy tardía), para que se proceda al reconocimiento de unas «simbólicas»<sup>108</sup> indemnizaciones a favor de los ex presos sociales, es decir, a aquellas personas que sufrieron condenas privativas de libertad a causa de su homosexualidad.

Los arts. 30 y ss. del Proyecto de Ley de Memoria Democrática de 2021, desarrollan la reparación integral de las víctimas, que incluye la investigación de las incautaciones producidas durante la Guerra Civil y la Dictadura, por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa, la reparación a las víctimas de trabajos forzados, y la concesión de la nacionalidad española a los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales, sin que les sea exigible su renuncia a su nacionalidad anterior, requerida en el art. 23.b) del Código Civil.

## VI. Conclusiones

En el Epílogo del Informe del Relator especial de Naciones Unidas, Louis Joinet, se afirmará que

«desde el origen de la humanidad hasta la época contemporánea, la historia de la impunidad es la historia de un perpetuo conflicto y de una extraña paradoja: un conflicto que opone al oprimido al opresor, la sociedad civil al Estado, la conciencia humana a la barbarie; una paradoja del oprimido que, liberado de sus cadenas, asume a su vez la responsabilidad del Estado y se encuentra atrapado en el engranaje de la reconciliación nacional que va a relativizar su compromiso inicial de luchar contra la impunidad»<sup>109</sup>.

Las políticas de reparación han tenido que afrontar importantes retos y dificultades, hasta el punto de poder afirmarse que difícilmente pueden considerarse como *completas*, tanto por el largo lapso de tiempo que ha pasado

---

y retornados, prevista en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior.

106 La Disposición Adicional 60ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de PGE para 2010, amplía los familiares susceptibles de ser beneficiados, conforme al art. 10 de la Ley 52/2007. BOE de 24 de diciembre de 2009. La Disposición Adicional 1ª del Real Decreto 2005/2009, de 23 de diciembre, revalorizó y actualizó las pensiones para víctimas y familiares en 2010. BOE de 29 de diciembre de 2009.

107 BOE de 24 de diciembre de 2008. ([https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2008-20744](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2008-20744), consultado el 14/12/2021).

108 Por lo limitado de sus cuantías: Desde un mes hasta seis meses: 4.000 euros. De seis meses y un día hasta menos de tres años: 8.000 euros. Tres años o más: 12.010,12 euros. Por cada tres años completos adicionales a partir de tres años: 2.402,02 euros. Ello fue desarrollado por el Real Decreto 710/2009, de 17 de abril en materia de pensiones e indemnizaciones. BOE de 30 de abril de 2009.

109 (<https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1>, consultado el 14/12/2021).

desde el fin de la contienda, (lo cual tiene como consecuencia que lleguen demasiado tarde en muchos casos), como por el propio carácter limitado de las mismas, pues la reparación material fue lenta y fragmentaria, mientras que la simbólica, un tanto deficiente. Cabría preguntarnos por cómo reparar los años de cárcel, represión o exilio<sup>110</sup>.

Los más críticos con el modelo español a la hora de abordar los crímenes de la Dictadura, como Ramón Sáez Valcárcel, consideran que ha consolidado la «impunidad», (sic), de los mismos, entendiendo que se sustenta en una Ley preconstitucional, (la Ley de Amnistía de 1977), en el fracaso de la política por la ausencia de medidas de Justicia Transicional, y en las decisiones de los jueces que negaron el acceso de las víctimas a la tutela jurisdiccional. Lo cierto es que la sociedad, y su clase política decidió no mirar hacia atrás, a los excesos cometidos, a la violencia política «ilegítima, intensa y sostenida en el tiempo», que tanto daño provocó, optó por no abrir viejas heridas, ni rencores del pasado. La «impunidad de los delitos de la Dictadura» fue el «reverso de la amnistía de los represaliados políticos»<sup>111</sup>.

La gestación y aprobación de la Ley de Amnistía de 1977, fue una exigencia de las fuerzas políticas democráticas, que contó con un amplio respaldo de la sociedad española, y aprobada con un amplio consenso parlamentario por las Cortes nacidas de las primeras elecciones democráticas celebradas el 17 de julio de 1977, por lo que es un «absoluto disparate jurídico cuestionar la legitimidad de origen de esa norma», y mucho más, pretender estigmatizarla tratándola de considerar como una Ley de «impunidad»<sup>112</sup>.

Manuel Sánchez Moreno<sup>113</sup>, entiende que el modelo español se ha centrado principalmente en medidas dirigidas a la reparación económica y simbólica de las víctimas, así como a algunas medidas de no repetición relacionadas con la educación y sensibilización de la sociedad, y no tanto con la verdad y justicia en sentido integral, por lo que aboga por la derogación de la Ley 46/1977, para abrir la vía jurídica, investigando los crímenes de la Dictadura y estableciendo responsabilidades penales. Tanto, esta solución, como la que pretenda abrir vías supuestamente «interpretativas» de la citada Ley de Amnistía de 1977, a nuestro juicio entran en conflicto con el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, consagrado en el art. 9.3 de la Constitución.

A la hora de acometer la delicada tarea de legislar sobre la Memoria

110 P. AGUILAR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 284.

111 R. SÁEZ VALCÁRCCEL, « La impunidad de los crímenes de la Dictadura y la ideología jurídica del olvido », en *Historia actual Online*, nº 56, (3), 2021, pp. 151-152.

112 J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, « Justicia transicional: “Memoria Histórica”, y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas de inicio formal de la transición política española », en *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 4, 2009, p. 64.

113 M. SÁNCHEZ MORENO, « Las políticas de memoria democrática en España: entre la impunidad y las obligaciones internacionales », en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, nº 7-1, 2020, pp. 51-52.

Democrática, conviene no hacerlo quebrando las líneas directrices que inspiraron el consenso que permitió la llegada de la democracia a España, y que descansarán sobre la amnistía y la reconciliación. Como señalase Soledad Gallego-Díaz<sup>114</sup> la Ley de Amnistía no fue un «trágala», impuesto por la extrema derecha, sino una iniciativa política de toda la izquierda.

En igual sentido, para Juan Luis Cebrián<sup>115</sup> el verdadero consenso historiográfico sobre la Ley de Amnistía de 1977, es que la misma,

«lejos de ser una argucia del franquismo para tratar de perpetuarse, fue una exigencia de las fuerzas democráticas, reclamada en clamorosas manifestaciones públicas, propuesta y defendida en Cortes por las víctimas de la represión de la dictadura y votada por abrumadora mayoría en el Congreso, con solo dos votos en contra y la única abstención de la Alianza Popular, partido liderado por los exministros de Franco. De modo que la mencionada Ley fue la auténtica fuerza exterior que venció las inercias del anterior régimen».

Nuestra Ley de Amnistía, no fue una Ley «de punto final», como las que surgieron tras la eliminación de algunas dictaduras militares latinoamericanas, sino que sentó las bases de un sistema político asentado sobre la reconciliación nacional entre vencedores y vencidos de la Guerra Civil, una política que sería liderada por el Partido Comunista de España, por lo que, parafraseando al propio Juan Luis Cebrián y a Raymond Aron, hemos de reconocer que nuestra Transición tal vez no fuese perfecta, pero tuvo que optar por lo «preferible» frente a lo «detestable».

Como señalase Jörg Luther<sup>116</sup>, recordar un pasado doloroso puede resultar reconfortante, si no se tiene miedo a que se repita. Pero lo que permanece como un problema, es que todo recuerdo, y todo olvido, puede ser empleado como un arma que hiere, recogiendo y volviendo a sembrar odio. Por todo ello, el Estado constitucional puede admitir restricciones a la libertad de expresión, prohibir la apología, glorificación y justificación de un régimen basado en la fuerza bruta, así como de la arbitrariedad de una época traumática de nuestra Historia, en la que al igual que ocurre en el caso de Alemania, en relación con el nazismo, desgraciadamente cada vez son menos las personas vivas que pueden dar testimonio.

114 S. GALLEGO-DÍAZ, « Una gran confusión », en *El País*, edición de 18 de noviembre de 2021, (<https://elpais.com/espana/2021-11-18/una-gran-confusion.html>, consultado el 14/12/2021).

115 J.-L. CEBRIAN, « La lasciva mirada del poder », en *El País*, edición de 22 de noviembre de 2022, (<https://elpais.com/opinion/2021-11-22/la-lasciva-mirada-del-poder.html>, consultado el 14/12/2021).

116 J. LUTHER, « El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia », en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 89, mayo-agosto de 2010, pp. 74 y 75.

## Resumen

El proceso de transición a la democracia en España, se asentó sobre la reconciliación y una de sus normas clave fue la Ley 46/1977, de Amnistía, que contó con un amplio respaldo parlamentario. La Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero, recordó cómo en nuestro ordenamiento, en determinados casos, pese a la posible existencia de hechos delictivos, la responsabilidad penal no puede ser declarada. Entre estos supuestos, se encuentra conforme al artículo 130 del Código Penal, la muerte del reo o la prescripción del delito, y también la amnistía, según estaba previsto en el art. 112.3 del Código Penal de 1973.

El Auto del Tribunal Constitucional 80/2021, de 15 de septiembre de 2021, consideró que el derecho consuetudinario internacional es una fuente penal insuficiente por no responder a los principios de *lex scripta, praevia y certa*.

El Proyecto de Ley de Memoria Democrática, que en estos momentos se debate en el Parlamento, pretende dar cobertura al reconocimiento a las víctimas de la Guerra y la Dictadura. Nuestro Estado de Derecho se asienta sobre los principios de legalidad, seguridad jurídica, e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución.

## Résumé

Le processus de transition vers la démocratie en Espagne était fondé sur la réconciliation dont l'une des principales normes était la loi 46/1977 d'amnistie bénéficiant d'un large soutien parlementaire. La décision 101/2012 de la Cour suprême, du 27 février, a rappelé que dans notre ordre juridique la responsabilité pénale peut, dans certains cas, ne pas être retenue, malgré de possibles actes criminels. Ces cas comprennent, conformément à l'article 130 du Code pénal, la mort du détenu ou la prescription du crime ainsi que l'amnistie, selon l'article 112.3 du Code pénal de 1973.

L'ordonnance 80/2021 du Tribunal constitutionnel du 15 septembre 2021 a estimé que le droit international coutumier est une source pénale insuffisante parce qu'elle ne répond pas aux principes de la *lex scripta, praevia et certa*.

Le projet de loi sur la mémoire démocratique, qui débattu au Parlement, vise à reconnaître davantage les victimes de la guerre et de la dictature. Notre État de droit est fondé sur les principes de légalité, de sécurité juridique et de non-rétroactivité des peines plus sévères, consacrés à l'art. 9.3 de la Constitution.

## Abstract

The roots of the democratic transition process in Spain lie in reconciliation – one of the main legislative instruments of which was the 46/1977 Amnesty Law which had broad parliamentary support. The Supreme Court's Decision 101/2012 dated 27 February gave a reminder that, in our legal system, there may be some cases in which criminal responsibility is dismissed, despite possible criminal acts. Pursuant to Article 130 of the Criminal Code, these cases include death of the accused or the statute of limitations in respect of the crime as well as amnesty, according to Article 112.3 of the 1973 Criminal Code.

Order 80/2021 of the Constitutional Court of 15 September 2021 held that customary international law is an inadequate criminal source since it does not meet the principles of *lex scripta*, *prævia* and *certa*.

The Democratic Memory bill, being debated in Parliament, aims at affording greater recognition to victims of war and dictatorship. Our Rule of Law is grounded in the principles of legality, legal certainty and non-retroactivity of harsher sentences, enshrined in Art. 9.3 of the Constitution.