

# BALANCE DE LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA

M<sup>a</sup> MERCEDES LAFUENTE BENACHES

Profesora Titular de Universidad de Derecho Administrativo de Valencia

Revista española de Derecho Administrativo 188

Octubre – Diciembre 2017

Págs. 47 – 80

**RESUMEN:** A punto de cumplir una década desde la publicación de la Ley de la Memoria histórica, la insatisfacción generada por su incumplimiento es perceptible en la jurisprudencia de los Tribunales del orden penal y contencioso administrativo donde, principalmente, en la segunda parte de esta última década se observa un incremento de la litigiosidad y la utilización de vías inusuales para reivindicar la ejecución de los mandatos previstos para satisfacer el derecho a la memoria personal y familiar de los afectados y otra serie de medidas complementarias que sólo manejadas con criterio pueden servir a la reconciliación y no provocar el efecto contrario.

**PALABRAS CLAVE:** Memoria histórica - Cumplimiento - Garantías jurídicas - Mecanismos utilizados para reclamar su ejecución

**ABSTRACT:** About a decade after the publication of the Historical Memory Law, the dissatisfaction generated by its non-compliance is perceptible in the jurisprudence of criminal and administrative litigation courts where we find, especially on the second half of this last decade, an increase in litigation and in the use of unusual channels to claim the execution of the mandates envisaged to satisfy the right to personal and family memory of those affected, as well as a series of complementary measures that only if wisely handled could promote reconciliation instead of provoking the opposite effect.

**KEYWORDS:** Historical memory - Enforcement - Legal guarantees - Means to claim compliance

**SUMARIO:** I. DIEZ AÑOS DESPUÉS, UN PANORAMA INCIERTO. II. EL EJE DE LA LEY DE LA MEMORIA HISTÓRICA: EL DERECHO A LA MEMORIA PERSONAL Y FAMILIAR. III. EL DERECHO A LAS EXHUMACIONES. 1. *Ámbito incluido y excluido.* 2. *Sujetos legitimados. Quiénes pueden solicitar las exhumaciones contempladas en la Ley de la Memoria histórica.* 3. *Procedimientos para su solicitud.* 4. *Garantías jurídicas en los procedimientos dirigidos a exhumar en la jurisprudencia de los Tribunales.* IV. LA RETIRADA DE LA SIMBOLOGÍA FRANQUISTA. 1. *Los Monumentos.* 2. *La denominación de las calles.*

3. *La retirada de otra simbología*. V. LA REVOCACIÓN DE HONORES. VI. EL DERECHO DE PETICIÓN COMO VÍA EN LA EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS MANDATOS DE LA LEY DE LA MEMORIA HISTÓRICA. VII. LA PROPOSICIÓN NO DE LEY DE EXHUMACIÓN DE FRANCISCO FRANCO Y JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. DIEZ AÑOS DESPUÉS, UN PANORAMA INCIERTO

Pronto se cumplirán diez años desde la publicación de la Ley de la Memoria Histórica el 26 de diciembre de 2007. Su inserción en el Ordenamiento jurídico, tras un polémico debate parlamentario<sup>1</sup>, no ha ido acompañada de la aceptación social<sup>2</sup> necesaria para fructificar en el espíritu de concordia que la Ley, en su Preámbulo, se proponía alcanzar<sup>3</sup>.

Tratar de reparar las afrentas surgidas entre los ciudadanos involucrados en la Guerra civil y en la posterior Dictadura es un cometido extraordinariamente difícil si se tiene en cuenta que todavía quedan generaciones muy próximas a los implicados, incluso algunos de éstos que, libremente, no desean o no saben superar aquel periodo histórico.

Emplear la Ley como medio para alcanzar ese propósito constituye un desafío y a punto de alcanzar una década de su andadura, los resultados pueden calificarse de insatisfactorios desde una percepción social y desde el análisis jurídico. Delimitar las razones

1. El Pleno del Senado celebrado el 10 de diciembre de 2007 rechazó todas las enmiendas vivas y aprobó definitivamente el texto en los términos remitidos por el Congreso de los Diputados por 127 votos a favor y 119 en contra (PP y los senadores de ERC del grupo Entesa Catalana).
2. Ni siquiera su denominación popular es pacífica. Destaca la opinión contundente de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (Recensión a AAVV, «Derecho y memoria histórica», edición de José Antonio Martín Pallín y Rafael Escudero Alday, col. Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, Trotta, 2008 en Foro, Nueva época, núm. 11-12/20102008, p. 250), donde afirma: «resultado más palpable de todo esto ha sido la mal llamada Ley de Memoria Histórica, vulgarmente así conocida, y digo mal llamada porque no hay nada más opuesto y antitético entre sí que la memoria (individual, falible, científica: algo que se tiene) y la Historia (colectiva, con visos de infalibilidad)», y añade: «La citada ley comienza, pues, con mal pie, o, cuando menos, la denominación popular con la que se alude a la misma es incapaz de discernir algo tan evidente como la imposibilidad de casar sustantivo y adjetivo. Es lo que tienen las denominaciones vulgares, acogidas con entusiasmo merced al ambiente de general vulgarización en el que vivimos. Es claro que el sistema político en el que estamos instalados debía moralmente una acción de este calibre a favor de las víctimas del conflicto bélico y de la posterior dictadura».
3. Señala el Preámbulo: «El espíritu de la Transición da sentido al modelo constitucional de convivencia más fecundo que hayamos disfrutado nunca y explica las diversas medidas y derechos que se han ido reconociendo, desde el origen mismo de todo el período democrático, en favor de las personas que, durante los decenios anteriores a la Constitución, sufrieron las consecuencias de la guerra civil y del régimen dictatorial que la sucedió. Pese a ese esfuerzo legislativo, quedan aún iniciativas por adoptar para dar cumplida y definitiva respuesta a las demandas de esos ciudadanos, planteadas tanto en el ámbito parlamentario como por distintas asociaciones cívicas. Se trata de peticiones legítimas y justas, que nuestra democracia, apelando de nuevo a su espíritu fundacional de concordia, y en el marco de la Constitución, no puede dejar de atender».

de este fracaso es complicado si se quiere ser exhaustivo dada la variedad de circunstancias que influyen en ello (sociales, ideológicas, económicas, educativas, psicológicas...) y no constituye el cometido central de este estudio.

Desde el punto de vista jurídico, los resultados de la Ley de Memoria histórica merecen un juicio negativo por los defectos que incurre la Ley en su justificación y en su regulación.

En primer lugar, la iniciativa de legislar la Memoria histórica coincidió con la necesidad de no demorar más y así sincronizarse<sup>4</sup> con el sentir internacional y comunitario de condenar los regímenes políticos donde se había ejercido la violencia mostrando el afianzamiento de la democracia española tras la Transición política y con propósitos electoralistas de algunos sectores de congraciarse con una parte del electorado<sup>5</sup>. Ninguno de estos fines, ni la búsqueda de la aprobación del exterior ni el oportunismo electoral constituyen pilares suficientemente sólidos para lograr la aceptación social de la Ley por parte de toda la comunidad y no propicia el efectivo cumplimiento de la misma.

En segundo lugar, la Ley se gestó en medio de la polémica y nació predestinada al fracaso porque no fue el fruto de un gran acuerdo de todas las fuerzas políticas lo que

4. CABRERA SUAREZ L. A. El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación, en «Pensamiento jurídico» n.º 36, 2012, p.174 señala: «En ese orden de ideas, comenzaremos por decir que a partir de la finalización de la II Guerra Mundial, se suscitó un profundo interés de la comunidad internacional por la creación de instrumentos para la lucha contra la impunidad, lo que llevó a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a promulgar los principios contra la impunidad, a través del informe del relator especial Luis Joinet preparado en 1997, en el marco de la consolidación del Derecho Internacional, de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. En ellos, se tipifican los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, haciendo énfasis en el derecho a la memoria como presupuesto para la efectividad de los mismos. Sin embargo, el reconocimiento de la verdad como derecho humano ha sido un proceso acompasado, desde sus primeras manifestaciones en los Convenios de Ginebra de 1945, hasta su consagración como derecho autónomo e inalienable, que no admite suspensión, ni restricciones, en el estudio del derecho de la verdad realizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el año 2006». Véase la fundamentación jurídica internacional y comunitaria en LUTHER. J. «Derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia», Revista Española de Derecho Constitucional N.º 89, 2010, p. 56 y ss.
5. El periódico ABC (11 de diciembre de 2007) señalaba: «El Senado da vía libre a la Ley de la Memoria Histórica pese al veto de PP y ERC falta de menos de tres meses para las elecciones generales de marzo y teniendo en cuenta que la controvertida ley podría entrar en vigor esta misma semana -una vez publicada en el Boletín Oficial del Estado-, la senadora socialista Lentxu Rubial quiso apuntar que su grupo no pretende "ningún revisionismo, ni hacer electoralismo" con esta iniciativa, en su opinión, sin "ningún ánimo revanchista". Antes de su llegada al Senado -cámara de "segunda lectura"- la norma fue aprobada en el Congreso en un intenso debate. En aquella ocasión, el principal partido de la oposición criticó que el Gobierno socialista trate con esta medida "estrella" de Zapatero "imponer" su memoria oficial -"como hizo Franco"- y tire por la borda el "trabajo" del PSOE durante la Transición. La aprobación de la ley supone un respiro para el Gobierno que ha salvado "in extremis" una iniciativa que veía cómo se le atragantaba conforme pasaban las semanas».

ha determinado un uso politizado<sup>6</sup> de la misma y ha permitido activarla o dejarla inoperante según el Gobierno de turno, estado en el que se encuentra en la actualidad con el PP. Ni siquiera el PSOE, activista de la misma, ha sido capaz de cumplirla durante su mandato al margen de aprobar algunas partidas para la concesión de subvenciones para las exhumaciones. Esta falta de acuerdo y de voluntad, principalmente, entre las dos grandes fuerzas políticas ha servido para potenciar su descrédito.

En tercer lugar, marcada por esa falta de consenso, la Ley se malogra en su propósito de alcanzar una convivencia democrática y pacífica de todos los ciudadanos en la medida que sólo reconoce el «derecho a la memoria histórica y personal» a las víctimas de la Guerra civil y de la Dictadura franquista, justificando este hecho en la necesidad de discriminar positivamente para alcanzar la pretendida igualdad entre vencidos y vencedores<sup>7</sup>. Sin embargo, los vencedores también tienen el «derecho a la memoria histórica y personal» y muchas de las actuaciones auspiciadas por la Ley generan malestar pues la reparación de unos se torna en descrédito para otros, lo que reabre heridas e incrementa la litigiosidad; un mal planteamiento para un fin tan alto como la reconciliación.

Este «derecho a la memoria histórica y personal» motor de todas las medidas introducidas por la Ley, calificado por muchos<sup>8</sup> de fundamental en conexión con el derecho a la identidad que asiste a cada persona, chirria con la necesaria universalidad que debe predicarse de cualquier derecho fundamental<sup>9</sup> y que esta Ley sólo reconoce a los vencidos. Nuestra historia tiene otros periodos históricos, más alejados en el tiempo o coetáneos igualmente cruentos, generadores de dolor, de vejaciones para cuyos descendientes, desde la clase política, nadie reclama este derecho. Acaso ¿no tienen también sus descendientes el derecho a la memoria personal y familiar? Resulta comprensible, por ello, que la Ley se tache de ideológica<sup>10</sup>.

6. Así lo entiende también GARCIA AMADO. J. A. («Usos de la historia y legitimidad constitucional», en «Derecho y memoria histórica» / coord. por José Antonio Martín Pallín, Rafael Escudero Alday, 2008, p.70) al señalar que se ha hecho un uso más político que jurídico de esta ley, «por un afán propagandístico, por el guiño a cierto electorado y sobre todo, por querer convertirla en el símbolo de la nueva legitimidad».
7. GREPPI. A. «Los límites de la Memoria y las limitaciones de la Ley en «Derecho y memoria histórica» / coord. por José Antonio Martín Pallín, Rafael Escudero Alday, col. Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, Trotta, 2008, p.112.
8. LUTHER. J. Ob. cit., p. 45 a 76.
9. Curiosamente la Ley en su Preámbulo no lo califica de fundamental sino de derecho individual. Dice el Preámbulo: «Se reconoce, en este sentido, un derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano, que encuentra su primera manifestación en la Ley en el reconocimiento general que en la misma se proclama en su artículo 2».
10. MARTINEZ MARTINEZ. F (Recensión Ob. cit., p. 510) concluye:«... una mala ley, una ley basada en mitos y prejuicios que difícilmente pueden ser arrancados de la sociedad, una ley que, por los motivos ya aludidos, estimamos superflua, absurda y discriminatoria, sin que esto implique aceptación de la sublevación o de la dictadura, ni mucho menos negación de reparaciones a las víctimas de ambos eventos, pero siempre con el respeto máximo a la Historia, con la precisa equidistancia que el legislador se ha ahorrado y con un realismo mayor a la hora de tomar medidas que vayan más allá del simbolismo propagandístico-electoralista al que es

En tercer lugar, la Ley ambigua en su redacción e insuficiente en los mecanismos para su aplicación resulta insegura a la hora de procurar su cumplimiento. GREPPI<sup>11</sup>, pese a reconocer sus carencias, defiende la conveniencia de haberla dictado y considera que la clave de su virtualidad está en «la importancia del uso que quiera hacerse de ella, de cómo se la quiera interpretar y utilizar».

De los contenidos de la Ley, el reconocimiento de prestaciones económicas a las víctimas o a sus familias, a modo de reparación, es posiblemente el único mandato que se cumple pacíficamente a día de hoy. Otros mandatos son incumplidos por la inactividad de las Administraciones responsables, bien por no adoptar las políticas públicas precisas para su materialización (dotación presupuestaria para las subvenciones de las exhumaciones), por no dictar las decisiones jurídicas necesarias para actualizar el régimen de ciertas instituciones (el monumento del Valle a los Caídos) o por no prever los procedimientos jurídicos que posibiliten la legalidad de las medidas que la propia Ley introduce (retirada de símbolos y condecoraciones franquistas).

Esta desatención por parte de la Administración y la ausencia de criterios claros en la Ley sobre cómo proceder a materializar las actuaciones que la misma legitima, es aprovechada por actores públicos y privados para valerse de procedimientos al margen de la Ley (Ej. la exhumación del General Sanjurjo, la retirada arbitraria de símbolos o de reconocimientos honoríficos entre otros) o de instituciones inusuales o simbólicas (la perpetua memoria o el derecho de petición) para reclamar su cumplimiento, lo que viene a corroborar y a mostrar su escaso índice de acatamiento.

Precisamente este trabajo se propone reflejar el grado de observancia de esta norma, poniendo especial atención en la jurisprudencia existente en torno a la misma para proporcionar, en clave de interpretación, un referente de las dificultades que está presentando su cumplimiento y de cómo los jueces tratan, con esfuerzo y no sin dificultad, de compatibilizar sus mandatos con los derechos e intereses de los terceros, proporcionando soluciones mayoritariamente ponderadas en los distintos conflictos planteados.

---

tan aficionado este gobierno. Lo peor de todo ya se ha dicho: la ley fija una versión oficial de la Historia que es discutible e interpretable, silencia a los historiadores, se comporta al modo franquista y discurre por parajes donde nada material se acaba por depositar en el altar de las víctimas, todas ellas y no solamente una parte, porque contrariamente a lo que se piensa el franquismo ni ensalzó a todos los vencedores, ni tampoco la democracia les ha rendido el tributo debido. Pudo ser una ocasión de plena reconciliación y de un amplio consenso. Es origen de nuevas heridas y fracturas. Acaso era éste el propósito de sus impulsores. Reparación para todas las víctimas, sin distinciones ideológicas». El expresidente de la Comunidad de Madrid Joaquín Leguina (PSOE) ha declarado que en los dos bandos de la Guerra Civil española «se impusieron el odio, la venganza y el asesinato político» y cree que «quienes aún se niegan a admitir esa vergüenza y pretenden cargar sobre uno de los bandos el furor asesino que reinó en las dos retaguardias son, simplemente, unos sectarios» y añade: «Esa ley de memoria es el gancho donde se pretenden colgar comportamientos guerracivilistas y sectarios». (Madrid 16 julio de 2016 (EFE)).

11. GREPPI. A Ob. Cit., p. 124.

## II. EL EJE DE LA LEY DE LA MEMORIA HISTÓRICA: EL DERECHO A LA MEMORIA PERSONAL Y FAMILIAR

La Ley, en su Preámbulo, reconoce un derecho individual a la memoria personal y familiar a quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra civil y la Dictadura, cuyo alcance abarca:

En primer término, a la reparación moral de las víctimas a través de un doble reconocimiento oficial general y particular.

Un reconocimiento general, por medio de la propia Ley que declara el 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 y el exilio<sup>12</sup>. También y, en consonancia, reconoce la ilegalidad de los distintos órganos jurídicos y políticos que las dictaron.

Y un reconocimiento particular, mediante una declaración de reparación personal a quienes durante la Guerra Civil y la Dictadura padecieron los efectos de las resoluciones referidas que corresponderá solicitar a las personas afectadas y, en caso de fallecimiento, al cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad, sus ascendientes, sus descendientes y sus colaterales hasta el segundo grado así como a las instituciones públicas, previo acuerdo de su órgano colegiado de gobierno, respecto de quienes, careciendo de cónyuge o de familiares, hubiesen desempeñado cargo o actividad relevante en las mismas. Esta petición podrá presentarse en cualquier momento y contener toda la documentación que obre en poder del peticionario relativa a los hechos y razones que la motivan, así como todos aquellos antecedentes que se consideren oportunos. El plazo máximo de resolución es de seis meses y deberá ser motivada si fuere desestimatoria. En caso de ausencia de resolución expresa, se entenderá estimada. Se particulariza el reconocimiento a ciertos colectivos: a los miembros de los Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores, a los prisioneros en campos de concentración, a los Batallones de Trabajadores y prisioneros en Colonias Penitenciarias Militarizadas, a voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales y a las asociaciones de víctimas que hayan destacado en la defensa de la dignidad de todas las víctimas de la violencia política referidas en la Ley.

En segundo término, a la reparación económica por medio de prestaciones económicas que amplían o mejoran las que ya les fueron reconocidas anteriormente tras la democracia.

En tercer término, a la recuperación de la memoria personal y familiar, principalmente por medio de la indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas donde la práctica de las exhumaciones adquiere un protagonismo especial y sigue siendo una de las cuestiones que más críticas suscita no solo por la falta de dotación presupuestaria desde 2012, año en el que el Ministerio de Presidencia dejó de finan-

12. Sobre esta cuestión ESCUDERO ALDAY. R «Los tribunales españoles ante la memoria histórica: el caso de Miguel Hernández», Revista de Historia Contemporánea n.º 11, 2013.

ciarlas sino por la rica conflictividad jurídica que presentan. En torno a éste derecho, el de información juega un papel clave para garantizar el derecho a la verdad mediante el acceso a los fondos documentales depositados en los archivos públicos y la obtención de las copias que se soliciten, destacando el Archivo General de la Guerra Civil Española (Salamanca) integrado en el Centro Documental de la Memoria Histórica de la misma ciudad y la consulta de los libros de las actas de defunciones de los Registros Civiles dependientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por otro lado, y al margen ya de este derecho individual a la memoria personal y familiar, la Ley sienta las bases para que los Poderes públicos lleven a cabo políticas públicas complementarias dirigidas al conocimiento de nuestra historia y al fomento de la memoria democrática en un ámbito no privado sino colectivo. Es aquí donde, en nuestra opinión, se situarían una serie de medidas (arts. 15) en relación a la retirada de símbolos de la Guerra Civil o de la Dictadura que perpetúen la exaltación de estos periodos históricos, en el convencimiento de que los ciudadanos tienen derecho a que los símbolos públicos sean ocasión de encuentro y no de enfrentamiento, de ofensa o de agravio. La Ley debiera haber sido más precisa en el alcance de este mandato, concretamente en el procedimiento y en el destino de los bienes retirados pues su incorrecta aplicación da lugar a actuaciones irregulares y situaciones reprochables, como veremos a continuación.

Dentro de estas actuaciones de ámbito colectivo, situaríamos también las disposiciones relativas al Valle de los Caídos como espacio en el que quedan prohibidos actos de naturaleza política o celebrados para exaltar la Guerra Civil, a sus protagonistas, o al franquismo (art. 16) y como fundación gestora, entre cuyos objetivos se incluye honrar y rehabilitar la memoria de todas las personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil de 1936-1939 y de la represión política que la siguió, con objeto de profundizar en el conocimiento de este período histórico y de los valores constitucionales, así como fomentar las aspiraciones de reconciliación y convivencia que precisa nuestra sociedad. Foco de este cometido será cómo afrontar la reclamada exhumación de los restos de Francisco Franco y José Antonio Primo de Rivera que la Ley no menciona expresamente pero que, a juicio de algunos, está implícita en el mandato de redignificación del mismo.

### III. EL DERECHO A LAS EXHUMACIONES

#### 1. ÁMBITO INCLUIDO Y EXCLUIDO

Las exhumaciones como derivación del derecho individual a la memoria personal y familiar que reconoce la Ley de la Memoria histórica adquieren un nuevo significado, respecto a su concepción tradicional de practica mortuoria cementerial, como acto reivindicativo de dignificación de la memoria del difunto en manos de la familia o de la comunidad con una connotación solidaria antes inexistente, surgida a finales del siglo XX y comienzos del XXI: se trata de exhumar para, a posteriori, poder reinhumar o cremar dignamente cuando el fallecido fue enterrado en circunstancias irregulares.

Las exhumaciones que contempla la Ley de la Memoria histórica van referidas a los que, como consecuencia de la Guerra civil, fueron enterrados irregularmente con el

fin de conocer su paradero y para, una vez localizados, darles nueva sepultura conforme a los ritos, creencias o deseos de las familias. La Ley de la Memoria histórica -artículo 11- dispone claramente que la colaboración de las Administraciones públicas con los particulares será para la localización e identificación de víctimas desaparecidas violentamente «durante la Guerra Civil o la represión política posterior cuando se ignore su paradero». Estas son, en nuestra opinión, las únicas exhumaciones amparadas por la Ley.

No lo son, en cambio, las exhumaciones de los fallecidos del régimen franquista que se encuentran enterrados y perfectamente localizados en ciertos espacios monumentales o Cementerios cuando quienes tienen derecho a solicitar la exhumación se niegan a ello si nos atenemos a las reglas contenidas en el Ordenamiento jurídico vigente. Entrarían en este supuesto, la exhumación ya consumada del General Sanjurjo en el Monumento a los Caídos de Pamplona y las reivindicadas de Francisco Franco y José Antonio Primo de Rivera en el Monumento del Valle a los Caídos, aunque ofrezcan una problemática jurídica diferente, como expondremos a continuación.

## 2. SUJETOS LEGITIMADOS. QUIÉNES PUEDEN SOLICITAR LAS EXHUMACIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY DE LA MEMORIA HISTÓRICA

En la medida en que el derecho a la memoria personal y familiar es individual, entendemos que sólo los familiares de los fallecidos pueden solicitar el derecho a exhumarlos cuando se trate de dar satisfacción al referido derecho mediante la exhumación. Las entidades legitimadas por la Ley podrán hacerlo cuando, entre sus fines, se encuentre la defensa de la Memoria histórica y se trate de localizar a desaparecidos. La Ley<sup>13</sup> obliga, en estos casos, a ponderar la negativa de la familia si se opusiera a la exhumación, si bien la negativa no tiene carácter impeditivo.

Esta misma solución es inaplicable a las exhumaciones de quienes se encuentran enterrados e identificados en espacios cementeriales u otros lugares de enterramiento donde, conforme a la normativa de Policía sanitaria mortuoria y Cementerial, la exhumación es un derecho privado<sup>14</sup> que sólo puede instar la familia o los allegados y, ex-

13. Véase la Ley, en el artículo 11 y ss. y la Orden PRE/2568/2011, de 26 de septiembre sobre el Protocolo de actuación en exhumaciones de víctimas de la guerra civil y la dictadura. La oposición por parte de cualquiera de los familiares o de las entidades que los representan a la exhumación deberá ser ponderada por la Comunidad Autónoma, a la vista de lo cual, y teniendo en cuenta los intereses de los familiares en primer término, tras dar audiencia a estos interesados, decidirá la realización total, parcial o la no realización de los trabajos.

14. Sobre esta cuestión, LAFUENTE BENACHES. M. («Exhumaciones jurídicas», Thomson Reuters, Aranzadi, 2016) donde se analiza la naturaleza del derecho a exhumar. Es un derecho personalísimo que corresponde a la familia o allegados del fallecido para disponer del cadáver y de sus restos a efectos de inhumarlo, cremarlo o darles otro destino final. Solo por razones de interés público amparadas por la norma este derecho privado puede ser actuado por la Administración pública. El derecho a disponer del cadáver no es asimilable a un derecho de propiedad sobre el mismo sino expresión de un derecho personalísimo, de carácter extrapatrimonial, de quienes en vida mantuvieron esa estrecha relación de afecto, apoyo y protección

cepcionalmente, a la Administración pública por estrictas razones de interés público, delimitadas y relacionadas con el mantenimiento de los cementerios. Cualquier otra extensión del derecho de exhumación a favor de la Administración deberá fundamentarse jurídicamente y este título jurídico no existe en la Ley de la Memoria histórica.

### 3. PROCEDIMIENTOS PARA SU SOLICITUD

Distinguiremos entre el procedimiento para las exhumaciones amparadas y excluidas por la Ley de la Memoria histórica.

– Procedimiento para las exhumaciones de la Ley de la Memoria histórica.

La fase de iniciación comienza con la presentación de una solicitud para la realización de los trabajos exhumatorios, acompañada de un proyecto que deberá ser aprobado por la Administración Pública (Administración de la Comunidad Autónoma y Administración local donde se ubiquen los restos). Dicha solicitud podrá presentarse por los particulares y también podrá hacerse de oficio.

Con carácter previo a la exhumación, se efectuarán unas investigaciones preliminares para conocer, con la mayor exactitud posible, la identidad de la persona desaparecida, la historia del caso y el contexto histórico local y su posible localización. La información obtenida de los familiares es relevante y se podrá completar con otros testimonios y con los datos obtenidos de la investigación histórica y documental. Todos los datos recogidos se reflejarán en un informe firmado por el Director a cargo de esta actividad.

Para la práctica de la exhumación se emplearán técnicas de investigación arqueológica que se ajustarán a las previsiones del Título V de la Ley sobre Patrimonio Histórico de 25 de julio de 1985 y a las normas aprobadas por las respectivas Comunidades Autónomas en la materia. Cuando sea necesario excavar para exhumar los restos, deberá intervenir todo un conjunto interdisciplinar de especialistas: arqueólogos, expertos en antropología y medicina forenses, sin perjuicio de otros especialistas como los psicólogos.

Antes de proceder a las actuaciones de excavación, será necesario solicitar autorizaciones de los familiares, de los propietarios de terrenos y de las Administraciones implicadas por presumirse o saberse que los fallecidos radican en su territorio.

La negativa de los familiares a dar la autorización para exhumar, como ya indicamos, será ponderada por la Administración, pero no impedirá la continuación de las actividades conducentes a la exhumación.

En caso de negativa del propietario de un terreno de titularidad privada, donde se conoce o presume la existencia de restos óseos, las Administraciones públicas podrán autorizar la ocupación temporal, siempre tras la debida audiencia a los titulares de los derechos afectados con consideración de sus alegaciones y fijando la correspondiente indemnización a cargo de los ocupantes (art.14).

---

con el fallecido, como última manifestación de la consideración que por él profesaron durante su existencia.

Excavado el terreno, la actividad de exhumación de los cuerpos o de sus restos se realizará de conformidad con los Reglamentos de Policía Sanitaria Mortuoria vigentes.

La localización de los restos óseos deberá comunicarse a la familia, a la Comunidad autónoma, a la Administración local, al Juzgado de Instrucción competente, así como a la Policía o la Guardia civil. Estos se custodiarán y trasladarán siguiendo el criterio técnico de los antropólogos forenses, respetando la normativa estatal, autonómica o local de Policía Sanitaria Mortuoria.

Para el análisis de las muestras recogidas se estará a lo dispuesto en las Recomendaciones Científicas sobre Toma de Muestras, Marcadores Genéticos y Bases de Datos de ADN y, concretamente, en la Orden del Ministerio de Justicia 1291/2010, de 13 de mayo, sobre preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología.

Posteriormente, en el laboratorio se procederán a analizar los hallazgos conforme a las técnicas forenses y se emitirá un informe final completo que se enviará a los familiares, organizaciones y Administraciones implicadas con el fin de dar a conocer los resultados. Con los familiares se acordará la futura utilización de los datos obtenidos.

Cuando los restos sean identificados, serán entregados a las familias que los reciben para la ceremonia de despedida. De no haber sido identificados los restos, se procederá a su inhumación en el cementerio de forma individualizada y con un registro que permita su reconocimiento en una futura exhumación, todo ello con las autorizaciones reglamentarias de las Administraciones competentes.

Durante la práctica de todas estas actuaciones, los cuerpos o sus restos han de ser tratados con el respeto y consideración que merece todo fallecido.

– Procedimiento para las exhumaciones no reguladas en la Ley de Memoria Histórica pero relativas a sujetos relacionados con la Guerra Civil y la Dictadura franquista.

Consideramos que estas exhumaciones no entrarían en el derecho a la memoria personal y familiar que la Ley de la Memoria histórica reconoce porque éste es un derecho individual que legitima a solicitar la localización y exhumación respecto a fallecidos desaparecidos que mantuvieron ese lazo personal y familiar con los peticionarios de la exhumación. En cambio, la reivindicación por terceros de exhumaciones de sujetos relacionados con régimen franquista conocidos, enterrados y localizados es ajena al supuesto contemplado por la Ley. El vacío normativo respecto a estas posibles exhumaciones está en el origen de las discrepancias ya materializadas ante los Tribunales, como ha sucedido en el caso del General Sanjurjo y en las reclamadas de Francisco Franco y José Antonio Primo de Rivera.

El procedimiento seguido en la exhumación del General Sanjurjo a finales de 2016 merece una valoración negativa ya que el Ayuntamiento de Pamplona hizo una interpretación torticera de las normas generales a fin de justificarla y poderla materializar.

El referido Ayuntamiento legitimó la exhumación de Sanjurjo en la obligación de cumplir con la Ley de la Memoria histórica y al no ser una exhumación de las contem-

pladas en la misma, argumentó la necesidad de exhumar los restos depositados en el Monumento a los Caídos en el mandato de abolir y retirar los «símbolos» de la época franquista (art. 15).

Sabedor el Ayuntamiento de Pamplona de que el derecho a la exhumación es un derecho privado de los familiares que se oponían expresamente a la misma, no dudó en transformarlo en una potestad pública cuyo ejercicio legitimó calificando el lugar de enterramiento -una cripta cuyo uso había sido reconocido y escriturado como usufructo privado a favor del Arzobispado de Pamplona- como cementerio público lo que le permitía clausurarlo. Como de acuerdo con la normativa de Policía Sanitaria mortuoria y Cementerial, la clausura de un cementerio posibilita la exhumación de oficio de los fallecidos enterrados incluso con oposición de los familiares, el Ayuntamiento se valió de esta argucia para lograr su propósito incurriendo en una vía de hecho<sup>15</sup>.

Las pretendidas y todavía no materializadas exhumaciones de Francisco Franco y José Antonio Primo de Rivera tienen de común con la del General Sanjurjo, no estar amparadas en el derecho a la memoria personal y familiar de la Ley de la Memoria histórica por ser reclamadas por personas ajenas a su círculo y que los fallecidos enterrados en estos espacios lo fueron no por designio de la familia sino de las autoridades del momento.

El enterramiento en estos lugares no ha generado un derecho a permanecer allí con perpetuidad a favor ni del fallecido y ni de los descendientes, lo que evidencia una cierta debilidad en la posición jurídica de éstos al no existir un título jurídico donde fundamentar esa permanencia más allá en el caso de Sanjurjo, de la extinción del usufructo -vigente en las fechas en que la exhumación fue practicada y extinguido unilateralmente sin procedimiento expropiatorio- o del término de los plazos generales del uso funerario -ya transcurridos en la actualidad- en los casos de Francisco Franco y Primo de Rivera.

En cambio, se diferencian porque la titularidad de los bienes donde están enterrados los fallecidos si es pública y la totalidad del monumento del Valle de los Caídos tiene, jurídicamente, la consideración de lugar de culto y de cementerio público al que sí resulta aplicable la potestad de clausura y la posibilidad de exhumar<sup>16</sup>. Ahora bien, las exhumaciones de Francisco Franco y José Antonio Primo de Rivera deberán contar con la autorización de la Iglesia -pues reposan en la Basílica que es lugar sagrado- y sería conveniente contar con el consentimiento de la familia. Este consentimiento no sería impeditivo al haber expirado el término máximo del uso funerario, lo que legitimaría a la Administración a poder actuar de oficio.

15. Sobre esta cuestión, un análisis detallado en mi trabajo «Sobre mudanzas mortuorias: Cervantes y Sanjurjo». El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, n.º 66-67, 2017.

Los restos del general Sanjurjo recibieron sepultura el día 23 de marzo de 2017 en Melilla, en un Panteón militar por petición de la familia a la que accedió El Ejército de Tierra, a través de la Comandancia General de Melilla.

16. El Valle de los Caídos se regirá estrictamente por las normas aplicables con carácter general a los lugares de culto y a los cementerios públicos (Art.16.1). Todavía en 1981 se hizo una entrega colectiva de restos de 297 personas exhumadas en el cementerio de Torremejía (Badajoz).

El principio de confianza legítima podría ser utilizado como límite y parámetro de ponderación a la hora de valorar la corrección legal al practicar las exhumaciones. La Comisión de Expertos sobre el futuro del Valle de los Caídos, en su Informe de 28 de noviembre de 2011, recomendó la exhumación y traslado de los restos del General Franco al lugar donde designara la familia y la necesidad de negociar con la Iglesia la oportuna autorización para poder sacarlos de la Basílica. Respecto a José Antonio Primo de Rivera estimó la conveniencia de situarlo fuera de la Basílica, sin ocupar ese lugar preeminente, por un principio de igualdad con los otros fallecidos allí enterrados.

En cualquiera de los ejemplos referidos y pese a sus diferencias, consideramos imprescindible recordar la debida consideración que merecen los fallecidos de cualquier bando, tendencia o ideología, evitando hacer de las exhumaciones un nuevo motivo para el enfrentamiento como está sucediendo en la actualidad.

#### 4. GARANTÍAS JURÍDICAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DIRIGIDOS A EXHUMAR EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES

La jurisprudencia recaída en los ámbitos penal y contencioso-administrativo sirve para reflexionar sobre la carencia o debilidad de mecanismos de tutela en los procedimientos de exhumación practicados en el cumplimiento de la Ley de la Memoria histórica.

El Tribunal Supremo afirmó la incompetencia del juez penal para intervenir en las exhumaciones que pretendieran demostrar la existencia de delitos por los hechos acaecidos durante la Guerra Civil en sentencia de 27 de febrero de 2012. Si la práctica de la exhumación puede servir, entre otros cometidos, para verificar si un cadáver o sus restos pertenecen a una persona sobre la que se ha cometido un delito y, con ello, posibilitar el inicio de una instrucción penal dirigida a sancionar a los culpables donde la intervención y dirección del juez resulta necesaria para esclarecer los hechos y sancionarlos, esta finalidad queda excluida en las exhumaciones que se practiquen al amparo de la Ley de la Memoria histórica por la ausencia de tipificación de las conductas en el momento de su comisión y por la prescripción de las conductas potencialmente sancionables.

La primera -la ausencia de tipificación- porque el delito de detención ilegal de carácter permanente sin conocer el paradero de la víctima, tipificado en el Código Penal de 1928, fue eliminado en 1932 para volver a reincorporarlo el Código Penal de 1944 y no rigió durante la mayor parte del tiempo en que se produjeron los hechos potencialmente sancionables. Además, en opinión del Tribunal Supremo, mantener la «permanencia» del referido delito a día de hoy -al no haber aparecido los cadáveres desde 1936- resulta una interpretación «forzada y ficticia».

Los hechos acaecidos tampoco han podido ser calificados como crímenes contra la humanidad<sup>17</sup> -previstos en el Código Penal de 1995- por impedirlo el principio de legalidad y la irretroactividad de la ley penal desfavorable.

17. El legislador andaluz recientemente lo ha hecho en la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía. La Ley andaluza, en el Preámbulo, entiende que los deli-

Al no existir como delitos, por no ajustarse a los tipos existentes en el momento de su comisión, no cabe su persecución penal.

La segunda -la prescripción de las conductas- porque, aun admitiendo la posibilidad de iniciar el computo de la prescripción una vez acabada la Dictadura y dentro del nuevo marco constitucional, el transcurso del tiempo da por prescrita la acción para exigir sancionar el ilícito correspondiente, más cuando la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977 supuso la extinción de responsabilidad de las acciones perpetradas durante la Guerra Civil y la posguerra.

La incompetencia de juez penal español para tutelar los procedimientos fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>18</sup> sin éxito y desestimada por motivos estrictamente formales, al considerar extemporánea la interposición de la demanda.

No mucho después de tan rotundo pronunciamiento el propio Tribunal Supremo, en Auto de 28 de marzo de 2012, abrió una puerta a la tutela judicial en supuestos específicos ajenos a las acciones referidas. Dice: «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.º 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.º 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». Esta recuperación puntual de la competencia del juez penal cumple dos funciones: confirmar extinguida la responsabilidad penal si las muertes fueron debidas a crímenes de la Guerra civil o de la posguerra y posibilitar la iniciación de diligencias penales para averiguar si existen indicios de comisión de cualquier otro tipo de delito.

Tampoco el Ministerio Fiscal sirve para tutelar esta clase de exhumaciones al resultar un contrasentido que pudiera ordenar la práctica de unas diligencias para la averiguación de unos hechos que nunca podrán ser remitidos al juez para iniciar un proceso al no poder ser enjuiciados por no constituir delito o por haber prescrito, con la excepción -ya comentada- de que pudieran ser constitutivos de un tipo diferente.

---

tos del franquismo son «crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad, imprescriptibles» y «perseguibles por la justicia universal» y señala la intención del Gobierno Andaluz de solicitar del Ejecutivo Central la derogación o modificación de «cualquier norma legal de carácter estatal que se oponga o contravenga esta normativa internacional» como la Ley de Amnistía de 1977.

18. Sobre esta cuestión, GIL GIL. A. «Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española», InDret 4/2012.

Cuando la exhumación se realiza con el exclusivo propósito de entregar a los familiares los cadáveres o sus restos para enterrarlos sin pretender buscar responsabilidades penales, la necesidad de intervención del juez se diluye salvo en caso de conflicto de intereses entre los familiares. Los distintos Protocolos sobre exhumaciones de la Memoria histórica de ámbito estatal y autonómicos aluden a la necesidad de «dar noticia» a la autoridad judicial de los restos hallados con un propósito meramente informativo, pero no con la intención de conceder al juez ni a ninguna otra autoridad una función directiva en el procedimiento de exhumación.

En este sentido, las garantías de las exhumaciones amparadas en la Ley de la Memoria histórica terminan siendo responsabilidad exclusiva de arqueólogos y otros especialistas, lo que excede las competencias de estos profesionales, siendo conveniente introducir la intervención de alguna autoridad pública (por ejemplo, un notario) para verificar la corrección del procedimiento y garantizar la adecuada identificación de los restos encontrados y su custodia. No olvidemos que se trata de posibilitar la identidad de quienes fueron anónimamente inhumados para que las familias dispongan de ellos, pero también de certificar ese fallecimiento y de registrarlo, dotando de seguridad jurídica al hecho de la muerte lo que trasciende el interés meramente privado.

El Tribunal Supremo, en el citado Auto 28 de marzo de 2012, propuso acudir a la jurisdicción voluntaria a través de la institución de la «Perpetua memoria»<sup>19</sup> con la intención de proporcionar algún tipo de tutela en relación a estos procedimientos exhumatorios<sup>20</sup>. Este intento ha tenido sus frutos en el Juzgado de Instrucción n.º 2 de San Lorenzo de El Escorial, en el Auto de 30 de marzo de 2016, al estimar una demanda de aprobación y protocolización de información «ad perpetuam memoriam» para la recuperación de los restos mortales de unos fallecidos inhumados en el Valle de los Caídos, posibilitando así la tutela judicial de la exhumación de restos localizados para darles digna sepultura como parte del contenido del derecho a obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal y familiar en el contexto de la dignificación de la Ley de la Memoria Histórica.

La curiosidad del supuesto analizado es la pluralidad del objeto de la demanda que se extiende no solo a la constancia, a través de su previa localización, de los restos de los fallecidos -contenido propio de la información «ad perpetuam memoriam»-, sino tam-

19. También la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7.<sup>a</sup>) en Auto núm. 778/2012 de 21 noviembre.

20. Dicho procedimiento consta de las actuaciones siguientes: Primera, interposición y solicitud de admisión de la demanda para dotar de certeza a los hechos afirmados y lograr su reconocimiento y constancia de forma indubitada en lo sucesivo, evitando que desaparezcan, se olviden o desfiguren. Tras varias diligencias de ordenación del procedimiento, se practica la providencia de admisión de la información solicitada y la práctica de los testimonios. Segunda, un dictamen del Ministerio fiscal sobre los siguientes extremos: 1) La existencia o no de defectos impositivos o subsanables. 2) La idoneidad o no de los testigos presentados. 3) La existencia o no de perjuicios a persona cierta. Tercera, un auto de admisión o de inadmisión del juez sobre la continuidad del procedimiento, admitiendo o no la información a la vista del dictamen del Ministerio Fiscal y del análisis de si concurren o no los presupuestos que lo autorizan con notificación del mismo a la parte y al Ministerio Fiscal.

bién a la recuperación de los mismos -previa exhumación- con entrega a la familia para darles digna sepultura y a la orden de inscripción del fallecimiento en el Registro civil.

El Ministerio Fiscal no se opuso a las pretensiones de la parte, aunque estimó insuficiente la prueba para demostrar la certeza de los hechos.

El Juez, pese a ello, admitió la continuidad del procedimiento y resolvió lo siguiente:

Primero. La suficiencia de la prueba en contra del criterio del Ministerio Fiscal al señalar en el Auto: «no se puede pretender que exista una certeza plena de los hechos, teniendo en cuenta como se produjeron, sin publicidad ni documentación de ello, considerando que la tradición oral es la forma que tenían las familias para saber una vez que se fusilaba o finalizada con la vida de la persona, por medio de las manifestaciones en el pueblo, vecinos, sin que exista un documento oficial que lo determinase». Considera prueba diabólica exigir mayor certeza dadas las circunstancias concretas del caso -época y situación histórica de los hechos- siendo suficiente que las declaraciones de los testigos no sean meras conjeturas o juicios de valor, lo que no se da en el caso enjuiciado donde los testimonios provienen de los relatos de la gente del lugar que han ido trasmitiéndose a generaciones sucesivas, constituyendo un indicio racional suficiente para admitir su existencia.

Segundo. La tutela judicial efectiva del derecho a la digna sepultura genera de forma automática el reconocimiento, aprobación y protocolización de la información de perpetua memoria con exhumación de los restos, para la práctica de la prueba del ADN como única posibilidad para confirmar la identidad de los fallecidos y exige la adopción de las medidas pertinentes que permitan entregar los restos cadavéricos a la familia.

Tercero. El derecho reconocido no es «ilimitado» en atención a la especial situación de los restos a localizar y al lugar donde se presumen depositados -Basílica del Valle de los Caídos-, debiéndose adoptar las medidas proporcionadas para compatibilizar la consideración del entorno religioso, donde se prevén enterrados los restos, con los principios de integridad, respeto y memoria de los difuntos. Se recuerda, además, que este derecho está supeditado inexcusablemente al cumplimiento de la normativa de Policía y Sanidad Mortuoria vigente en la materia.

Cuarto. Los costes de la materialización del derecho, extensivo a la protocolización de las informaciones y a la digna sepultura, corren a cargo de la parte solicitante.

Pese al interés del pronunciamiento como posible vía abierta para tutelar judicialmente las exhumaciones y posibilitar el mejor cumplimiento de la Ley de la Memoria histórica, la misma no podrá ser utilizada en el futuro al haber sido recientemente derogada por la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria (Disposición Derogatoria única, apartado 1.º). Aunque, desde hace algunos años, las informaciones «ad perpetuam memoriam» venían siendo consideradas obsoletas por su escasísima utilización práctica, habiéndose sugerido la intermediación de los notarios mediante actas de notoriedad con idéntica finalidad, la derogación de esta institución produce un vacío legal que confirma la ausencia de cualquier tipo de tutela a día de hoy.

Lo destacable en este caso es que la estimación de la pretensión no ha ido acompañada de la correspondiente ejecución y el letrado, en nombre de los representados,

ha solicitado que la Fiscal sea sancionada por haber procedido a recurrir el auto judicial fuera de plazo cuando ya era firme, mostrando con ello «una actitud contraria a la obligación de cumplir las sentencias y colaboración en el proceso, así como de un intento de vulneración del principio de seguridad jurídica».

En la misma línea de intentos sin resultados, se encuentra también la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2017 de la Jurisdicción contencioso-administrativa que ha desestimado un recurso con el que se pretendía exigir al Gobierno el cumplimiento de específicos mandatos de la Ley de la Memoria histórica a través de derecho de petición del artículo 29 CE.

#### IV. LA RETIRADA DE LA SIMBOLOGÍA FRANQUISTA

La Ley de la Memoria histórica persigue eliminar aquellos referentes icónicos que rememoren el régimen franquista, rompiendo la cohesión de los recuerdos que esa simbología perpetua en el presente.

El artículo 15 de la Ley de la Memoria histórica resulta confuso en su dicción ya que su título «Símbolos y monumentos públicos» solo es parcialmente coincidente con su desarrollo, al omitir toda referencia a los monumentos. Dice: «1. Las Administraciones públicas, 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».

A juicio de ABAD LICERAS<sup>21</sup> este precepto, indiscutiblemente, introduce para las Administraciones públicas un deber legal de retirada sobre el objeto delimitado legalmente, en el que deben concurrir cuatro requisitos: material (de carácter conmemorativo), teleológico (de exaltación), eximente (si concurren alguno de los supuestos excluidos) y formal (relativo al procedimiento). Al margen de estos, cualquier retirada será contraria a Derecho. El autor mantiene un criterio restrictivo en el alcance del objeto dada su condición limitadora que, en su opinión, obliga a una tipificación e identificación claras de los elementos a retirar dadas las consecuencias, potencialmente, negativas para los propietarios, poseedores o titulares de cualquier derecho real sobre los mismos.

La jurisprudencia recaída sobre este precepto se centra en tres cuestiones: la preservación o no de los monumentos, el cambio de denominación de las calles y la retirada de otra simbología.

##### 1. LOS MONUMENTOS

Algunas construcciones y símbolos incorporados a las mismas fueron utilizados durante la Dictadura con un significado rememorativo y propagandístico de los valores que

21. Ley de la Memoria histórica (La problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos), Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2009, principalmente p. 19-20 y 26.

ésta representaba con un propósito de perpetuarlos en el tiempo. De ahí que se reclame su destrucción o retirada, al menos de los monumentos más significativos.

Frente a esta pretensión, los Tribunales vienen mostrando una posición proclive a la conservación de los monumentos existentes, impidiendo su retirada o demolición cuando se den alguna de las circunstancias siguientes: Primera, la constatación de un cambio de uso o la transformación de su significado eliminando los elementos simbólicos que impliquen una exaltación de épocas pasadas. Segunda, la concurrencia en ellos de razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas. Tercera, la existencia de valores culturales o tradicionales en el monumento, que sean importantes para la comunidad y que prevalezcan sobre el valor conmemorativo originario.

Respecto al primer criterio -el cambio de uso o significado del monumento- existe una posición favorable a preservar el monumento cuando adquiera una nueva función. Varios pronunciamientos de distintos órdenes de la jurisdicción contencioso-administrativa aluden a esta necesaria transformación con distintos matices.

– El cambio de «uso» del inmueble. El Tribunal Administrativo de Navarra<sup>22</sup>, en sentencia de 11 de febrero de 2008, entiende suficiente para respetar la Ley de Memoria histórica el cambio de uso del edificio del Monumento a los Caídos de Pamplona al haberse transformado en un centro de carácter cultural, siendo innecesaria su desaparición y afirma: «En suma, consideramos que las actuaciones realizadas por el Ayuntamiento de Pamplona, anteriormente incluso a la promulgación de la LFSN, han sido suficientes 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».

– El despojo de los «elementos enaltecedores» del Régimen. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia menos restrictivo que el TAN, en sentencia de 5 febrero de 2015, estima prescindible el cambio de uso del monumento siendo suficiente la eliminación en el mismo de los elementos de exaltación franquista para alcanzar un nuevo significado y se pronuncia a favor de su mantenimiento «como factor de reflexión» para generaciones futuras, afirmando: «no es necesario que surja un nuevo valor simbólico de reemplazo sino que basta con que desaparezca el componente de exaltación de la dictadura originario y la carga fascista originaria ha desaparecido a través del acuerdo plenario de 30 de junio de 1981, adoptado por todas las fuerzas políticas, por unanimidad, tratándose de los representantes de los ciudadanos, con relevancia institucional y democrática, aunque no se colocara una placa que lo diga», concluyendo: «Como ese aspecto de exaltación ha desaparecido, no se da la exigencia del artículo 15 antes transcrito. Y contemplada a día de hoy, al margen de las creencias superadas que motivaron su construcción, como muchos otros monumentos a lo largo de la historia de la humanidad, ha de llevar al conocimiento y reflexión por las generaciones presentes y futuras sobre un pasado ya

22. En adelante, el TAN.

superado pero que no ha de olvidarse, habiendo de considerarse representativo de los caídos de ambos bandos».

Ambos criterios interpretativos resultan acordes con el artículo 16 y la Disposición adicional sexta de la Ley de la Memoria histórica, donde al referirse al Monumento del Valle de los Caídos símbolo, por antonomasia, de la represión franquista opta por conservarlo como «un espacio donde honrar y rehabilitar la memoria de todas las personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil de 1936-1939 y de la represión política que la siguió con objeto de profundizar en el conocimiento de este período histórico y de los valores constitucionales con el propósito de fomentar las aspiraciones de reconciliación y convivencia que hay en nuestra sociedad».

Los Tribunales escogen eliminar las referencias a un pasado incompatible con los nuevos valores constitucionales mediante el cambio de uso de los edificios o la eliminación de sus símbolos porque permite conciliar todos los intereses en juego: preservar el monumento en su ubicación (por razones varias: el respeto a la memoria de los fallecidos desde una dimensión puramente privada si el monumento hubiera sido erigido en su recuerdo, la memoria colectiva urbana de población) y omitir cualquier reconocimiento público al eliminar su valor originario o su simbología<sup>23</sup>.

Problema añadido y de delicada solución se presenta respecto a los monumentos que constituyen un espacio de enterramiento o funerario pues obliga a posicionarse sobre la retirada o permanencia de los restos cadavéricos.

Los Monumentos memoriales o conmemorativos ubicados en Cementerios u otros espacios públicos cuya desaparición obligaría a exhumar los restos de los fallecidos los consideramos excluidos del ámbito de la Ley de la Memoria histórica pues ésta sólo contiene previsiones para exhumar a quienes están desaparecidos o sin identificar con el fin de recuperar su identidad y poder darles digna sepultura, pero no contiene ningún precepto que legitime la exhumación de quienes fueron enterrados y están identificados en un lugar conocido.

Entender que los restos cadavéricos entran en el concepto de «símbolos» del artículo 15 de la Ley y que pueden ser retirados exhumándolos, denota una interpretación rebuscada de la norma y una falta de sensibilidad notable en la medida en que los muertos o sus restos, cualquiera que sea su ideología incluso sus acciones, merecen un respeto y deben ser tratados con la dignidad que poseen en base a esa consideración, sin otras extrapolaciones.

En caso de ser necesaria o conveniente su exhumación, deberá realizarse con el máximo respeto y, a poder ser, con el consentimiento de la familia conforme al procedimiento previsto para estas actuaciones en la legislación de Policía mortuoria y Cementerial, evitando cualquier revanchismo innecesario.

23. La Comisión Técnica de Expertos de la Ley de la Memoria Histórica, en su VII Reunión Plenaria, celebrada el 28 de junio de 2010 elaboro un Informe sobre los criterios generales adoptados en los acuerdos de la comisión técnica de expertos de la Ley de Memoria histórica a destacar por su interés con esta cuestión.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 17 de enero de 2005, ha reconocido a la persona ya fallecida como realidad jurídica distinta, merecedora de una particular protección jurídica y esta protección incluye a su corporeidad y a lo que queda de ella, debiendo extenderse a las prácticas sobre el manejo del cadáver o sus restos mortuorios en cualquier contexto. La exhumación, como interrupción del descanso que se dispensa al fallecido con el enterramiento, consecuencia de una decisión privada o pública, implica siempre un destino anormal temporal para el cadáver o sus restos, y esta anomalía en el destino exige que la exhumación obedezca a causas legales tasadas y a un ejercicio conforme a Derecho.

En este sentido de preservar el respeto al fallecido, la ya citada sentencia del TAN de 11 de febrero de 2008 afirmaba, con acierto, cómo: «El recuerdo y honra de las personas fallecidas a través del respeto de sus restos mortales es una constante en cualquier civilización humana y un bien jurídico protegido por nuestro Ordenamiento (...). La mera existencia de cementerios donde reposan los fallecidos a consecuencia de la Guerra civil, o la existencia de espacios en los mismos reservados a la misma finalidad, no implica en sí misma un símbolo de exaltación de ninguna causa política o religiosa. Al contrario, es una práctica común en todos los países del mundo, y en particular en Europa son abundantes los cementerios dedicados a los muertos en las dos guerras mundiales. No puede considerarse a este respecto, por ejemplo, que la existencia de cementerios donde reposan soldados alemanes muertos en la Segunda Guerra Mundial signifique una exaltación del régimen nacionalsocialista. Al contrario, la asociación encargada de su conservación tanto en Alemania como en el extranjero (Volksbund Deutsche Kriegsgräberfürsorge) recibe apoyo y subvenciones del gobierno federal y de los gobiernos de los Länder, obviamente con la única y exclusiva finalidad de honrar la memoria de los muertos. Cabe señalar como anécdota suficientemente expresiva que uno de estos cementerios se halla en Cuacos de Yuste (Cáceres), donde descansan soldados de las dos guerras mundiales pertenecientes a tripulaciones de aviones que cayeron sobre España o submarinos y otros navíos hundidos en sus costas. Sus tumbas estaban repartidas por diversos lugares y fueron reunidas en un único cementerio inaugurado el 1 de junio de 1988 por autoridades españolas y alemanas».

En dirección opuesta a esta inexcusable consideración por los fallecidos, en el caso de la exhumación del General Sanjurjo, el Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 2 de Pamplona de 15 de noviembre de 2016 revocaba la medida cautelar de suspensión de la exhumación solicitada por la familia porque concluía que la materialización de la exhumación no constituía un perjuicio irreversible, en la medida en que siempre podrían volverse a enterrar los restos exhumados de obtener la familia un fallo favorable. Decisión judicial que, además de desconsiderada, no se detiene a justificar el interés público implícito en la urgente materialización de la exhumación para denegar la medida cautelar.

Respecto al segundo criterio -estrictas razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas presentes en el monumento- la propia Ley determina que, en caso de conflicto entre la Ley de Memoria Histórica y las legislaciones de Patrimonio históricas o la Urbanística, serán estas segundas las que prevalezcan sobre la primera. Cuando el propio

monumento o los símbolos formen parte de un bien protegido por estas normativas, deberá existir un proyecto aprobado por los órganos competentes en el que se concreten qué elementos pueden ser retirados y de qué forma. Si el inmueble o alguno de sus elementos han sido declarados «Bien de Interés Cultural» inseparables de su entorno, no podrá procederse a su remoción salvo excepciones justificadas. En cualquier caso, estén o no protegidos por estas normativas especiales, la retirada de cualquier símbolo, estatua o placa, deberá ir precedida de un informe técnico que justifique su inclusión en un Catálogo<sup>24</sup>.

Respecto a los bienes no exentos de retirada por carecer de valores singulares susceptibles de retirada, la Ley no regula cómo hacerlo. Sólo en el ámbito estatal existe una Orden del Ministerio de Cultura de 6 de noviembre de 2008, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2008, en el que se dictan unas parcas «instrucciones» para la retirada de símbolos franquistas en los bienes de la Administración General del Estado y sus organismos públicos dependientes, donde también quedan exceptuados aquellos símbolos que se encuentren en un bien calificado de Bien de Interés Cultural siempre que se den los siguientes supuestos: Significado histórico: Sólo se conservarán aquellos símbolos con significado 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. 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. 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. Las excepciones contempladas en el apartado anterior tendrán que ser valoradas en cada caso por una Comisión Técnica de expertos constituida al efecto por el Ministerio de Cultura. El único trámite referido es el informe de dicha Comisión.

Tampoco estas instrucciones aluden expresamente a posibles remociones de monumentos sino exclusivamente a la de los símbolos en ellos contenidos, con las limitaciones expuestas.

La jurisprudencia en este punto muestra cierta disparidad a la hora de posicionarse sobre si la decisión de retirada de los símbolos -aislados o parte misma de los monumentos- precisa o no de un procedimiento previo lo que evidencia la dificultad de la Ley para ser cumplida, al no ofrecer un marco normativo que legitime las actuaciones que ampara. Mientras el Tribunal Superior de Justicia de La Coruña considera que no hay procedimiento específico sino mandato directo de la Ley, siendo suficiente que la decisión de re-

24. El artículo 15. 3 de la Ley de la Memoria histórica dispone que el Gobierno colaborará con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales en la elaboración de un catálogo de vestigios relativos a la Guerra Civil y la Dictadura a los efectos previstos en el apartado anterior y el artículo 17 señala que el Gobierno, en colaboración con las demás Administraciones públicas confeccionará 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.

tirada provenga de un órgano competente (por titularidad o ubicación del bien) y recaiga sobre elementos no exentos por sus valores singulares (sentencia de 3 de mayo de 2012), los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía y de Pamplona aluden a la existencia de un procedimiento, al referirse al trámite de informes de varios organismos sobre la ausencia de valor artístico digno de protección del bien retirado (sentencia de 7 de abril de 2014) o al estimar improcedente aplicar el silencio positivo a un procedimiento que considera iniciado de oficio (sentencia de 19 de septiembre de 2014).

Finalmente, -la existencia de valores culturales o tradicionales en el monumento- la jurisprudencia introduce otro criterio no contemplado en la Ley, favorable también a la conservación del monumento cuando éste 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 contuviese. Un ejemplo de ello es la sentencia de 30 de enero de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación a la estatua del Cristo de Monteagudo al considerar que la misma «forma parte, no sólo ya de la simbología religiosa tradicional de la ciudad de Murcia sino además de su propia fisonomía cultural, porque así lo ha querido el consenso social, que, no sólo se remonta como dice la parte actora, al tiempo de la Dictadura del General Franco y de la etapa predemocrática, sino que sus orígenes son anteriores, situados concretamente en los inicios del siglo XX (aunque la estatua actual no sea la original) cuando fue erigida en buena parte por suscripción popular, lo que revela su arraigo popular y su incardinación dentro de la propia tradición cultural y social de Murcia». La Sala, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>25</sup>, recuerda la importancia no tanto del origen del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente «pues en una sociedad en la que se ha producido un evidente proceso de secularización es indudable que muchos símbolos religiosos han pasado a ser, según el contexto concreto del caso, predominantemente culturales, aunque esto no excluya que para los creyentes siga operando su significado religioso». Concluye la sentencia que cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que, a través de ella, los poderes públicos pretenden transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos, tratándose de un símbolo profundamente arraigado en la población porque así lo ha considerado el consenso social; apreciaciones extrapolables a según qué monumentos y que nos llevan a la convicción de la innecesariedad de su retirada.

Con igualdad de criterio a favor de la conservación de un espacio en recuerdo del lado republicano, el Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, en sentencia de 20 de mayo de 2011, declara conforme a Derecho el reconocimiento de sitio histórico de «Los Pozos de los Desaparecidos en la Guerra Civil Española» situados en el término municipal de Arucas (Gran Canaria) pues el reconocimiento legal y administrativo de este bien histórico aporta a la isla un nuevo elemento de interés patrimonial vinculado a sucesos que marcaron profundamente su historia y contribuyen a restituir un daño humano en personas que aún viven y que fueron testigos de aquellos hechos. Señala: «sería conveniente la declaración de Sitio Histórico para perpetuar la memoria de los ino-

25. Sentencia 34/2011, de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011, 34). Recurso de amparo 5701-2006.

centes masacrados... pues del mismo modo que los franquistas que fueron asesinados en la zona republicana tienen sus recordatorios, pensamos que es justo que los tengan sus oponentes (...) No puede olvidarse, además, que existe un precedente con la declaración de Bien de Interés Cultural con categoría de Sitio Histórico de la Sima de Jinámar y que, por tanto, no apreciar que se dan los requisitos para la declaración de Sitio Histórico en el presente caso, supondría un agravio comparativo respecto a los desaparecidos durante la Guerra Civil, en iguales circunstancias, en otro punto de la isla de Gran Canaria».

Un ejemplo importante de cómo la jurisprudencia apuesta por preservar estos espacios, ya sean monumentos, sitios singulares o meros símbolos representativos de ideologías encontradas, cuando sea conveniente para la comunidad donde se ubican al formar parte de su historia, de su cultura y de su identidad; en definitiva, por constituir un retazo de su memoria que nadie debería estar autorizado para eliminar.

## 2. LA DENOMINACIÓN DE LAS CALLES

Las titulaciones de las calles constituyen odónimos, nombres propios que designan a vías o espacios de comunicación con dos partes: un nombre individual y un indicador o señal del tipo de vía o de espacio de circulación de que se trata, constituyendo una parte de una dirección postal, de gran importancia en las relaciones administrativas.

Más allá de esta función administrativa, dichos nombres forman parte de un nomenclátor callejero que identifica un espacio público que, con el paso del tiempo, contribuye a la memoria pública y colectiva de quienes allí habitan y ello no es por casualidad sino porque los nombres de las calles «ejercen también una orientación ideológica e identitaria sobre los ciudadanos»<sup>26</sup>.

La Ley de la Memoria histórica propicia el cambio de denominación de las calles cuyo nombre individual vaya referido a una personalidad o acontecimiento histórico relacionado con la Guerra Civil y con la Dictadura con el propósito de renombrar los espacios con denominaciones más acordes con la Democracia.

La regulación general de cómo se titula o modifica la denominación de una calle se realiza por Ordenanza local, por lo que es fácil intuir la existencia de una numerosa variedad de normas con esta finalidad<sup>27</sup>. La competencia de los Ayuntamientos encuentra su fundamento en el artículo 3.º del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales<sup>28</sup>, al calificar de bienes de uso público local las plazas, las calles, los paseos y parques cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local, en el artículo 75 del

26. SÁNCHEZ COSTA. F. «Cultura histórica y nombres de calles. Aproximación al nomenclátor contemporáneo de Barcelona y Madrid, Memoria y Civilización (M&C)», 12, 2009, p. 217-251.

27. Ordenanza reguladora de la Nominación y Rotulación de Calles y demás Vías Urbanas de la Ciudad de Málaga (BOP de 20/02/2004, núm. 35); Ordenanza reguladora de la denominación y rotulación de vías urbanas y de la identificación de edificios y viviendas de Córdoba (BOP. de Córdoba de 11 /2/ 2008, núm. 26); Ordenanza reguladora de la denominación y rotulación de vías públicas y numeración de edificios, en el municipio de Alicante (BOP de 5/8/2009, n.º 147) a modo de ejemplo.

28. Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

Reglamento de Población y Demarcación Territorial<sup>29</sup>, al atribuir a los Ayuntamientos la obligación de mantener actualizada la nomenclatura y rotulación de las vías públicas y la numeración de los edificios, así como la correspondiente cartografía y en el artículo 14. 4 de la Resolución de 16 de marzo de 2015 sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal<sup>30</sup>, al disponer que éstos deben mantener perfectamente identificadas sobre el terreno cada vía urbana, entidad y núcleo de población y que cada vía urbana debe estar designada por un nombre aprobado por el Ayuntamiento.

Cada Ayuntamiento deberá dictar una Ordenanza al efecto donde se regule las atribuciones y el procedimiento para dicho cometido y las posibles vicisitudes, por ejemplo, un sobreenvenido cambio de denominación de una calle con independencia de que obedezca a causas ordinarias o singulares, como sucede en el caso de la Ley de la Memoria histórica. Para este último supuesto, los Ayuntamientos deben proponer la creación de órganos ad hoc o solicitar de reconocidos especialistas informes que proporcionen la fundamentación necesaria para proceder al cambio de denominación de las vías afectadas, con el fin de evitar propuestas arbitrarias o cambios injustificados<sup>31</sup>.

Las noticias en los medios de comunicación de las irregularidades cometidas por parte de los Ayuntamientos por acción o inacción en esta materia son prueba del vacío legal existente y de cómo los problemas generados están cada vez más presentes en sede judicial. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en sentencia de 20 de enero de 2014, ha afirmado con rotundidad que retirar las denominaciones de espacios urbanos de significación franquista es algo «connatural a un Estado de Derecho» en la medida que viene impuesto por la Ley de Memoria Histórica y que «si una norma con rango y forma de ley impone una determinada conducta, debe llevarse a cabo. Nadie está al margen o por encima de la ley y, desde luego, no le corresponde a la Administración ponderar su cumplimiento, sino cumplirla, de tal manera que, si una norma impone retirar determinados símbolos, ha de llevarse a cabo tal mandato».

Afirmación que, sin dejar de ser cierta, conviene matizarla en atención a las siguientes consideraciones:

– Los cambios de denominación de las calles precisan de un procedimiento previo. Los mandatos de la Ley de Memoria histórica no operan directamente, sino que precisan de actos de aplicación. Las decisiones administrativas que aprueben el cambio de denominación de las callea exigen la tramitación de un procedimiento y no podrán ser

29. Real Decreto 1690/1986, modificado por R.D 2612/1996.

30. Por la que se publica la Resolución de 30 de enero de 2015, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

31. Hace unos meses se daba noticia en los medios de cómo las justificaciones exigidas al Ayuntamiento para demostrar la relación entre el asesinato de ocho frailes carmelitas y la exaltación del franquismo o la Guerra Civil habían provocado la rectificación del equipo de Carmena, restituyendo la placa en el lugar que ocupaba en cementerio de Carabanchel, excusándose en un error interno ([www.publico.es/politica/madrid-repone-placa-honor-carmelitas.html](http://www.publico.es/politica/madrid-repone-placa-honor-carmelitas.html), 3 de febrero de 2016).

adoptadas de plano aprovechando la confusión existente, como está sucediendo en algunos Ayuntamientos al efectuar los cambios sin la confección de un Catálogo previo ni de informes donde consten la individualización de las calles cuya denominación se propone variar, las razones para ello y la justificación de la denominación alternativa.

– Los cambios de denominación deben ser aprobados por órganos competentes representativos de la pluralidad del Consistorio. La predicada imperatividad de la Ley de Memoria histórica no justifica la adopción de decisiones por órganos locales carentes de atribuciones, bajo el pretexto del vacío normativo ante la ausencia de reglamentos de desarrollo de la Ley de la Memoria histórica y por su propio impasse a la hora de aprobar la correspondiente normativa local que acabe con esta situación<sup>32</sup>.

– La materialización de los cambios aprobados debe ponderar los intereses en juego. Dado que el cambio de denominación de las calles con su nueva rotulación no es una de esas decisiones en las que la satisfacción del interés público dependa de su inmediata ejecución, la Corporación local si fuera conocedora de la pendencia de una resolución sobre la solicitud de una medida cautelar y de un recurso contencioso administrativo contra dicha decisión, debe esperar a conocer la desestimación de la medida cautelar para iniciar la materialización del cambio aprobado. El Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo número 4 de Alicante de 12 de enero de 2017, en este sentido, considera que el Ayuntamiento se extralimitó en sus prerrogativas y usurpó competencias judiciales ya que, llegados a este punto, era la propia titular del Juzgado la que tenía que ponderar si daba o no su beneplácito a los cambios. Al estimar que se extralimitó de manera consciente puesto que se le había notificado la existencia de una pieza separada para decidir la medida cautelar solicitada, concediéndole un plazo de diez días para presentar alegaciones, condena al Ayuntamiento a reponer los nombres y las placas originarias. El fallo tacha de improcedentes los cambios de rotulación ya consumados porque si finalmente el proceso declarara la ilegalidad de la medida, se habrían ocasionado importantes perjuicios a terceros<sup>33</sup>. Otro Auto, muy reciente de 1 de agosto de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 Madrid, en la misma

32. Un buen ejemplo de ello es el Ayuntamiento de Madrid donde se suceden las contradicciones. El periódico ABC/ 2.11-16 informaba de que al menos cuatro Juntas de Distrito de Madrid estaban burlando el papel principal del Comisionado de Memoria Histórica del Ayuntamiento con propuestas, aprobaciones y nomenclaturas de espacios públicos con referencias al periodo de la Guerra Civil y del Franquismo cuando carecen de atribuciones para ello. El mismo ABC 20/02/2017 informaba meses después como el grupo Ahora Madrid estaba desobedeciendo lo acordado por el Pleno en junio del año pasado donde se acordó que la última palabra para modificar el nombre de una calle de la capital la tendría el Pleno, ganando con ello pluralidad en la decisión. La modificación de la Ordenanza propuesta por Ahora Madrid pretende que la «aprobación definitiva» resida en la Junta de Gobierno, desconociendo el acuerdo del Pleno y las directrices del Comisionado de la Memoria Histórica impulsado por la alcaldesa, Manuela Carmena.

33. Entre otros, modificar la dirección en el DNI y en el carné de conducir, cambios en escrituras públicas, en documentación publicitaria, aviso a proveedores, a acreedores, a deudores y a clientes en caso de empresas, modificar bases de datos varias: Padrón, Censo electoral, sanitarias, empresas suministradoras... con un coste económico que, muchas veces, deberán soportar los ciudadanos.

línea pero más razonado concede la medida cautelar y suspende el cambio de denominación de la calle Millán Astray al entender que los intereses de los vecinos afectados por dicho cambio son relevantes. Dice: «Pues bien en el presente caso hemos de tener en cuenta que una ponderación de los intereses en conflicto ha de inclinarnos, a la luz de las alegaciones manifestadas por las partes, a acordar la adopción de la medida cautelar pretendida por la actora, toda vez que, por un lado, no atisbamos a apreciar como suspender el cambio de denominación de un calle que data del año 1969 puede llegar a provocar, tal y como sostiene la representación letrada del Ayuntamiento de Madrid, una grave disfunción en la organización del Ayuntamiento, que limitaría seriamente su prestación de servicios; y, por otro, en relación con los intereses particulares afectados por el cambio de denominación, sí que contemplamos que los mismos pueden quedar seria e intensamente perjudicados, toda vez que la denegación de la suspensión solicitada implicaría hacer efectivo el cambio de denominación de la calle, de manera que una eventual sentencia estimatoria del presente recurso conllevaría volver a la denominación primitiva, ocasionado unos evidentes perjuicios a los vecinos, comerciantes, ciudadanos e incluso Administraciones Públicas, que verían como, en un breve lapso temporal, la calle que aquí nos ocupa, cambiaría de denominación en dos ocasiones, originándose un estado de confusión que se hemos de evitar, atendidos los intereses particulares a tutelar, máxime, cuando, hemos razonado, que los intereses públicos y generales a preservar no se revelan significativos y de entidad superior a los particulares en aras a mantener la ejecutividad de lo acordado por el Ayuntamiento de Madrid». En opinión del magistrado concurre *periculum mora* lo que justifica la adopción de la medida cautelar si bien muestra mayor reticencia a la hora de considerar la existencia de un *fumus iuris* tutelable sin entrar en el enjuiciamiento de fondo<sup>34</sup>.

### 3. LA RETIRADA DE OTRA SIMBOLOGÍA

Entran aquí todos aquellos elementos susceptibles de portabilidad cuando no se encuentren intrínsecamente unidos a otro bien principal que mude su naturaleza inicial

34. Afirma la sentencia: «Consecuencia de lo hasta ahora expuesto, es que también apreciamos la concurrencia en el caso que aquí nos ocupa de un *periculum in mora*, entendido el mismo como la pérdida de la finalidad legítima del recurso en caso de no accederse a la suspensión solicitada, pues si bien, no podemos llegar a calificar como irreversible la situación generada por llevar a efecto el cambio de denominación de la calle del General Millán Astray, no podemos desconocer los graves perjuicios que se causarían a las personas, entidades y organismos afectados por dicho cambio, pues una vez consolidado el mismo, se verían de nuevo obligados, reitero, en el supuesto de la estimación del recurso, a afrontar no pocos inconvenientes y gastos a fin de volver a la situación anterior al cambio de denominación. Por el contrario, no hemos de anular efecto alguno, en orden a fundamentar la adopción de la medida cautelar, a la apariencia de buen derecho invocada por la actora, pues los graves y manifiestos vicios de legalidad que afirma concurren en la resolución impugnada, y que se erigen en el núcleo sobre el que pivotaría el *fumus alegado*, exigirían entrar a conocer sobre la cuestión de fondo, cuestión ésta que resulta ajena a la naturaleza de este incidente cautelar, máxime cuando las infracciones aducidas, en contra de lo afirmado por la recurrente, no se advierten de manera ostensible y flagrante».

de bien mueble a inmueble y siempre que no reúnan valores singulares que los eximan de retirada<sup>35</sup>.

Están exentos de retirada los de naturaleza estrictamente privada cuando se mantengan en ese ámbito.

En el caso de elementos de naturaleza privada que formen parte de espacios privados abiertos al público con presencia de símbolos o elementos de signo franquista<sup>36</sup> no existe para sus titulares obligación de retirarlos en base a la libertad individual, pues cada cual es libre de ornamentar su local como mejor considere y porque los terceros tienen libertad para acudir o no hacerlo.

Distinto sería si el espacio de uso común abierto al público fuera origen de desórdenes públicos, lo que legitimaría a adoptar las medidas oportunas para ponerles fin, incluyendo la retirada de dichos elementos. Al ser una decisión limitadora tomada en aras del orden público y al presentarse como excepción al ejercicio de una libertad fundamental, deberá interpretarse de forma restrictiva y ser debidamente motivada<sup>37</sup>. Por supuesto si el local fuera utilizado para la comisión de delitos debe clausurarse y si los elementos o símbolos hubieran sido utilizados para perpetrar el delito podrían decomisarse<sup>38</sup>.

35. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ. D. («La STS de 13 de marzo de 2017 sobre el Valle de los Caídos y otras formas jurídicamente más adecuadas de entender la "memoria histórica", pero... políticamente incorrectas»), Diario La Ley, N.º 8969, 2017) plantea esta cuestión sobre un medallón de Francisco Franco retirado de la Plaza Mayor de Salamanca.

36. Un ejemplo, en la «Ruta por los bares franquistas que incumplen la Ley de Memoria Histórica» de los que informa «vozdelarepublica.blogspot.com/2017/01/ruta-por-los-bares-franquistas-que.html».

37. Destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 15 de diciembre de 2003, donde se estimó ilegal la decisión del Ayuntamiento de obligar a retirar una bandera republicana de un chiringuito en las fiestas patronales, incluso cuando éste se encontraba en un lugar público. La sentencia declara: «Esta Sala entiende que no es suficiente la razón que expone el Ayuntamiento de Torrelodones para limitar el ejercicio de los derechos constitucionales aludidos. Resulta difícil entender que la alteración del orden público aludido por el Ayuntamiento de Torrelodones se produzca por la mera exhibición de una enseña que muchos de los ciudadanos que acuden al señalado Parque ferial, en su mayoría jóvenes, desconocen. Por otra parte, por sí misma dicha bandera difícilmente puede incitar a la violencia, el racismo, la xenofobia o cualquier otra forma de discriminación que atente contra la dignidad humana, prohibiciones estas que eran las únicas que se imponían al otorgar la concesión de la instalación de establecimientos destinados a puestos de bebidas durante las fiestas patronales. Es comprensible la preocupación del Ayuntamiento por la posible alteración del orden público durante la celebración de las fiestas, alteración que es fácil que se produzca por el lugar en sí, dado que en el mismo se venden bebidas alcohólicas, que se está celebrando las fiestas patronales y que acuden al mismo multitud de personas, circunstancias estas que por sí solas pueden fomentar situaciones propias de alteración del orden público correspondiendo al Ayuntamiento mantener el orden y la seguridad ciudadana. Pero ello no puede justificar el que se haga referencia a dicha situación como motivo que prohíba a Izquierda Unida exhibir la bandera Republicana que, por otra parte, como manifestación de su ideología política respeta el orden jurídico existente».

38. Sirvan de ejemplo los Autos de 29 de abril de 2002, 25 de enero y 28 de febrero de 2005 donde se definen las Herriko Tabernas como locales dependientes de Batasuna y se ilegalizan por estar dirigidas principalmente a la financiación del entramado ETA.

## V. LA REVOCACIÓN DE HONORES

El honor de la persona es una muestra del acervo moral referido a los valores y méritos que le asisten con una dimensión subjetiva, relativa a la propia percepción individual y una dimensión objetiva, concerniente al reconocimiento que los demás tienen de nuestra dignidad. El derecho al honor, pese a ser un derecho de la personalidad y por ello de titularidad individual, puede ser vulnerado en vida del titular o tras su fallecimiento con la particularidad de poder ser tutelado post mortem por los familiares.

A veces, este honor está integrado por cualidades interiores que hacen a su titular merecedor de una reputación: generosidad, honestidad, altitud de miras, sacrificio y otras muchas. Otras veces, el honor proviene de un reconocimiento externo que los terceros le atribuyen mediante concesión de distinciones u otros honores y que conlleva una clara reputación social. La consideración inicialmente positiva, implícita en la distinción concedida que integra ese acervo moral puede transformarse en negativa a lo largo del tiempo por factores distintos, provocando el efecto contrario: la animadversión hacia su titular hasta el punto de propiciar su revocación.

En aplicación de la Ley de la Memoria histórica, es habitual la decisión de las Administraciones públicas de dejar sin efecto honores o reconocimientos concedidos tiempo atrás a personajes que tuvieron participación en la Guerra Civil y en la Dictadura<sup>39</sup>.

La revocación de estas distinciones puede, potencialmente al menos, determinar una lesión al derecho al honor respecto a las personas que les fueron concedidas cuando su retirada conlleva el descrédito de las acciones por las que en su día las recibieron, cuando para el condecorado o para la familia constituya un legado personal o familiar<sup>40</sup>.

39. En «La Informacion.com» del día 23/03/2017 se contenía la noticia relativa al Pleno de la Diputación de Sevilla que, en sesión ordinaria, había aprobado una moción de IU-CA y Participa, en demanda del inicio de un nuevo expediente destinado a revocar la medalla de oro concedida en 1969 al ex Gobernador civil y ex ministro franquista José Utrera Molina. Es la segunda vez que la institución provincial emprende este procedimiento, después de ser anulado el primero merced a las determinaciones de los servicios jurídicos por los argumentos de la moción inicial.

En «Valencia. Plaza» del día 18/07/2016 se informaba de que el pleno de la Diputación de Valencia ha aprobado por unanimidad una moción promovida por la delegación de Memoria Histórica y firmada por todos los portavoces del equipo de gobierno donde se acordaba revocar la distinción de presidente honorario de la Diputación de Valencia a Francisco Franco, así como la Medalla de Oro al Dictador; la distinción de hijo predilecto de la provincia a Vicente Mortes Alfonso, ministro de Vivienda entre 1969 y 1973; la medalla de oro de la provincia a Pilar Primo de Rivera, así como a la Sección Femenina de FET y de las J.O.N.S, ente otros. Asimismo, también se revocará la «Medalla de Oro de la Provincia» al gobernador civil de Valencia entre 1960 y 1962, Jesús Posada Cacho; al ministro de Educación y Ciencia entre 1962 y 1968, Manuel Lora-Tamayo; a Antonio Rueda y Sánchez-Malo, gobernador civil de Valencia entre 1962 y 1973 y jefe provincial de Falange tradicionalista y de las J.O.N.S. en la provincia; y al ministro de Trabajo entre 1962 y 1962, Jesús Romeo.

40. En esta línea se pronuncia el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Cuenca, en Sentencia 23 febrero de 2010, al reconocer legitimada a la familia «desde el momento que pretende preservar un monumento levantado en su momento a la memoria de un familiar fallecido, que pretende mantener como un recuerdo y homenaje a aquel familiar fallecido, con independencia

La revocación podría constituir, desde esta perspectiva, un supuesto de discriminación al privarles del derecho a su memoria personal y familiar donde se integraría este recuerdo.

La potestad revocatoria ha de instrumentarse a través de un procedimiento donde se justifique no solo en el mandato genérico y abstracto de dar cumplimiento a la Ley de la Memoria histórica sino la objetividad y el acierto de la decisión. La exigencia de instrucción del procedimiento no constituye un requisito baladí, sino que tiene por objeto dejar constancia y acreditar que concurre el motivo que justifica el acuerdo revocatorio, dando trámite de audiencia a los interesados con el fin de que puedan conocer los motivos en que se apoya el ejercicio de esta potestad revocatoria, y alegar cuanto estimen oportuno.

En esta dirección el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de La Coruña, en sentencia de 1 julio de 2011, declaró ilegal un nombramiento de hijo predilecto del Excmo. Ayuntamiento de la Coruña, adoptado al amparo de lo dispuesto por la Ley 52/2007, al haber prescindido del trámite de audiencia al interesado. Fallo posteriormente recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que, en sentencia de 5 diciembre de 2012, consideró procedente la revocación efectuada sin trámite de audiencia ya que la recurrente no justificó el tipo de indefensión causada por dicha omisión, señalando: «En lo que se refiere a lo estrictamente procedimental ha de tenerse en cuenta que se tramitó expediente en conexión con la aplicación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de Memoria histórica con las correspondientes intervenciones del Alcalde, de la denominada "Comisión de expertos" y de la Comisión municipal de honores, distinciones y sugerencias, excluyéndose expresamente en el propio Reglamento de honores municipal de 2009 la observancia del trámite previsto en el mismo, a los supuestos de aplicación de dicha Ley 52/2007 (...) para que el aspecto sobre omisión de trámite de audiencia pudiera originar radicales efectos anulatorios, sería precisa la constatación de la efectiva producción de una situación de real y efectiva indefensión (...)», y añade: «La ley (52/2007) tampoco contiene remisiones normativas en favor del Reglamento relativas a procedimiento (aun antes, como venimos diciendo, no prevé procedimiento) -contiene dos remisiones, la primera, en su artículo 12 sobre "medidas para la identificación y localización de víctimas", la segunda, en su artículo 20 sobre "Creación del Centro Documental de la Memoria Histórica y Archivo General de la Guerra Civil"-; su disposición final "habilita al Gobierno y a sus miembros, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de lo establecido en esta Ley" -se dictaron la Orden CUL/3190/2008, de 6 de

---

de la condición pública o privada de dicho monumento, de que el mismo forme un cuerpo único o diferenciado, que se puede separar sin daños de la base, o que, incluso, allí reposen los restos de dichos fallecidos, pues lo esencial en ese caso, desde la perspectiva que nos ocupa, mantenimiento de dicho monumento erigido en su momento a la memoria de determinadas personas es, precisamente, el mantenimiento incólume de dicha memoria, como un homenaje a las personas que allí se reflejan, algo que es lógico y razonable que los familiares de los mismos quieran preservar y desde esta perspectiva, por tanto, está plenamente justificado su interés en el presente pleito, al pretender mantener dicho monumento allí erigido, con las connotaciones emocionales que ello conlleva, y la improcedencia de la alegación de falta de legitimación activa planteada por las partes demandadas».

noviembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 31 de octubre de 2008, por el que se dictan instrucciones para la retirada de símbolos franquistas en los bienes de la Administración General del Estado y sus organismos dependientes, y la Orden CUL/459/2009, de 19 de febrero (RCL 2009, 436), por la que se crea y regula la Comisión Técnica de Expertos para la valoración de los supuestos determinantes de la excepcionalidad en la retirada de símbolos-. El reglamento ejecutivo, que responde a la idea de desarrollo de la Ley en que se apoya, presenta exigencias específicas en su elaboración. El Reglamento municipal, en fin, no es un Reglamento ejecutivo de la Ley 52/2007»<sup>41</sup>.

Respuesta jurisprudencial discutible ya que, al constituir el objeto de la revocación un título honorífico, su supresión determina siempre una afectación negativa sobre el acervo personal ligado a su honor del afectado (titular o familiar) por lo que sí procede dar audiencia al interesado para alegar cuanto estime conveniente en su defensa. Coincidimos con BERMEJO LATRE<sup>42</sup> cuando afirma: «La retirada de distinciones concedidas no plantea mayores problemas cuando está reconocida y disciplinada en las normas reguladoras de su otorgamiento. De no ser así, la cuestión ha de reconducirse a la figura de la revisión de un acto favorable, sin que pueda eludirse en la sustanciación del oportuno expediente motivado, la audiencia al interesado despojado de la distinción y el posible deber de indemnizar la eventual lesión a sus derechos morales, si se dieran las circunstancias determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración».

La retirada de honores y distinciones al no encontrarse regulada en la Ley de la Memoria histórica, debe respetar el procedimiento administrativo general para la revocación de los actos favorables y, en concreto, el trámite de audiencia porque no hay que olvidar que esta retirada no siempre estará legalmente justificada. Para ser legítima en cada caso particular habrá que examinar, por un lado, si el honor o mención a revocar constituyen o no exaltación de la sublevación militar, de la Guerra Civil o de la represión de la Dictadura. Por otro, atender a su verdadera naturaleza, pues de ser de carácter privado y sin reconocimiento público no procedería su revocación como confirma el Tribunal Superior de Justicia de Valladolid en sentencia de 30 de octubre de 2015.

Hasta tal punto el procedimiento es necesario que, recientemente, se ha admitido a trámite por la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 22 septiembre de 2016, una querrela por posible prevaricación al considerar que la actuación de la autoridad municipal se halla indiciariamente «entre la consciente acudida a la vía de hecho, y la consciente eliminación de cualquier trámite previo a la resolución administrativa, de manera que si el procedimiento para elaborarlo supone un obstáculo, se prescinde de él». Y concluye con razón: «la sustitución de la Ley por la voluntad es precisamente lo que da

41. También mantiene este criterio el Tribunal Superior de Justicia de la Coruña, en sentencia de 3 de mayo de 2012, al derivar del carácter imperativo de las palabras de la Ley 52/2007 «tomarán las medidas oportunas para la retirada» la innecesariedad del procedimiento y de su correspondiente expediente.

42. «La Administración y el derecho al honor» Revista de Administración Pública n.º 175, Madrid, 2008, p. 389.

lugar a dictar una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia, lo que conforma o constituye la base esencial del delito de prevaricación».

## VI. EL DERECHO DE PETICIÓN COMO VÍA EN LA EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS MANDATOS DE LA LEY DE LA MEMORIA HISTÓRICA

El Tribunal Supremo, en sentencia del de 17 de marzo de 2017, desestimó el recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección de los Derechos Fundamentales de la Persona por unos particulares, que estimaban vulnerado su derecho de petición ejercitado al amparo del artículo 29 de la CE.

Los recurrentes solicitaban, a través del derecho de petición, dos clases de pedimento:

En primer lugar, la derogación o la promulgación de ciertas normas y la adopción de concretas actuaciones relativas a:

– La derogación del Decreto de 1 de abril de 1940 y del Decreto-ley de 23 de agosto de 1957, en cuanto contradicen la letra y el espíritu de la Constitución española de 1978 y la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconoce y amplía derechos y establece medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura

– La aprobación de una disposición de carácter general que establezca un nuevo marco jurídico sobre el Valle de los Caídos y la institución que lo dirige, garantizando la participación de las víctimas en la formulación y desarrollo de dicha normativa.

– La transformación del «Valle de los Caídos» en un espacio de memoria, donde las víctimas de la guerra civil y la dictadura y sus familiares, así como la sociedad en su conjunto, puedan ejercitar su derecho a la verdad y a la reparación que incluya: a) un lugar de identificación, dignificación y homenaje a quienes se encuentran inhumados; b) la publicación oficial del nombre de todas las víctimas; c) información suficiente para que quienes acudan a visitar este nuevo espacio, puedan conocer su sentido original y actual; d) la creación de un centro ocupacional de memoria; e) mecanismos que garanticen el más amplio acceso a los archivos e información del Valle de los Caídos, con sujeción expresa a las normas, aprobadas en la Ley de Transparencia de 9 de diciembre de 2013.

– La adopción de las medidas oportunas para que la Comisión referida en el Real decreto 663/1984, de 25 de enero, cumpla su cometido en el marco de la actual regulación vigente, introducida por la Ley de Memoria histórica y entre ellas, una propuesta sobre el régimen jurídico de los bienes del patrimonio de dicha Fundación de la Santa Cruz, así como sobre las situaciones jurídicas derivadas del Decreto-ley de 23 de agosto de 1957, de creación de la misma.

– La constitución de una dotación económica suficiente a cargo del Estado para la exhumación e identificación de los restos de las víctimas, previa solicitud al efecto.

En segundo lugar, la realización de actuaciones materiales concernientes a:

– Trasladar los restos de Francisco Franco y de José Antonio Primo de Rivera al lugar que designen las respectivas familias.

– Convocar un acto público en sede parlamentaria, para que la autoridad competente del Estado pida perdón, como manifestación del pleno reconocimiento y reparación moral a las víctimas del franquismo y a sus familiares.

En el acuerdo de contestación que da el Gobierno, éste se declara competente para resolver el escrito de petición a él dirigido toda vez que es el órgano destinatario de quien se interesa la realización de las actividades objeto de la solicitud, correspondiéndole la competencia de dichas actividades en el supuesto de acceder a lo peticionado y reconoce que los pedimentos se circunscriben al ámbito de lo estrictamente discrecional o graciable al no constituir objetos de procedimientos estrictamente reglamentados por los que los peticionarios pudieran pretender el reconocimiento de una situación tutelable (derecho subjetivo o interés legítimo) conforme a Derecho.

El fallo judicial desestima el recurso en atención a dos consideraciones: estimar satisfecho el derecho de petición pese a la respuesta extemporánea del Gobierno a la que aúna una consecuencia, la pérdida sobrevenida del objeto del recurso contencioso interpuesto en garantía de este derecho fundamental y calificar de suficiente la respuesta del Gobierno en la medida que el contenido de este derecho no obliga a reconocer las pretensiones reclamadas por los peticionarios sino a obtener una respuesta fundamentada que, a juicio del Tribunal, sí existe.

Otro nuevo intento de agotar las vías posibles para obligar al cumplimiento de la Ley de Memoria histórica donde la respuesta del Gobierno muestra una actitud complaciente con las actuaciones ya practicadas y pospone las pendientes a acuerdos, consensos y tiempos que están por venir. Un predecible revés añadido dado que los pedimentos articulados por medio del derecho de petición incidían, nuevamente, en una reivindicación mantenida en el tiempo por los actores cuya realización requiere un compromiso de todas las fuerzas políticas que no existió cuando se promulgó la Ley, pero tampoco diez años después como queda reflejado a continuación.

## VII. LA PROPOSICIÓN NO DE LEY DE EXHUMACIÓN DE FRANCISCO FRANCO Y JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA

El jueves 11 de mayo de 2017 el Congreso aprobó reanudar la aplicación de la Ley sobre la Memoria histórica, que incluye la exhumación de los restos de Francisco Franco y José Antonio Primo de Rivera ubicados en el monumento del Valle de los Caídos mediante una «proposición no de ley». Salió adelante con 198 los votos favorables del PSOE, de Ciudadanos y de Unidos Podemos y con 140 abstenciones del PP y de ERC. La fórmula elegida, la «proposición no de ley»<sup>43</sup> no deja de ser un gesto simbólico de desacuerdo con la política del Gobierno a modo de control de su inacción en este asunto.

43. Sobre esta cuestión, MUÑOZ ARNAU, J.A. «Las proposiciones no de Ley», Anuario jurídico de La Rioja, n.º 3, 1997, págs. 387-482, donde se resumen las posiciones doctrinales en torno a esta cuestión. Otros intentos parecidos los encontramos en Aragón que también aprobó en febrero una Proposición no de Ley, sobre el cumplimiento de la Ley de Memoria Histórica en la Comunidad Autónoma de Aragón.

A través de la misma, se adoptó un acuerdo que no alcanza más utilidad que reflejar la voluntad mayoritaria, que no unánime, de la Cámara con el propósito de dar visibilidad al debate habido en sede institucional y de reabrir la polémica en los medios de comunicación que de inmediato se han hecho eco de la noticia. La eficacia no vinculante para el Gobierno de esta «proposición no de ley» se acumula con efecto repetitivo a los reiterados intentos malogrados de hacer valer el cumplimiento de esta Ley.

El sistemático incumplimiento de la Ley de la Memoria histórica revela problemas de fondo. Unos específicos, como la falta de cohesión en torno a la misma y otros comunes, como la cultura del incumplimiento de la Ley que va calando en los últimos tiempos donde cualquiera cuestiona su imperio cuando no la comparte; en este caso, lo más preocupante es que dicho incumplimiento proviene de los poderes públicos a quienes corresponde la función de ejecutarla, un mal ejemplo para todos.

Además, corremos el riesgo de que este mantenido incumplimiento rebase el ámbito de lo jurídico y se transforme, en palabras de KANCYPER, «en un rumiar indigesto..., una afrenta que no cesa, expresión de un duelo que no logra elaborar, no sólo en el propio sujeto y en la dinámica intersubjetiva..., sed de venganzas taliónicas..., a perpetuarse a través de la transmisión de las generaciones, sellando un inexorable destino en la memoria colectiva»<sup>44</sup>.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

AAVV. «Derecho y memoria histórica», edición de José Antonio Martín Pallín y Rafael Escudero Alday, col. Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, Trotta, 2008. AAVV. El itinerario de la memoria: derecho, historia y justicia en la recuperación de la memoria histórica en España Vol. I: El derecho y la memoria / Marcos Criado de Diego (Dir.) Madrid, Sequitur, 2013. ABAD LICERAS, J. M. Ley de la Memoria histórica (La problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos), Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2009. BERMEJO LATRE, J. L. «La Administración y el derecho al honor» Revista de Administración Pública n.º 175, Madrid, 2008. CABRERA SUAREZ, L.A. El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación, en «Pensamiento jurídico» n.º 36, 2012. ESCUDERO ALDAY, R «Los tribunales españoles ante la memoria histórica: el caso de Miguel Hernández» Revista de Historia Contemporánea n.º 11, 2013. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. («La STS de 13 de marzo de 2017 sobre el valle de los caídos y otras formas jurídicamente más adecuadas de entender la "memoria histórica", pero... políticamente incorrectas»), Diario La Ley, N.º 8969, 2017. GIL GIL, A. «Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española», InDret 4/2012. LAFUENTE BENACHES, M. «Exhumaciones jurídicas», Thomson Reuters,

44. KANCYPER, L. «La confrontación generacional», Buenos Aires, Paidós, 1997, p. 49.

Aranzadi, 2016. «Sobre mudanzas mortuorias: Cervantes y Sanjurjo». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 66-67, 2017. LUTHER, J. «Derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia», *Revista Española de Derecho Constitucional* N.º 89, 2010. MUÑOZ ARNAU, J.A. «Las proposiciones no de Ley», *Anuario jurídico de La Rioja*, n.º 3, 1997. PAREJO ALFONSO, L. «Administración pública y memoria histórica,» en *Derecho y memoria histórica / coord. por José Antonio Martín Pallín, y Rafael Escudero Alday, col. Estructuras y Procesos, Serie Derecho*, Madrid, Trotta, 2008. SÁNCHEZ COSTA, F. «Cultura histórica y nombres de calles. Aproximación al nomenclátor contemporáneo de Barcelona y Madrid, *Memoria y Civilización (M&C)*», 12, 2009.