

¿CABE EXHUMAR POR DECRETO-LEY?

Por

M^a MERCEDES LAFUENTE BENACHES
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

Revista General de Derecho Administrativo 49 (2018)

RESUMEN. No existe en nuestro Ordenamiento un marco jurídico que tutele debidamente los derechos del cadáver proporcionándole un estatus propio en razón de la dignidad que merece y la necesidad de cubrir este vacío aumenta cuando nos encontramos con decisiones jurídicas como la exhumación de Francisco Franco por Decreto-Ley, cuya polémica trasciende lo puramente ideológico para penetrar en el ámbito de lo jurídico.

PALABRAS CLAVE: Cadáver. Derecho de disposición. Titulares. Consentimiento. Decreto-Ley. Tutela de Derechos fundamentales.

SUMARIO: I. Introducción. II. La exhumación del cadáver. Notas definitorias. III. La exhumación como acto de disposición sobre el cadáver o sus restos. 1. Su naturaleza y quiénes pueden ejercitarlo. A. Derecho personalísimo de naturaleza privada de carácter moral y afectivo. 2. Excepciones a su ejercicio personalísimo. IV. El valor del consentimiento en las exhumaciones de la Ley de Memoria Histórica. V. Un Real Decreto-Ley para la exhumación de Francisco Franco. 1. La concurrencia del presupuesto habilitante para poder dictar el Decreto-Ley. La "extraordinaria y urgente necesidad." 2. Afectación de derechos por el Decreto-Ley de exhumación de Francisco Franco. A. El derecho a la tutela judicial efectiva (Art.24 CE). B. El derecho a la dignidad del fallecido (Art.10.1 CE). C. El derecho a la intimidad familiar (Art.10.1 CE). D. El derecho al honor (Art. 18.1 CE). E. El derecho a la libertad religiosa (Arts.14 y 16 CE). 3. El Decreto-Ley y su posible incidencia en competencias no autorizadas. VI. Bibliografía.

IS IT POSSIBLE TO EXHUME BY DECREE-LAW?

ABSTRACT: Our legal system lacks a framework to duly protect the rights of the corpse, providing it with the proper status due to the dignity it deserves, and the need to fill this gap increases when we find legal decisions such as the exhumation of Francisco Franco by Decree-Law, whose controversy exceeds the strictly ideological sphere to enter into the legal sphere.

KEYWORDS: Corpse. Right of disposition. Holders. Consent. Decree-Law. Protection of fundamental rights.

SUMMARY: Introduction. II. The exhumation of the corpse. Defining notes. III. The exhumation as an act of disposal of the corpse or its remains. 1. Its nature and who can exercise it. A. A highly personal right of a private nature and a moral and emotional kind. 2. Exceptions to its highly personal exercise. IV. The value of consent in the exhumations of the law of historical memory. V. A royal decree-law for the exhumation of Francisco Franco. 1. The concurrence of the enabling reason for issuing the Decree-Law: The "extraordinary and urgent need." 2. Rights concerned by the Decree-Law of exhumation of Francisco Franco. A. The right to an effective judicial protection (art. 24 CE). B. The right to the dignity of the deceased (art.10.1 CE). C. The right to family privacy (art.10.1 CE). D. The right to honor (Article 18.1 CE). The right to religious freedom (Arts.14 and 16

CE). 3. The Decree-Law and its possible repercussion on unauthorized competencies.VI. Bibliography.

I. INTRODUCCIÓN

La exhumación de Francisco Franco, desde el análisis jurídico, depara pocas incógnitas pues su materialización, más pronto o más tarde, tendrá lugar. Pero la cuestión no es ésta sino cómo se ha instrumentado normativamente. Hasta hace poco, el principal problema era la ausencia de voluntad política y de un marco jurídico que la posibilitara; a día de hoy, la voluntad política es incuestionable a diferencia del marco jurídico proporcionado por el Decreto-Ley dictado el 24 de agosto de 2018.

Poco ayuda desconocer la voluntad auténtica de Francisco Franco relativa a su inhumación en el Valle de los Caídos sobre la que existen meras conjeturas; tampoco hay constancia de su intención respecto a futuras prácticas de disposición sobre su cadáver.

La incertidumbre sobre la autoría¹ de la decisión de inhumarlo, la ignorancia respecto a la verdadera naturaleza del título jurídico que ampara ese enterramiento² y la

¹JORGE DE ESTEBAN ALONSO (“Franco y el Valle de los Caídos,” Diario del Derecho, Iustel, Edición de 09/07/2018) señala: “Además, hay que dejar bien claro, a pesar de lo que se escribe y se oye en estos días, que el Valle de los Caídos fue construido por Franco, como ya he dicho, para ser enterrado en su Basílica y niega que la decisión de su inhumación en la Basílica fuese del Rey Juan Carlos. La decisión estaba tomada de antemano y la carta del Rey del día 22 de noviembre de 1975 así lo dejaba entrever cuando encarece que entierren a Franco “en el Sepulcro destinado al efecto, sito en el Presbiterio entre el Altar Mayor y el Coro de la Basílica”. Afirma como cualquiera que visitó el Valle de los Caídos antes de morir Franco, pudo comprobar que había una gran lápida en blanco situada cerca del altar destinada para él y cómo fue evidentemente una decisión política tomada por el propio dictador en vida, ajena a la familia y con la aprobación de la Iglesia. Se dice que el arquitecto que finalizó la obra del valle de los Caídos ha dado testimonio de que Francisco Franco tenía la seguridad de que sería enterrado allí. Está claro que fue el Gobierno de Arias Navarro quien propuso esta solución al Rey Juan Carlos I y que éste la refrendó con el envío de una carta al Abad del Valle de los Caídos donde le solicitaba que se ocupara de enterrarlo allí.” En cambio, existen declaraciones de la familia opuestas a esta versión en las que afirman que no fue ésta la voluntad de Francisco Franco y que su inhumación en el Valle de los Caídos fue una mera decisión de Estado, que se limitaron a acatar. (Véase la <https://www.larazon.es/espana/francis-franco-nos-haremos-cargo-de-nuestro-abuelo> el 18/09/2018)

² En mi trabajo (“Balance de la Ley de Memoria histórica,” REDA, 201, p. 57) ya señalaba como el enterramiento en estos lugares no había generado un derecho a permanecer allí a favor ni del fallecido ni de los descendientes, lo que evidenciaba una cierta debilidad en la posición jurídica de éstos al no existir un título jurídico duradero (concesión) donde fundamentar esa permanencia, más allá del término de los plazos generales del uso funerario que, en el supuesto de considerarlo como una mera tolerancia podrían considerarse ya extinguidos. En contra, cabría defender que el enterramiento en estos espacios lo es a perpetuidad para velar por el descanso eterno de los fallecidos. El Informe de los Expertos de 29 de noviembre de 2011, sobre el futuro del Valle de los Caídos se opone a esta última interpretación y afirma: “Sus tumbas, por ello, no son concesiones a perpetuidad, como puede decirse de las sepulturas de un cementerio general, sino monumentos memoriales que el poder público levanta y tutela en recuerdo de determinados difuntos. De ahí que

confluencia de competencias civiles y eclesiásticas en torno a la misma complica enormemente la solución legal.

No predispone a hallar una solución satisfactoria ni desde el punto de vista jurídico ni social presentar la decisión de exhumarle como la “condición” para la reconciliación de quienes lucharon enfrentados durante la Guerra civil y sus postrimerías en una sociedad, donde todavía quedan sobrevivientes y descendientes de ambos bandos cuyos sentimientos continúan encontrados.

Con todas estas limitaciones ofrecemos nuestra opinión al respecto.

II. LA EXHUMACION DEL CADAVER. NOTAS DEFINITORIAS³

El destino final natural de una persona fallecida es su inhumación o cremación; se pretende dejarle descansar en paz, como impone la tradición cultural y religiosa.⁴ Pero la inhumación puede ser temporalmente interrumpida por una exhumación, constituyendo esta actuación sobre el cadáver o sus restos cadavéricos un destino no final y anormal del fallecido en atención a su transitoriedad y a las exigencias legales a las que se condiciona la misma.⁵

La exhumación constituye una actuación material y una decisión jurídica. Como actuación material consiste en extraer al muerto- el cadáver o sus restos óseos- del lugar de enterramiento para su traslado por causas de índole muy diversa.⁶

si bien debiera tenerse en cuenta la intención de las familias de los difuntos allí enterrados, esta no pueda ser determinante al efecto.”

³ Véase un estudio más extenso de la exhumación en mi trabajo «Exhumaciones jurídicas», Thomson Reuters, Aranzadi, 2016.

⁴ La inhumación se concibe como manifestación de la pietas familiar. En la época romana, no enterrar y dejar sin sepultura al fallecido, era signo de impiedad; pese a ello, existían prácticas excepcionales que justificaban no enterrar el cadáver como expresión de la crudelitas creditoris a modo de penalidad añadida⁴ o como una forma de ejecución del castigo⁴ que, con el tiempo, y como consecuencia de que ello constituía algo impropio, fueron acciones sancionadas jurídicamente por los emperadores Justino, Justiniano⁴ y Teodorico con el fin remitir su práctica y de restituir el destino natural del fallecido a su descanso definitivo

⁵ La doctrina, al ocuparse del análisis de la “translatio cadaveris,”⁵ en la cultura romana muestra cómo, socialmente, existía la convicción en la comunidad de la necesidad de enterrar para preservar el reposo de los muertos y de que nadie debía perturbar ese reposo (“Divi fratres edicto admonuerunt, e iustae sepulturae traditum, id est terra conditum corpus inquietetur”). Desde esta consideración, la exhumación interrumpía dicho descanso y no debía posibilitarse sin una causa justificada.

⁶ La exhumación puede ser debida a varias causas: Privadas, cuando los familiares expresan su deseo de trasladar el cuerpo o sus restos a otro lugar o con ocasión de un proceso civil para determinar la filiación. Públicas, de distinta índole: Administrativas, como el traslado del nicho o sepultura, instadas de oficio por la Administración Pública por causas diversas (urbanísticas, por incoación de expedientes de ruina o por motivos culturales con uso de técnicas de intervención arqueológica). Penales, en el curso de un proceso abierto para esclarecer un delito. De carácter mixto, porque en ellas concurren intereses privados - los de los familiares del difunto- y públicos - los de la comunidad- con la común intención de dignificar la memoria de los sepultados en sucesos del pasado. Finalmente, existen exhumaciones de carácter religioso en procesos de beatificación o

Todas las exhumaciones con independencia de la finalidad que persigan, implican un procedimiento técnico para excavar y extraer el cadáver o los restos sepultados de forma legal o ilegal y, con carácter previo a ese procedimiento técnico, es necesaria una decisión jurídica que autorice la exhumación.⁷

Aunque la práctica de la exhumación es predominantemente una actividad de cementerio por constituir una actividad de gestión respecto a los bienes que lo integran (apertura de fosa, nicho o sepultura) en el ejercicio de la potestad administrativa de policía sanitaria mortuoria, también puede practicarse fuera del recinto cementerial cuando el fallecido se encuentre inhumado en lugar distinto, precisando, en cualquiera de ambos supuestos, que se verifique que la misma no representa ningún peligro para la salud.

Con independencia del lugar donde se encuentre enterrado el fallecido o sus restos, la exhumación es una actividad de interés general⁸ al consistir en una prestación necesaria para el correcto funcionamiento de necesidades esenciales de la comunidad pues, de realizarse un uso indiscriminado y no reglamentado de la misma, existiría un potencial riesgo para la salud que sólo puede evitarse con la autorización de la exhumación y su condicionamiento al cumplimiento de los requisitos que la autoridad en policía sanitaria y mortuoria estime necesarios en cada caso.⁹ El procedimiento que

de canonización. En otro lado, estarían las exhumaciones ilícitas cuando el acto de exhumación constituya una conducta punible.

⁷ Podrán ordenar la exhumación de un cadáver la autoridad judicial, la canónica y la administrativa. La orden judicial o la autorización canónica para exhumar no eximen de obtener la autorización administrativa que compruebe las condiciones higiénico-sanitarias del cadáver. El artículo 3 del Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria dispone: "La concesión de las autorizaciones sanitarias previstas y, en general, la aplicación de lo dispuesto en este Reglamento se entenderá sin perjuicio de la autorización judicial que pueda ser necesaria, con arreglo a la legislación vigente y de lo establecido por las jerarquías eclesiásticas a efectos religiosos."

⁸ El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de abril de 1999 (R. 2594/1999), no ha dudado en afirmar que los servicios funerarios, pese a su liberalización, no constituyen una actividad empresarial sin más, sino que tienen un alto componente de servicio público con ciertas limitaciones a la libertad de empresa y añade: "en estas condiciones, y sin negar que, habiendo asumido su prestación empresas de carácter privado, dejen de poder reconocérseles determinadas notas (normativa competencial entre las mismas, finalidad de obtención de un lucro, posibilidad de un abanico variable de servicios) que son propias del régimen de mercado comercial y no cabe considerarlos clasificados en la categoría de productos o servicios sometidos a los principios de libertad de empresa, defensa de la productividad y economía de mercado que proclama el artículo 38 de la Constitución."

⁹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 27 de febrero de 2003 (Asunto Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH), declaró: "Las actividades mortuorias y de pompas fúnebres pueden considerarse actividades que responden efectivamente a una necesidad de interés general. Por una parte, tales actividades están relacionadas con el orden público, en la medida en que el Estado tiene un interés manifiesto en controlar estrechamente la expedición de certificados tales como los certificados de nacimiento y de defunción y, por otra parte, motivos evidentes de higiene y de salud pública pueden justificar que, en relación con dichas actividades, el Estado conserve una influencia determinante. La circunstancia de que un ente público territorial esté legalmente obligado a hacerse cargo de las exequias y, en su caso, a asumir su coste, en el

precede a la autorización persigue finalidades varias: garantizar el respeto a los posibles interesados (fallecidos y familiares), observar el cumplimiento de las normas sanitarias vigentes, evitar las exhumaciones ilegales al margen de dicho procedimiento y asegurar el debido proceso documental de las actuaciones practicadas.

Dado que la exhumación, como práctica mortuoria, es actualmente una actividad liberalizada también cuando sea realizada por una persona privada, la Administración Pública actúa de reguladora, supervisora y de garante de que el servicio se ajusta a las obligaciones propias de esta actividad de interés general, con sujeción a los principios de universalidad, accesibilidad y continuidad de los que derivan derechos para los usuarios y obligaciones para los prestadores.

La regulación de la exhumación constituye una actuación materialmente administrativa, confiada a la potestad reglamentaria y principalmente, a las Ordenanzas de policía sanitaria mortuoria y cementerial.¹⁰

III. LA EXHUMACION COMO ACTO DE DISPOSICION SOBRE EL CADAVER O SUS RESTOS

Entre las posibles cuestiones jurídicas a estudiar en torno a la exhumación, nos interesa detenernos en el análisis de la exhumación como acto de disposición sobre el cadáver o sus restos.

1. Su naturaleza y quiénes pueden ejercitarlo

La exhumación es un acto de disposición sobre el cadáver o sus restos normalmente ajeno a la voluntad del exhumado, aunque podría suceder que el difunto dejara dispuesto en su declaración de últimas voluntades o en algún otro documento incluso en la intimidad, su deseo de ser o no exhumado por ejemplo, por motivos de carácter religioso.

supuesto de que nadie se ocupe de ello dentro de un determinado plazo tras la expedición del certificado de defunción, constituye un indicio de la existencia de tal necesidad de interés general," lo que es extrapolable a la exhumación.

¹⁰ Destacan en el pasado, la Real Orden de 5 de abril de 1889 (BOE-A 2443 sobre traslado de cadáveres) al señalar, en el artículo 2, que será condición indispensable que se solicite por el pariente más cercano al difunto o por persona a quien aquél autorice para ello (<http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1889/102/A00119-00119>. Gaceta de Madrid núm. 102, de 12/04/1889, p. 119). La Real Orden de 3 de junio de 1905 extiende esta condición en el caso de religiosos a la Hermandad a la que estos pertenezcan (<http://www.Boe.es/datos/pdfs/BOE//1905/162/A00993-00993>. Gaceta de Madrid núm. 162, de 11/06/1905, p. 993). También según la Orden de 1 de mayo de 1940 (<http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1940/130/A03157-03157>. Boletín Oficial del Estado núm. 130, de 09/05/1940, página 3157) sobre exhumaciones e inhumaciones de cadáveres de asesinados por los rojos corresponde al Superior o Superiora de la Comunidad.

El difunto tiene un derecho personalísimo de disposición sobre su cadáver. Si en vida dispuso su destino, sólo quien él expresamente designase o, en defecto, sus propios familiares o allegados podrán disponer del mismo ejercitando este derecho en su nombre. A pesar de ser un derecho personalísimo, existen límites a ese ejercicio por razones de interés general.

A. Derecho personalísimo de naturaleza privada de carácter moral y afectivo.

El derecho a la disposición del cadáver ha sido una preocupación presente en la comunidad científica de construcción jurisprudencial al hilo de los conflictos de intereses planteados por quienes pretendían hacerlo valer.

Existe la convicción de que su ejercicio corresponde a quienes guardaron una relación de mayor cercanía o proximidad con el fallecido; normalmente, quienes pertenecieron a su núcleo familiar o con quienes mantuvo, probadamente, vínculos afectivos. Un derecho familiar que protege la memoria de la persona fallecida y que permite disponer de su cadáver dentro de los límites que establece el Ordenamiento jurídico (moral, costumbres, sanidad)

La doctrina matiza que el derecho a disponer del cadáver no es asimilable a un derecho de propiedad sobre el mismo, sino el ejercicio de un derecho personalísimo cuyo titular es el difunto actuado por quienes mantuvieron, con él, esa estrecha relación de afecto, apoyo y protección como última manifestación de la consideración, que le profesaron durante su existencia.¹¹

Quienes lo ejercitan en nombre del difunto, lo hacen como titulares de un derecho personal de tipo familiar o afectivo donde quedan patentes los sentimientos más profundos de que quienes le sobreviven y deben darle sepultura o llevar a cabo cualquier otra actuación, relacionada con el hecho de la muerte.¹² CASTAN TOBEÑAS¹³ lo define

¹¹ La “pietas familiar” apela a una conducta respetuosa del individuo sobreviviente con el difunto, a una exigencia proveniente del orden divino y que coincide con una marcada actitud de rectitud que abarca un triple deber de enterrar a los muertos, mantenerlos enterrados y de honrar su memoria. DONOSO JOHNSON. P. (“El culto privado en la religión romana: Lares y penates como custodios de la pietas familis”, Revista electrónica Historias del Orbis Terrarum nº 3, Santiago, 2009, p.12) la engloba en un sentimiento amplio que impulsa al cumplimiento de todos los deberes para con la divinidad, los padres, la patria, los parientes, los amigos al igual que lo hace TRISCIUOGLIO.A. “Dispersione delle ceneri del cadavere: considerazioni Romanistiche in margine a Mod. 8 resp. D. 28.7.27” en “Aequitas sive deus,” Studi in onore di Rinaldo Bertolino, II, Torino, 2011, 1520-1529, p. 26.

¹² ENRIQUEZ SORDO. J (¿Existe un derecho de disposición sobre el cadáver? Un estudio desde la realidad cubana en los ámbitos del Derecho Civil y la Bioética” IDIBE, Valencia, 2017) señala: “El derecho de los familiares, al recaer sobre un cadáver ajeno, sale fuera de la sede de los derechos personalísimos. El derecho sobre el cadáver, a mi modo de ver, responde a un fin moral especial: no dejar desatendido el cuerpo de un ser querido, que tiene un vínculo tan estrecho y valioso con nosotros como es la sangre, o la proximidad de los afectos en los afines.”

como un derecho “sui generis” de carácter moral y afectivo cuya exteriorización es una suerte de tutela sobre el destino de los restos de la persona fallecida, orientada a la mejor conservación de los mismos y, especialmente, destinada a perpetuar su memoria y a mantenerla viva en el seno de la familia y de la sociedad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 7 de junio de 2000, también lo califica dentro de esta categoría.¹⁴

Determinar a quién corresponde ejercitar este derecho, en caso de conflicto, dentro de ese círculo familiar o de allegados que pugnan por disponer del cadáver, es función del juez civil sin perjuicio de que también pueda plantearse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como cuestión prejudicial. El Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, en sentencia de 19 de enero de 2009,¹⁵ expresa claramente este criterio competencial general y preferente al señalar: “la cuestión civil que puede subyacer en este caso no es incumbencia de la Administración sanitaria. Por ello todas las alegaciones del apelante, relativas a la existencia de la oposición de otros familiares, o atinentes a la voluntad del finado y de sus hermanos y de su última pareja estable, no tienen cabida en este orden jurisdiccional. No puede pretenderse que ni la Administración primero ni el juzgado de lo Contencioso-Administrativo ni este Tribunal de Justicia realicen declaraciones sobre el mejor derecho de unos u otros a decidir el destino del cadáver fallecido, pues es una materia ajena a nuestro cometido. No se trata de revisar aquí el acierto de la decisión que en su día se tomó por los hermanos ni tampoco la corrección de la pretensión actual de la actora, pues no es éste, repetimos, el orden jurisdiccional para ello. Se trata de revisar la legalidad de la actuación administrativa.”

Aunque exista en la normativa¹⁶ una ordenación preferible de unos sujetos sobre otros para ejercitar el derecho de disposición sobre el cadáver, cuando no exista regulación

¹³ “Derechos de la personalidad,” Ed. Reus, Madrid, p. 42.

¹⁴ R. 325/2000.

¹⁵ R. 31/2009.

¹⁶ Sirvan de ejemplo de normativa vigente, el Reglamento de Policía Mortuoria de Extremadura, de 19 de noviembre de 2002, en el artículo 44, señala que la autorización para las exhumaciones de cadáveres se solicitara por el pariente o persona más allegada al difunto. También, la Ordenanza reguladora de los Servicios funerarios y del Cementerio de San Fernando, de 23 de noviembre de 2004, en el artículo 12, se refiere como personas legitimadas para formular la solicitud de exhumación:- al cónyuge del difunto, no separado legalmente, como por los parientes por consanguinidad, siguiendo el orden previsto en el Código Civil para la sucesión intestada. - Si el fallecido era soltero, viudo o estaba separado legalmente, la solicitud podrá ser formulada tanto por la persona que conviviere con aquél, como por los parientes por consanguinidad, siguiendo el orden previsto en el Código Civil para la sucesión intestada, asumiendo el declarante la responsabilidad derivada de la manifestación expresada. - Si el fallecido no convivía con nadie, no tenía cónyuge y tampoco parientes, la solicitud de exhumación podrá ser formulada por cualquier persona que, como consecuencia de un vínculo con aquél, asuma la responsabilidad de su

expresa compete a los jueces determinar a quién corresponde este derecho, concluyendo que le concierne a quien mantuvo con él una relación afectiva, de protección más inmediata, estrecha, incluso cuando esa relación con el fallecido es voluntaria y no necesariamente biológica.

La jurisprudencia se aparta de las normas para la sucesión intestada para dirimir este tipo de conflictos y se decanta por el criterio de la cercanía y la atención al difunto de quienes se preocuparon y ocuparon de él. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en sentencia de 2 de febrero de 2001,¹⁷ fundamenta la negativa a aplicar las normas para la sucesión intestada en el hecho de que el cadáver del difunto no es un bien material apropiable como los derivados de la herencia “siendo, perfectamente ajustado a la costumbre... que cuando fallecen personas casadas, sean sus cónyuges, con los que el difunto decidió unirse en vida quienes procedan, como familiar más allegado al producirse el fallecimiento, a la inhumación del cadáver” frente a la preferencia mostrada por otros parientes como pudieran ser los padres. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de León, en sentencia de 8 de junio de 2001,¹⁸ elige a quien en vida mantuvo una posición más cercana con la persona fallecida justificándolo “en el respeto a la dignidad humana, que conforme al artículo 10.1 de la Constitución, conforma unos de los fundamentos del orden político y de la paz social, y que incluso trasciende de una persona fallecida a través de aquellos con quienes antes de su muerte ha mantenido los vínculos más estrechos de unión y afectividad.”

La jurisprudencia¹⁹ introduce, para quienes pretenden hacerlo valer, un límite al derecho de disposición sobre el cadáver a través de la teoría del abuso del derecho. El ejercicio de este derecho deberá ajustarse a las reglas de la buena fe, prohibiendo el abuso de quienes esgriman algún título para solicitar la exhumación del fallecido (artículo 7 del Código Civil) si se probara que, únicamente, les mueve la finalidad de causar gratuitamente un daño al difunto o a quienes se oponen, en cuyo caso tal ejercicio constituiría un abuso de derecho y una falta de respeto a la dignidad del fallecido.

2. Excepciones a su ejercicio personalísimo

declaración y de la exhumación. - La condición de cónyuge, pariente o compañero del fallecido, se reconocerá y declarará en la instancia formulada en el Servicio del Cementerio. - Las declaraciones realizadas por los solicitantes de la exhumación, serán título suficiente para proceder a la misma, asumiendo los declarantes las responsabilidades de todo tipo que pudieran derivarse de los datos aportados y de su vinculación con el difunto.

¹⁷ N° de recurso 2288/2000.

¹⁸ N° de recurso 595/1999.

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 17 de enero de 2000, R. 17/2000.

Aun siendo el derecho de disposición sobre el cadáver un derecho personalísimo de naturaleza privada cuyo ejercicio corresponde a los particulares próximos al difunto, existen supuestos en los que el derecho de disposición compete a la autoridad pública porque así lo disponen las Leyes.

En relación a la exhumación, corresponde ejercitarlo a la autoridad pública cuando resulta instrumental en un proceso judicial o en un procedimiento administrativo.

Concretamente, la competencia para exhumar puede corresponder al juez cuando la exhumación se integra en un procedimiento judicial de carácter civil (derecho a la filiación, niños robados) o penal; a la autoridad eclesiástica, principalmente en los procesos de causas santas cuando se pretende la beatificación o la canonización de un Siervo de Dios y a la Administración Pública cuando está autorizada legalmente por causas diferentes: a) urbanísticas, como el cierre o traslado de cementerios o la necesidad de ampliar un cementerio porque se queda pequeño o precisa una remodelación. b) cementeriales, como la declaración de ruina de la sepultura por el paso del tiempo o por fenómenos externos que le hacen perder su funcionalidad; o como el vencimiento del plazo de la concesión. c) Por razones culturales, con utilización de las técnicas de intervención arqueológica. d) En cumplimiento de la Ley de Memoria histórica.

En todos estos supuestos, aunque existe un componente de interés público que legitima a la autoridad pública a exhumar, el ejercicio de la potestad incide en el derecho personalísimo del difunto y en el derecho personal del círculo familiar a disponer del cadáver, lo que hace conveniente una valoración de las voluntades en juego.

IV. EL VALOR DEL CONSENTIMIENTO EN LAS EXHUMACIONES DE LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA

La Ley 52/2007 de Memoria Histórica, de 26 de diciembre, introduce una nueva causa para la exhumación, al regular la colaboración de las Administraciones públicas con los particulares en la localización e identificación de víctimas desaparecidas violentamente «durante la Guerra Civil o la represión política posterior cuando se ignore su paradero (artículo 11º).

La exhumación se contempla, en este caso, como derivación del derecho individual a la memoria personal y familiar que reconoce la Ley citada a los descendientes, principalmente. Con esta actual causa, la exhumación adquiere un nuevo significado respecto a su concepción tradicional de práctica mortuoria cementerial, al entenderse como un acto reivindicativo de dignificación de la memoria del difunto en manos de la familia o de la comunidad con una connotación solidaria anteriormente inexistente, surgida a finales del siglo XX y comienzos del XXI: se trata de exhumar para, a posteriori,

poder reinar o cremar dignamente cuando el fallecido fue enterrado en circunstancias irregulares.

Las exhumaciones contempladas en la Ley de la Memoria Histórica recaen sobre las personas que, como consecuencia de la Guerra civil, fueron enterradas irregularmente para así determinar su paradero y, una vez localizado, poder darles nueva sepultura conforme a los ritos, creencias o deseos de las familias.

En estos supuestos, la Ley de la Memoria Histórica dispone que el consentimiento de la familia se tendrá en cuenta aunque no será imprescindible;²⁰ concretamente, en el artículo 13 recalca que la existencia de oposición de los descendientes directos de las personas cuyos restos deban ser trasladados sólo deberá ponderarse.

El derecho de disposición sobre el cadáver aparece en la Ley de Memoria Histórica muy limitado al permitir a los familiares o allegados solicitar la exhumación del cadáver pero negándoles que, en caso de oponerse, su negativa tenga efectos obstativos.

La Ley de Memoria Histórica hace prevalecer la voluntad de exhumar por razones de interés general a la voluntad de los familiares que, en ningún caso, podrá impedir su materialización. El valor degradado de la voluntad de los familiares está justificada ya que lo usual es abrir fosas colectivas, en las que resulta extremadamente difícil o imposible discriminar e individualizar los restos localizados, por lo que si alguna familia se opusiera a la exhumación de los restos de su familiar, terminaría por impedir la exhumación de los restos de aquellas familias que si desean hacerlo.

Distinto sería si pudiera conocerse, de antemano, la identidad de la persona inhumada que se pretende exhumar y si está se encuentra inhumada en solitario, en cuyo caso la voluntad de la familia debería poder decidir si quiere o no la exhumación del difunto.

V. UN REAL DECRETO-LEY PARA LA EXHUMACIÓN DE FRANCISCO FRANCO

La posible exhumación de Francisco Franco del Valle de los Caídos ha estado presente con mayor o menor intensidad a lo largo de distintas legislaturas aunque haya sido transcurrida una década desde la promulgación de la Ley de Memoria Histórica, cuando se han adoptado una serie de decisiones jurídicas más comprometidas en esta dirección.

²⁰Nos basamos en 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.

Ya mostramos nuestra opinión²¹ sobre la imposibilidad de exhumarle en base a la citada Ley de Memoria Histórica pues la misma no contempla las exhumaciones de los fallecidos que están enterrados y perfectamente localizados en ciertos espacios monumentales o cementerios, menos aún si quienes tienen derecho a disponer del cadáver se niegan al amparo de las normas vigentes en el Ordenamiento jurídico y a los criterios mantenidos por la jurisprudencia hasta hoy. Y en este sentido, destaca la reciente sentencia del Juzgado nº 2 de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona/Iruña, de 27 de junio del 2018²², en la que se da la razón a la familia puesta a la exhumación ya materializada, por el Ayuntamiento de Pamplona, de los restos del General Sanjurjo, ordenando su restitución a la cripta donde originariamente se encontraban enterrados.²³

Poco antes, el 11 de mayo de 2017, el Congreso aprobó reanudar la aplicación de la Ley sobre la Memoria Histórica incluyendo la exhumación de los restos de Francisco Franco y José Antonio Primo de Rivera 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 y sólo con un voto en contra. La fórmula elegida, la «proposición no de ley» buscaba ser un gesto simbólico de desacuerdo con la política del Gobierno del PP a modo de control de su inacción en este asunto.

Tras el cambio en la Presidencia del Gobierno con Pedro Sánchez Pérez-Castejón en junio de 2018- después de la aprobación por el Congreso de los Diputados de la moción de censura contra Mariano Rajoy- la inequívoca voluntad del Gobierno socialista de exhumar a Francisco Franco no deja dudas tras el Decreto-Ley el 24 de agosto de 2018 (Decreto-ley 10/2018) por el que se modifica, puntualmente, la Ley 52/2007 de Memoria Histórica con este único propósito.

Este Real Decreto-Ley 10/2018 considera imprescindible- como uno de los aspectos destacados de la Ley 52/2007- la retirada de símbolos y monumentos de exaltación de la Guerra Civil y de la Dictadura que chocan frontalmente con los principios que fundamentan nuestra sociedad y nuestro ordenamiento jurídico, mostrando su voluntad de transformar el recinto del Valle de los Caídos en un lugar destinado a honrar y

²¹ Véase mi trabajo “Balance de la Ley de Memoria Histórica,” Revista Española de Derecho Administrativo nº 188, 2017, p. 47- 80.

²² Nº 000139/2018.

²³ El fallo de la sentencia estima el recurso contencioso-administrativo promovido por Dña. Carlota Sanjurjo Prieto y Dña. María Luisa Navascues Aznar contra el Ayuntamiento de Pamplona contra la Resolución de la Alcaldía del Excmo. Ayuntamiento de Pamplona de ocho de noviembre de 2.016, por la que se aprobó de forma definitiva el expediente de clausura de la cripta situada en el Monumento a los Caídos como lugar de enterramiento, que se revoca, y el derecho de los recurrentes en ambos procedimientos a que sean restituidos los restos de sus familiares a la cripta de donde fueron exhumados en ejecución de dicha resolución.

rehabilitar la memoria de los fallecidos en la Guerra y con la represión política posterior y en donde la presencia de los restos mortales de Francisco Franco dificulta el cumplimiento efectivo del mandato legal de no exaltación del franquismo y al propósito de rendir homenaje por igual a todas las víctimas de la contienda. En adelante, dispone que sólo podrán yacer en el Valle de los Caídos los fallecidos en la Guerra Civil y con la represión política posterior y, en consecuencia, el Gobierno se otorga la potestad de exhumar los restos mortales de Francisco Franco a través de un procedimiento singular para la ocasión que se inicia de oficio.

Cambios normativos que corroboran nuestro planteamiento ya que, desde la originaria Ley de Memoria Histórica, la exhumación de Francisco Franco carecía de la cobertura legal necesaria para poder realizarse, habiéndose utilizado un Decreto-Ley para transformar la situación jurídica de quienes, en la actualidad, se encuentran enterrados en el Valle de los Caídos para impedir su permanencia si no fallecieron como consecuencia de la Guerra Civil o de su posterior represión. Esta restricción respecto al ámbito subjetivo de quienes, a partir de ahora, podrán quedarse en el Valle de los Caídos es la clave para legitimar la exhumación de los restos mortales de Francisco Franco que, de otra forma, resultaba legalmente imposible.

Llegados a este punto, corresponde analizar si la utilización del Decreto-Ley es la decisión jurídica correcta para exhumar a Francisco Franco ya que su utilización por el Gobierno no es libre, sino restrictiva al venir condicionada en razón de su naturaleza a las notas de provisionalidad, de excepcionalidad y de contenido al no poder afectar a una serie de materias vetadas de antemano (art.81CE) y valorar su incidencia en el derecho de disposición sobre el cadáver.

El límite de la provisionalidad ha quedado superado con la convalidación del Congreso en septiembre de 2018 por 176 votos a favor (PSOE, Unidos Podemos, ERC, PNV, PDeCAT, Compromís, EH Bildu, Coalición Canaria y Nueva Canarias) y 165 abstenciones (PP, Cs, UPN y Foro) y dos votos en contra del PP.

Más difícil será superar el canon de constitucionalidad desde la nota de la excepcionalidad y desde la posible incidencia en materias que le están vetadas.

1. La concurrencia del presupuesto habilitante para poder dictar el Decreto-Ley: La “extraordinaria y urgente necesidad”

Si fuera impugnado finalmente,²⁴ el control del Tribunal Constitucional deberá recaer sobre si existe o no la “extraordinaria y urgente necesidad” en el momento de dictarlo y sobre si el contenido del Decreto-Ley se adecua a su satisfacción.²⁵

La motivación que proporciona el Decreto-Ley será de gran utilidad al Tribunal Constitucional a la hora de verificar la concurrencia de este presupuesto para, de esta forma, evite inmiscuirse en la función de dirección política del Gobierno centrando su valoración en sí, objetivamente, existen las razones alegadas para justificar su promulgación y si éstas revisten el carácter de “extraordinario y urgente.”²⁶

Cuando se dicta un Decreto-Ley, el Gobierno debe razonar por qué ha adoptado la decisión a través de este instrumento y qué medidas le acompañan, justificando la excepcionalidad que concurre en todas ellas; asimismo debe demostrar la necesidad de adoptarlas con carácter extraordinario a través de un procedimiento legislativo de urgencia²⁷ y dejar meridianamente clara la imperiosa necesidad de intervenir normativamente para que la decisión adoptada y las medidas previstas en él resulten inmediatamente eficaces.²⁸

El Gobierno socialista ha motivado su decisión afirmando que los cambios introducidos en la Ley de Memoria Histórica son de “un inequívoco y extraordinario interés público” en base a dos consideraciones:

Primera, porque obedecen al sentir mayoritario de la ciudadanía expresado a través de la aprobación en el Congreso de los Diputados de la Proposición no de Ley de 11 de mayo de 2017 para la efectiva aplicación y desarrollo de la Ley 52/2007 con un único

²⁴ Por distintos medios informativos, el Partido Popular ha mostrado su intención de recurrir al Tribunal Constitucional el Decreto-Ley de exhumación de los restos mortales de Francisco Franco. La familia ha solicitado al PP que lleve al Constitucional la norma impulsada por el Gobierno de Pedro Sánchez por carecer de la obligatoria “urgencia” que reclama el artículo 86 de la Constitución. La familia se ha dirigido al Defensor del Pueblo con la misma intención y ha anunciado que acudirán al Tribunal de Derechos Humanos si no son atendidos por estas dos Altas instancias.

²⁵ Sentencia nº 332/2005 de 15 diciembre.

²⁶ Las SSTC 29/1982, de 31 de mayo, (FJ 4); 182/1997, de 28 de octubre, (FJ 4); 11/2002, de 17 de enero, (FJ 4), y 137/2003, de 3 de julio, (FJ 3) afirman: “conviene recordar que el examen de la concurrencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma.”

²⁷ La STC 111/1983, de 2 de diciembre, señala: “De lo expuesto se deduce que ni en la exposición de motivos de la norma ni en el debate parlamentario de convalidación ni en la memoria de impacto normativo se indica que tales modificaciones traten de dar respuesta a una situación de naturaleza excepcional o constituyan una necesidad urgente, hasta el punto de que su efectividad no pueda demorarse durante el tiempo necesario para permitir su tramitación por el procedimiento legislativo ordinario, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir o por la necesidad de inmediatez de la medida” (FJ. 6º).

²⁸ STC 182/1997, de 28 de octubre, (FJ 3).

voto en contra, valiéndose de expresiones de “brevedad”, “urgencia”, “carácter preferente” allí contenidas para corroborar lo inaplazable de la decisión.

Segunda, porque dan cumplimiento a los reiterados requerimientos de Naciones Unidas al Estado Español para que justifique las medidas adoptadas en materia de Memoria histórica y regeneración democrática en respuesta a varios Informes de 2011 y 2014 en los que le reprochaba, entre otras cuestiones, no haber implementado las recomendaciones relativas a la retirada de los restos de Francisco Franco en el Valle de los Caídos cuyo enterramiento vinculaba con la exaltación del franquismo, lo que dificultaba consagrarlo como lugar en favor de la paz y la reconciliación. Estas razones calificadas de “inequívoco y extraordinario interés público” justifican, según el Gobierno, la concurrencia de los requisitos de “extraordinaria y urgente necesidad” que le habilitan para dictar un Decreto-Ley.

Sin embargo, las razones alegadas por el Gobierno resultan insuficientes porque sí bien podrían justificar la necesidad, difícilmente podrían considerarla extrema y urgente. En este sentido, el Decreto-Ley no supera el canon de constitucionalidad porque la exhumación de Francisco Franco no constituye una necesidad imperiosa que exija su tramitación por un procedimiento de urgencia sino sólo una necesidad pendiente que el mismo partido en el Gobierno tampoco favoreció cuando gobernó en legislaturas anteriores como él mismo reconoce.^{29 30}

Si bien la referencia al “sentir mayoritario” de la sociedad española a favor de la exhumación, es cierta a efectos de los resultados del cómputo de la citada proposición de Ley, también lo es que el Gobierno subestima la alta abstención de otros partidos que representan a un importantísimo número de ciudadanos, por lo que no resulta un argumento suficientemente sólido; más aún cuando un Decreto-Ley no se dicta para contentar a un sector mayor o menor de la sociedad sino para intervenir en una necesidad que precisa de una rápida respuesta normativa que quedaría insatisfecha,

²⁹ Fue aprobada por el Congreso de los Diputados el 31 de octubre de 2007 durante la presidencia de José Luis Rodríguez Zapatero que tuvo la posibilidad de hacerlo durante la VIII y IX legislaturas con el apoyo de otros partidos.

³⁰ Consciente de esta posible objeción, no duda en afirmar: “Por otra parte, la ausencia de actividad gubernamental previa dirigida al cumplimiento del mandato parlamentario urgente y preferente del año 2017 no impide al ejecutivo usar, en este momento, la legislación de urgencia. En efecto, el hecho de que una situación haya sido tolerada por largo tiempo debido a la inactividad del Gobierno y al desconocimiento de un deber de normación impuesto por las Cortes Generales no es óbice para que se haga frente a la misma por vía de la legislación de urgencia (STC 11/2002, (FJ 7)). La sentencia que cita en apoyo contempla un supuesto en nada asimilable al que nos ocupa, donde la inactividad se ve sacudida por un cambio normativo que produce un vacío que impone medidas inmediatas. Y añade: “El carácter estructural de esta situación no impide que en el momento actual pueda convertirse en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad atendiendo a las circunstancias concurrentes (SSTC 137/2011, (FJ 6); 183/2014, (FJ 5); 47/2015, (FJ 5); 139/2016, (FJ 3) y 61/2018, (FJ 4)”; circunstancias concurrentes y sobrevenidas o inaplazables que, tampoco, se dan en el caso analizado.

truncada o irrealizable de ser atendida por el procedimiento legislativo ordinario. Tampoco parece adecuado que el Gobierno utilice este sentir popular como argumento de peso, convirtiendo a la sociedad en promotora de una voluntad exhumatoria que no le corresponde.

Los requerimientos de Naciones Unidas al Estado español para adoptar medidas tendentes a propiciar, en materia de Memoria histórica, la reconciliación dentro del marco constitucional evidencian nuevamente la necesidad de hacerlo, pero tampoco justifican la urgencia en el sentido requerido por el Tribunal constitucional para legitimar el uso de Decreto-Ley con el fin de atender, paliar o satisfacer una situación “sobreenvenida”, “imprevisible”, “inesperada”, “perentoria” y, en definitiva, “inaplazable.”³¹

La constatación de que el procedimiento para la exhumación de Francisco Franco precisa, más allá de la voluntad del Gobierno, de la concurrencia de otras voluntades (autorización de Patrimonio, autorización municipal, autorización en policía mortuoria, consentimiento de la familia, autorización eclesiástica) algunas de las cuáles podrían obstaculizar su ejecución, evidencia la ausencia de eficacia inmediata de la decisión exigible a este instrumento legal.

Entendemos que el Gobierno no ha demostrado la imposibilidad real de tramitar y aprobar los cambios necesarios para la exhumación de Francisco Franco por el procedimiento legislativo ordinario ni para ajustarse al procedimiento general reglamentario en esta materia; cosa distinta es que lo haya hecho para evitar las posibles dilaciones del procedimiento parlamentario ordinario y para frenar las acciones judiciales de la familia, vía contencioso-administrativa, que cautelarmente sí hubieran podido paralizar la ejecución de la decisión.

³¹ El ATC 43/2014 de 12 febrero señala: “De la nueva ordenación establecida en estos supuestos, no existe ni traza ni rastro alguno de las notas de imprevisibilidad y perentoriedad; no hay ni extraordinaria necesidad ni urgente necesidad. La razón es sencilla: las nuevas reglas jurídicas introducidas por el Real Decreto-Ley a examen carecen de inmediata normatividad o, si se prefiere enunciar la idea en otros términos, su vigencia se reenvía a fechas posteriores a la entrada en vigor de la disposición de urgencia; de ella muy distante. Por ello, estamos ante un supuesto análogo al analizado en la STC 31/2011, de 17 de marzo (FJ 7º), que concluyó afirmando: “Tampoco, en consecuencia, desde el punto de vista de la necesidad de introducir una innovación normativa efectiva (STC 332/2005, de 15 de septiembre, (FJ 7º)), se aprecia la nota de imprevisibilidad que define la existencia de una necesidad extraordinaria a la que ha de hacerse frente a la misma en un plazo más breve del que requeriría la tramitación urgente de una eventual reforma legislativa.” La STC 237/2012, de 13 de diciembre, delimita la diferencia entre eficacia inmediata y ejecución instantánea en un Decreto-Ley y señala: «no debe confundirse eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma. Sólo aquella es un requisito insito en la definición constitucional del Decreto-Ley establecida en el art. 86.1 CE, habida cuenta de que con este instrumento se trata de alcanzar “los objetivos marcados para la gobernación del país” en aquellas situaciones en las que, por concurrir “circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata” (STC 182/1997, de 28 de octubre, (F.J 3º), reiterando una línea doctrinal iniciada en la STC 29/1982, de 31 de mayo, (F.J 6º), en tanto que la celeridad de la completa ejecución estará en función de la naturaleza y complejidad de las propias medidas adoptadas en cada Decreto-Ley para hacer frente a la situación de urgencia».

La alegada “extraordinaria y urgente” necesidad debe resultar coherente, proporcionada y conexas con las medidas arbitradas por el Gobierno para la consecución del fin propuesto: evitar que permanezcan en el Valle de los Caídos personas no fallecidas con ocasión de la Guerra civil y represión posterior. Sin embargo, tampoco el Decreto-Ley satisface estas exigencias.

En primer lugar, por no existir coherencia, proporcionalidad y conexión entre la decisión anterior y el procedimiento único y singular previsto y dirigido a exhumar a Francisco Franco -Disposición adicional sexta bis o procedimiento para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16. 3 de esta Ley del Decreto-Ley- con omisión de las otras restantes personas allí enterradas que, legalmente, tampoco deberán permanecer en el Valle de los Caídos para las que no se regula ningún procedimiento exhumatorio.

En segundo lugar, porque las distintas actuaciones previstas para materializar la exhumación de Francisco Franco carecen, como hemos señalado, de la inmediatez imprescindible, lo que se advierte cuando en el mismo procedimiento se determina un plazo de caducidad de 12 meses- computado desde el acuerdo de iniciación-, muy superior al plazo general de caducidad.

La potestad de exhumación del Gobierno lo es para un caso singular, lo que pone en alerta sobre su incorrección ya que la utilización del Decreto-ley para normar una situación singular y concreta contradice las notas de generalidad y abstracción que deben tener las normas generales y que también resulta exigible a este Decreto-Ley. Éste comienza regulando, con generalidad, el cambio sobre quienes pueden ser enterrados y permanecer en el Valle de los Caídos para, a renglón seguido, ocuparse únicamente de la exhumación de uno de ellos.

Si para el Gobierno resultaba inaplazable intervenir por medio de un Decreto-Ley el particular caso de la exhumación de Francisco Franco relegando las otras exhumaciones, esta otra excepcionalidad- añadida a la que constituye su presupuesto habilitante de extrema y urgente necesidad- debiera haber sido muy bien justificada para evitar toda sombra de sospecha de que su utilización pueda constituir un abuso de derecho.³² De no mediar esta justificación, como así sucede, el procedimiento de exhumación contemplado vulnera abiertamente la Disposición Adicional 6ª bis del Real

³² Como venimos indicando, la jurisprudencia señala la necesidad de hacer un uso del derecho a solicitar la exhumación conforme a las reglas de la buena fe, prohibiendo el abuso del derecho. Destaca, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de marzo de 2006 donde se afirma que un posterior traslado del difunto sería posible “siempre que sea por causa justificada y ello porque es una creencia profundamente arraigada en nuestra civilización por razones religiosas culturales e incluso de sanidad pública, que una vez producido el enterramiento no ha de procederse a la exhumación de los cadáveres y al traslado de los restos, sin un motivo o causa justificada puesto que la decisión tomada de forma caprichosa o arbitraria o el solo fin, como parece en el presente caso, de causar un daño moral a los padres del difunto, integraría un supuesto claro de abuso de derecho, expresamente proscrito por el artículo 7.2 del Código Civil.”

Decreto Ley 10/2018 en relación con el modificado apartado tres del artículo 16 de la propia Ley, en la medida que no prevé un procedimiento común y único para todos los enterrados en el Valle de los Caídos, sino un procedimiento singular carente de motivación; en definitiva, un procedimiento de estructura singular en atención al destinatario, dictado en atención a un supuesto de hecho concreto que se agota con su aplicación y cuya legalidad resulta cuestionable.

2. Afectación de derechos por el Decreto -Ley de exhumación de Francisco Franco

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales vedados al Decreto-Ley hay que detenerse en el derecho a la tutela judicial efectiva, en el derecho a la dignidad del fallecido, en el derecho a la intimidad familiar, en el derecho al honor y en el derecho a la libertad religiosa.

A. El derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE)

El resultado de la potestad de exhumación otorgada al Gobierno por Decreto-Ley es eliminar el derecho personal de la familia a actuar el derecho personalísimo del difunto de disposición sobre su cadáver, quedando reducido a poder accionar jurídicamente con importantes recortes. Quizás lo que verdaderamente subyace, detrás de la declaración de “utilidad pública e interés social” de la inmediata exhumación y del traslado de los restos mortales de Francisco Franco con este procedimiento singular, es una expropiación de facto del derecho de disposición de la familia sobre el cadáver.

Y mantenemos esta afirmación porque la regulación efectuada determina la imposibilidad para la familia de defenderse judicialmente con la misma intensidad que cabría hacerlo en un proceso contencioso administrativo, teniendo que confiar su tutela al criterio de los órganos legitimados para la interposición del recurso de inconstitucionalidad que podrán decidir hacerlo o no hacerlo.

El Gobierno vulnera con ello la dimensión individual del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuyo ejercicio corresponde a la familia, impidiéndole acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar cautelarmente la paralización de la exhumación mientras recae la decisión judicial de fondo sobre la conformidad o no a Derecho de las actuaciones practicadas, sacrificando el pleno control de la legalidad de las actuaciones administrativas que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el canon de constitucionalidad del art. 24.1 CE relativa a la ley singular cuando “encierra una actividad materialmente administrativa de aplicación de la norma al caso concreto” con afectación de los derechos o intereses legítimos a los que

el precepto constitucional citado presta cobertura, sería extrapolable a un Decreto-Ley singular como el dictado para la exhumación de Francisco Franco.³³

El hecho de que, en el Decreto-Ley, se afirme que “el procedimiento tiene en cuenta los intereses de los afectados, tanto públicos como privados, y garantiza su derecho a ser oídos, su participación en el procedimiento y los recursos contra las actuaciones administrativas ante los órganos jurisdiccionales ordinarios competentes” resulta ser una verdad a medias pues la familia sólo podrá recurrir el acuerdo final de exhumación en el que cualquier medida cautelar o recurso resultaran ilusorios dada la intención del Gobierno de materializarla sin dilaciones.

En definitiva, nos encontramos ante un Decreto-Ley de contenido autoaplicativo que, además de mermar las garantías judiciales de la familia, genera una manifiesta situación de desigualdad con las otras obligadas exhumaciones a practicar para dar cumplimiento al nuevo supuesto habilitante de la Ley de Memoria Histórica.

B. El derecho a la dignidad del fallecido (art. 10.1 CE).

La Constitución Española consagra la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes. La dignidad de la persona conlleva la posibilidad para cada individuo de determinar libremente su vida de manera consciente y responsable y para obtener el respeto de los demás.³⁴

En términos generales, en uso de esa libre y responsable determinación cualquier individuo puede decidir si quiere o no quiere ser exhumado, como manifestación del derecho personalísimo que le asiste a disponer de su propio cuerpo. Respetar esa voluntad personal de ser o no ser exhumado constituye una manifestación del respeto a la dignidad de la persona que no acaba con la muerte, pues ésta trasciende a la muerte corporal.

El Tribunal Constitucional considera que “la dignidad es un valor espiritual y moral” que no se agota con la muerte cuando desaparece la corporeidad del individuo, sino que

³³ Sentencia 129/2013, de 4 de junio (RI nº 5753/2002).

³⁴ STC 50/1985, de 11 de abril de 1985 (RI nº 800/1983 (FJ. 8º)). RODRÍGUEZ PATRÓN. P. (“La «ley singular» como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática”, Revista de Derecho Político nº 99 UNED, 2017, págs. 167-197) explica como la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha ido formando con algunos vaivenes, fruto de la atención a las características concretas de cada proceso aunque, con carácter general, para el Tribunal Constitucional, es ley singular toda aquella que, en primer lugar, despliega su regulación sobre una materia que, al menos en apariencia, sería más propia de un reglamento o de un acto administrativo, bien por tratarse de una norma singular o concreta (o las dos cosas a la vez), bien porque con ella se aborde una cuestión previamente regulada en una norma reglamentaria, o bien, finalmente, porque conforme a la cultura jurídica y práctica de nuestro ordenamiento jurídico se considere que el objeto tratado pertenece materialmente al ámbito propio del Ejecutivo o de la Administración.

también abarca a los valores interiores, íntimos y profundos que la persona profesó mientras vivió y que el Ordenamiento jurídico debe proteger. En parecido sentido, la Audiencia Provincial de Málaga, en sentencia de 20 marzo de 1999,³⁵ considera que el hecho biológico de la muerte y declaración de fallecimiento cosifica a la persona como cadáver pero no lo vacía del rasgo de dignidad humana ni desvirtúa los deberes que su comporta su tutela y entiende que “el deber de respeto al difunto se expresa de fondo como dignidad humana.” Desde este planteamiento, exhumar a una persona en contra de su voluntad podría considerarse un acto atentatorio a su dignidad. En cambio no lo sería, si esa voluntad propia no consta y la decisión de exhumar proviene de quienes pueden disponer legalmente del cadáver, salvo que quedara probado que quienes pretenden exhumarle les mueve un ánimo desviado, constituyendo el ejercicio del referido derecho un abuso de derecho.

Podría ser atentatorio de esa dignidad del fallecido si se oponen a ello quienes pueden disponer del cadáver y no existe nadie con mejor derecho ni un interés público superior legalmente admitido pues, en definitiva, se estaría vulnerando la dignidad del fallecido, representada por quienes la actúan en su nombre.

Al margen de las exhumaciones practicadas en el ámbito de lo privado y en el recinto cementerial, la exhumación puede obedecer a otras causas en las que se entremezclan intereses privados y públicos. Sucede cuando la exhumación alcanza un nuevo significado de dignificación de quienes fueron enterrados en circunstancias irregulares y en la que la entrega de los restos a sus familiares es el presupuesto para satisfacer el derecho a la digna sepultura, indisociablemente unido a la dignidad del ser humano. El Juzgado de 1ª Instancia de San Lorenzo del Escorial, en el Auto de 30 de marzo de 2016, afirma: “El derecho a la entrega de los restos deviene del derecho a digna sepultura. La digna sepultura tras la muerte de la persona (con independencia de la forma en que se ha producido) es un derecho personal e inviolable a todo ser humano (conforma parte de los derechos humanos a los que el Ordenamiento jurídico español se somete).” En este particular supuesto, la satisfacción del derecho a la digna sepultura conlleva la exhumación del cadáver o de sus restos, por lo que la exhumación resulta indispensable para preservar la dignidad del fallecido.

El legislador, desde siempre, ha permitido exhumar a la Administración cuando existiesen razones de interés público justificadas, previamente determinadas. La Ley de Memoria histórica, modificada por el Decreto-Ley, al reconfigurar quienes podrán yacer en el Valle de los Caídos añade una nueva causa de exhumación a las ya existentes, que permite retirar los enterramientos de quienes no encajan en el nuevo supuesto de

³⁵ R. 234/1999.

hecho. La reconfiguración de este recinto como lugar de concordia y reencuentro pasa por trasladar los restos mortales de Francisco Franco para que deje de considerarse un espacio de exaltación del franquismo, propósito que se califica de inequívoco interés público.

Desde estas premisas y al no tener constancia documental de la oposición del propio Francisco Franco a ser exhumado ni siquiera de su previa voluntad de ser enterrado en el Valle de los Caídos, su exhumación no constituiría una lesión a su dignidad salvo que la familia pudiera probar, de alguna manera, esta oposición. Pese a ello, cualquier decisión relativa a la exhumación de un difunto debería tener en cuenta, como señala la Audiencia Provincial de León en sentencia de 8 de junio de 2001, que “el respeto a la dignidad humana trasciende a la persona fallecida a través de aquellos con quienes, antes de su muerte, mantuvo los vínculos más estrechos de unión y afectividad” y, en consecuencia, el consentimiento de la familia merece un valor destacado.

En este sentido, el uso del Decreto-Ley como técnica jurídica para exhumar a Francisco Franco creando ex profeso un procedimiento singular para desapoderar a la familia de las potenciales acciones judiciales con las que tratar de evitar la exhumación podría articularse, por la defensa, como un claro abuso de derecho y como una actuación cercana a un agravio a la dignidad del fallecido.

C. El derecho a la intimidad familiar (art. 10.1 CE)

El derecho a disponer del cadáver o de sus restos, para su inhumación o para cualquier otro destino, forma parte del contenido del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Este derecho a la vida privada y familiar no tiene por titular al fallecido sino a sus familiares o allegados frente a intromisiones o injerencias de terceros que les impidan vivir conforme a sus propias convicciones o costumbres el respeto a la “memoria” del difunto.³⁶

Aun cuando nuestros Tribunales muestran un criterio restrictivo a la hora de entender vulnerado este derecho, sí estiman que hay vulneración cuando la injerencia producida trasvasa el círculo de intereses del difunto y termina repercutiendo en la consideración que el núcleo familiar o próximo mantiene del fallecido.

Desde esta perspectiva, una exhumación realizada por un tercero que, sin causa lícita, impida al círculo íntimo disponer del difunto o de sus restos según sus convicciones más íntimas podría constituir una violación del derecho a la intimidad

³⁶ALONSO PÉREZ. M. “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación” <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>, p. 13.

familiar, al considerarse la sepultura el último vestigio de conexión entre aquél y la familia.

También resultaría vulnerado este derecho, si durante una exhumación con causa legal, se permitiesen intromisiones de terceros a través de actuaciones de signo distinto (filmación, fotografía del acto de la exhumación, insultos vociferados u otras acciones difamatorias) que lesionaran los sentimientos y los valores más íntimos del núcleo familiar respecto a la memoria del difunto.

La familia de Francisco Franco no podría argumentar que lesiona su derecho a la intimidad familiar al estar legitimada la exhumación en el referido cambio normativo, sin perjuicio de poder alegar, en otro procedimiento distinto, la reclamación económica por los perjuicios morales derivados de una actuación que contraviene sus principios y valores más íntimos o en la cual no se hayan adoptado, con éxito, todas las cautelas necesarias para evitar o reprimir actuaciones que, por ser atentatorias a la memoria del fallecido, también les afectan como gestores de la misma.³⁷

D. El derecho al honor (artículo 18.1 CE)

El derecho al honor³⁸ de una persona puede ser vulnerado en vida y tras su fallecimiento. La tutela post mortem del honor del fallecido corresponde accionarla a los familiares o aquellas asociaciones o colectivos, legalmente reconocidos, que tengan dentro de círculo de sus intereses velar por la protección del honor de alguna persona o grupo.

El derecho al honor tiene un doble alcance: subjetivo, relativo a la estima que cada persona tiene de sí misma y objetivo, basado en el reconocimiento de los demás de nuestra dignidad (STS de 23 de marzo de 1987).³⁹

En términos generales, una exhumación no tiene por qué ser contraria al honor del fallecido cuando se practica de conformidad a Derecho y sin ánimo ofensivo. Sin embargo, para algunos la exhumación de Francisco Franco resulta polémica al constituir una ofensa de una persona históricamente relevante cuya exhumación se instrumenta como un acto de descredito. Probablemente y con la finalidad de atenuar este

³⁷DE CUPIS (“I diritti della personalità,” en Trattato de Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1982, 2ª ed., p. 259) considera que, aun cuando los hechos son públicos y notorios y la reputación de una persona esta maltrecha, no es posible causar más ruina que la que hay, pero sí puede añadir ofensas a esa mala reputación con consecuencias nocivas para los sentimientos morales (incluso para los intereses patrimoniales) de familiares pues la memoria de cualquier difunto es hija de su dignidad e incluso las personas “más degradadas y envilecidas” conservan un “oasis de dignidad”, que no es lícito profanar, ofender ni lesionar (STS de 7 diciembre 1984 , R. 1714/1984 de la Sala de lo Penal).

³⁸ El desarrollo de la protección de estos derechos lo efectúa, principalmente, la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

³⁹ R. 2029/1987.

descrédito, la familia ha comunicado al Gobierno, en el caso de que prospere el procedimiento de exhumación, su deseo de que en posterior inhumación en la cripta de la Catedral de la Almudena, ésta vaya precedida de las honras fúnebres y oficios religiosos previstos en el Real decreto 684/2010 de 20 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de honores militares en atención a su gradación militar.⁴⁰⁴¹

La Fundación Franco⁴² se ha querellado recientemente contra Wyoming, Dani Mateo y la cadena de televisión la Sexta por vulnerar el honor de Francisco Franco y "humillar" con su parodia a quienes se oponen a la misma, considerando la emisión como "una incitación al odio".

E. El derecho a la libertad religiosa (Arts. 14 y 16 CE).

Las formas de afrontar la muerte se canalizan a través de los ritos funerarios donde quedan reflejados los sentimientos íntimos de los supérstites y de la comunidad a la que pertenece el fallecido respecto a los valores más profundos sobre la propia existencia.

En los artículos 14 y 16 de la Constitución Española se establece el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y a la no discriminación por religión, opinión, etc., garantizando el ejercicio de la libertad religiosa, ideológica y de culto de los individuos y de las comunidades, sin más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

⁴⁰ Como General de División, le correspondería de acuerdo con esa normativa, un piquete de honores -unos diez militares- "con Bandera, banda y música con la interpretación del himno nacional completo, arma presentada y una descarga de fusilería", concreto, trece salvas. Como Jefe del Estado Mayor del Ejército, le corresponderían diecisiete salvas y en el supuesto de honores fúnebres, las armas de los piquetes que acompañen al féretro deberán llevar los fusiles 'a la funerala', con la bocacha apuntando al suelo y al lugar que se señale para la despedida del duelo, desfilarán ante los restos mortales las fuerzas de escolta y la guardia de honor que acompañará a los restos mortales hasta su inhumación."

⁴¹ Según <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/defensa/orden>, Margarita Robles considera que el papel del Estado termina en cuanto el cuerpo sea entregado a la familia y, en consecuencia, Francisco Franco no le corresponde recibir honores militares.

⁴² La Fundación Nacional Francisco Franco (FNFF) fue constituida por 226 Fundadores el 8 de octubre de 1976, ante el Notario de Madrid D. Alejandro Bérnago, apenas un año después de la muerte. Goza de personalidad jurídica como institución cultural, sin que su actividad u objetivos sean de adscripción política o partidista en modo alguno. Los fines de la Fundación, de acuerdo con sus Estatutos, son: a) Difundir y promover el estudio y conocimiento sobre la vida, el pensamiento, el legado y la obra de Francisco Franco Bahamonde, en su dimensión humana, militar y política, así como sobre las realizaciones de los años de su mandato como Jefe del Estado Español, Capitán General y Generalísimo de los Ejércitos. B) Difundir y promover el estudio y conocimiento del Estado que rigió los destinos de España entre los años 1936 y 1977. c) El fomento y desarrollo de la educación, la investigación científica y técnica y de cualesquiera otras actividades culturales. d) La defensa de los fines anteriores tanto ante los medios de comunicación como ante las diversas administraciones públicas o instando la tutela efectiva ante la jurisdicción correspondiente (Información extraída de www.fnff.es).

El derecho del fallecido y de sus familiares a recibir unos servicios funerarios de acuerdo con sus convicciones existenciales (religiosas, filosóficas o culturales) dentro de los límites establecidos por el marco legal vigente, está garantizada como una dimensión más de la libertad religiosa, en su dimensión externa de libertad de culto.

De acuerdo la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio,⁴³ el derecho al culto conlleva recibir sepultura digna y celebrar sus propios ritos. La libertad de culto impone, por lo tanto, respetar aquellas convicciones sobre las diferentes prácticas funerarias en torno al cadáver que profese el difunto o la familia cuando consten indubitadamente. En el caso de que las susodichas prácticas puedan contravenir la normativa sobre policía sanitaria mortuoria, las prescripciones impuestas en la legislación sectorial pueden ser invocadas como un límite de orden público al que la libertad de culto estaría subordinada.⁴⁴

La exhumación, en sí misma, no constituye un acto de culto pero puede incidir en el derecho del fallecido a una sepultura digna o en el derecho de su círculo próximo a venerar la tumba que conlleva la posibilidad de visitar dichos restos y honrarlos según sus creencias, lo que sí forma parte de ese derecho al culto; solo desde esta perspectiva, el impedimento o permisión de la exhumación para traslado del cadáver a otro lugar puede constituir, según los casos, una vulneración del derecho fundamental al culto.

Para concluir si se ha producido una vulneración o no al referido derecho, debe tenerse en cuenta la profesión religiosa del difunto o de la familia y no la interpretación subjetiva que éstos mantengan sobre esta práctica. En este sentido, como la exhumación está permitida desde la Iglesia católica, creemos que la exhumación de Francisco Franco no podría vulnerar este derecho, más aún porque la familia tiene la posibilidad de elegir su destino y allí poder dar continuidad a los ritos que profesen.

3. El Decreto-Ley y su posible incidencia en competencias no autorizadas

La afirmación contenida en el Decreto-Ley en la que, para dar cumplimiento al apartado del artículo 16 de la Ley de Memoria Histórica, se incorpora una Disposición Adicional sexta bis donde se articula un procedimiento de exhumación y traslado de Francisco Franco “legitimando al Consejo de Ministros para su incoación y resolución,”

⁴³ Desarrollada por el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas y el RD 1980/1981, de 19 de junio, sobre constitución de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

⁴⁴El Tribunal Constitucional mantiene una interpretación restrictiva de la cláusula de orden público, atendible sólo cuando conste en sede judicial la existencia de un peligro real, no hipotético para la seguridad, la salud o la moralidad públicas, tal y como dispone en su sentencia de 15 de febrero de 2001 (STC 46/2001) en idéntico sentido a la Recomendación del Parlamento Europeo al Consejo, de 13 de junio de 2013, sobre el proyecto de Directrices de la UE sobre promoción y protección de la libertad de religión o creencias (2013/2082(INI)).

alimenta la duda sobre si la legitimación para exhumarle es atribuida al Gobierno precisamente por carecer, originariamente, de ella.

Y, así, podría interpretarse en base a varias circunstancias:

Primera: La materia sobre Policía sanitaria mortuoria está incluida en el título competencial más amplio “Sanidad e Higiene,” y corresponde a las Comunidades Autónomas de acuerdo con el artículo 148. 21º de la Constitución Española y con los diversos Decretos de transferencias, a favor de ellas. Las distintas prácticas sobre el cadáver- incluida la exhumación- entran dentro de este título competencial sin olvidar que como, generalmente, éstas se realizan en el recinto cementerial, también las Administraciones locales son competentes para regularlas en estos espacios. Por ello, la exhumación de cadáveres viene siendo prestada por la Administración municipal en el ámbito de los denominados servicios públicos locales pues, de conformidad con el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, son servicios públicos locales los dirigidos al cumplimiento de los fines de la competencia de las Administraciones locales y, entre esas competencias, figura como propia la de “cementerios y actividades funerarias” (artículo 25.2 k) LBRL), siendo la actividad de cementerio una competencia mínima obligatoria en todos los Municipios (artículo 26.1 a) LBRL). También la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad reconoce la competencia local sobre el “Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria.”⁴⁵ Desde estas premisas, la atribución del Gobierno para ser él quien exhume a Francisco Franco podría presentar ciertas objeciones.

En contra podría esgrimirse que, en esta concreta exhumación, las competencias en policía sanitaria mortuoria se desvanecen por la específica situación del cadáver de Francisco Franco- enterrado hace más de cuarenta años y embalsamado- constituyendo una injerencia más nominal que real pues, difícilmente, podría originarse un problema sanitario, razón probable por la cual al Real Decreto-Ley le parece suficiente solicitar un informe al órgano de la Comunidad Autónoma competente en materia de sanidad mortuoria al que califica de “no vinculante,” lo que, nuevamente, podría resultar discutible.

Dudosa resulta también la competencia del Gobierno para regular el procedimiento de exhumación, al margen del procedimiento habitual previsto en las normas autonómicas y locales, en base a la competencia estatal sobre “el procedimiento administrativo común”

⁴⁵Todo ello sin perjuicio de la competencia estatal por razones estrictamente “sanitarias.” Así se reconoce en STC 4/1981, de 2 de febrero (RI.186/1981) señalando: “La Base 33, párrafo segundo, de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, que establece la competencia de la Administración del Estado en materia de cementerios públicos y privados, no puede calificarse de inconstitucional por cuanto no puede afirmarse que no concurren razones sanitarias que excedan del estricto ámbito de los intereses peculiares de los entes locales. Las competencias municipales en esta materia no tienen así que excluir necesariamente otras competencias concurrentes.”

con un resultado tan paradójicamente opuesto: un procedimiento singular con destinatario individual que ignora al resto de quienes también debieran ser exhumados.⁴⁶

Segunda: La titularidad estatal sobre conjunto del Valle de los Caídos como bien integrante en el Patrimonio Nacional, su calificación de cementerio estatal y la consideración de los bienes incorporados en él -las sepulturas- de bienes demaniales tampoco justifican la potestad del Gobierno para intervenir en la tumba de Francisco Franco situada un lugar específico, en la Basílica, calificado de “lugar de culto” cuya competencia corresponde plenamente a la Iglesia en todo su interior, lo que le impide poder realizar cualquier actuación - incluida la exhumación- sin la autorización expresa de la Iglesia.⁴⁷Curiosamente, el procedimiento exhumación regulado por el Gobierno, entre los trámites necesarios, omite toda referencia a la autorización eclesiástica que, sin embargo, habrá de constar documentalmente para que la exhumación se ajuste a Derecho.

Incluso en aquellas sepulturas en las que exista un derecho de propiedad a favor del Estado, el derecho de disposición que conlleva la exhumación del cadáver tendrá un límite en el principio de confianza legítima de los familiares, siendo necesario que sean debidamente informados para poder oponerse a la misma y, en su caso, para poder defenderse judicialmente. No hacerlo así vulnera el principio de igualdad entre cadáveres y sus familiares respecto a otros procedimientos de exhumación que siguen los trámites generales.

Tercera. El Ministerio de Justicia,⁴⁸ encargado de activar las actuaciones relativas a la exhumación, ha afirmado en declaraciones a los medios que “la familia no tiene opción” porque el “cuerpo es propiedad del Estado” oponiéndose con ello a la doctrina y a la jurisprudencia más consolidadas que niegan la existencia de un derecho de propiedad sobre el cadáver por parte de la familia lo que descalifica todavía más defender su propiedad a favor del Estado.⁴⁹Declaración jurídicamente incorrecta y poco comedida

⁴⁶Respetando la competencia sustantiva sobre la materia policía sanitaria mortuoria debiera corresponder a estas Administraciones la regulación del procedimiento general para cualquier exhumación a modo de competencia conexas.

⁴⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. A. (“El Valle de los Caídos: memoria y futuro jurídico” comunicación sobre el artículo del mismo autor titulado “El Valle de los Caídos y su régimen jurídico: propuestas para una situación estable”, publicado en la Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, www.iustel.com, n. 28 (enero 2012) extiende la competencia eclesiástica al osario como lugar destinado a la sepultura de los fieles y convertido, por esta razón, en lugar sagrado que habilita exclusivamente a la autoridad eclesiástica competente a decidir sobre los usos que son compatibles o no con ese carácter no sólo cultural, sino sagrado.

⁴⁸<https://www.eldiario.es/.../permiso-familia-Franco-necesario-dictado,03/07/2018>.

⁴⁹ También niega esta consideración ENRIQUEZ SORDO. J. (Ob. cit, p. 81) dice: “En defecto de las personas anteriores nace a favor de determinados sujetos de derecho público o privados en función pública, una potestad que permite disponer sobre el cadáver y sus partes dentro de

que evidencia cierta desconsideración hacia el cadáver, separándose del criterio del Tribunal Constitucional favorable a que los fallecidos gocen de una “particular protección jurídica” por el Ordenamiento jurídico (STC 17 de enero de 2005).⁵⁰

VI. BIBLIOGRAFIA

ASTARLOA HUARTE-MENDICO. A. “Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español”, RAP, nº. 106, 1985. DE LA IGLESIA CHAMARRO.M.A. El Gobierno por Decreto, Pamplona, 1997. DE VEGA GARCÍA. A. “La cláusula “extraordinaria y urgente necesidad” del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española”, Revista de Estudios Políticos, nº 68, 1990. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. A “El Valle de los Caídos: memoria y futuro jurídico” comunicación sobre el artículo del mismo autor titulado “El Valle de los Caídos y su régimen jurídico: propuestas para una situación estable”, publicado en la Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, www.iustel.com, nº28, 2012. MONTILLA MARTOS J.A. “Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 104, 2015, p. 269-295. PALOMAR OLMEDA. A “La urgencia como método: a propósito de la utilización del decreto-ley”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 803, 2010. PULIDO QUECEDO. M “La apreciación de la urgencia y necesidad en los Decretos-leyes”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 20, 2005. RODRÍGUEZ PATRÓN. P. “La «ley singular» como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática”, Revista de Derecho Político nº 99 UNED, 2017, p. 167-197. SALAS.J. “Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español: en torno a la urgencia”, RAP nº 51, 1966, p. 41-96. SANTOLAYA MACHETTI. P. “Veinticinco años de fuentes del Derecho: el decreto-ley”, Revista de Derecho Político, nº 58-59, p. 2003. SORIANO. J. E. “Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española”, en RAP, 100-102, 1983, p. 453.

innegables límites y seguido por determinados principios éticos; pero nunca un derecho de propiedad, no siendo posible aplicar el expediente de la *res nullius*.”

⁵⁰ STC 3/2005.