



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Máster de Acceso a la Abogacía

La exhumación de Francisco Franco:
Una aproximación del Derecho a la vida
privada y familiar para el caso español.

Presentado por:
Soto Moreno, Alejandra

Tutelado por:
Matia Portilla, Francisco Javier

Valladolid, a 13 de enero de 2020.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	2
2.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
3.	ITER PROCESAL DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS CONTRA LA EXHUMACIÓN DE FRANCISCO FRANCO.....	6
3.1.	El procedimiento principal: Recurso Ordinario (C/A) 75/2019.	6
3.2.	Otras reclamaciones relacionadas con el objeto del proceso.....	8
4.	SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO.....	10
4.1.	Alegaciones de la familia Franco.....	10
A)	Inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 10/2018.....	10
B)	Ilegalidad de los Acuerdos y actuaciones del Consejo de Ministros.	10
C)	Fijación de la Cripta de la Catedral de la Almudena como lugar de inhumación de Francisco Franco.....	11
4.2.	Alegaciones de la Abogacía del Estado.....	11
A)	Constitucionalidad del Real Decreto-Ley 10/2018.	11
B)	Legalidad de los Acuerdos y actuaciones del Consejo de Ministros.	12
C)	Fijación del Cementerio de El Pardo-Mingorrubio como lugar de inhumación de Francisco Franco.....	12
4.3.	Posicionamiento del Tribunal Supremo.....	12
4.4.	Posicionamiento del Tribunal Constitucional.....	14
5.	EL TRASFONDO CONSTITUCIONAL.	16
5.1.	Determinación de los intereses en juego: Intimidad personal y familiar.....	16
5.2.	Aplicabilidad del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	18
A)	Persecución de objetivo legítimo.	19
B)	Necesidad en una sociedad democrática.	21
C)	Conformidad con la ley.	24
6.	CONCLUSIONES.....	30
7.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISPRUDENCIALES.....	33

1. INTRODUCCIÓN.

Concluido el año 2019 los medios de comunicación discuten cuál ha podido ser la noticia del año, entre las posibilidades que se barajan hay una que se repite constantemente: La exhumación de Franco. Y es que podrán pasar los años, pero ninguno de los que amanecemos aquella mañana del 24 de octubre pegados a la pantalla, terminaremos de ser conscientes del acontecimiento que vivimos. Más de 40 años después, el que fue enterrado en el Valle de los Caídos como héroe nacional entre multitudes lacrimosas, salía de nuevo sobre los hombros de sus nietos ante una solitaria escalinata donde lo único que rompía el silencio sepulcral eran los *clicks* de las cámaras fotográficas que hasta allí se habían personado para retransmitir en directo.

Dos meses es lo que tardaría el nuevo Consejo de Ministros en aprobar el Real Decreto-Ley que abrió las puertas de la exhumación de Franco, y catorce en ejecutarlo. En este periodo de tiempo hemos visto pronunciamientos del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y hasta el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, frente a un caso mediático que a medida que avanzaba generaba más y más interrogantes.

La realización de una exhumación y posterior reinhumación de un fallecido hace 43 años en contra del expreso deseo de sus familiares más directos, abrió el debate sobre el derecho a la vida privada y familiar, y el hecho de que el difunto se tratara de Francisco Franco Bahamonde, Jefe del Estado español por casi 40 años, que asumió el poder tras la cruenta Guerra Civil del pasado siglo, e instauró un régimen autoritario que pervivió hasta el fin de sus días, convirtió la controversia jurídica en una disputa política donde las inminentes elecciones generales no hicieron sino dificultar cualquier intento de entendimiento.

Con la realización del presente trabajo fin de máster se pretende entrever una posible respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la demanda que, según afirma la familia Franco, se presentará en los próximos meses por la presunta violación del Convenio de Roma realizada por el Estado español. Optando por un especial detenimiento en el estudio del artículo 8 CEDH -Derecho al respeto de la vida privada y familiar-, al entender que se trata de un contenido de reciente definición tanto a nivel nacional (STC 11/2016, de 1 de febrero) como internacional (STEDH de 20/09/2018 en el asunto Solska y Rybicka c. Polonia), que previsiblemente ha dificultado la tajante solución que muchos esperaban de los tribunales españoles en el caso de la exhumación de Franco.

Por todo ello, y entendiendo que los matices políticos van a acompañar siempre el contenido del presente trabajo, aunque no lo queramos, nos disponemos a realizar un dictamen jurídico sobre el caso de la exhumación de Franco, donde exponemos tanto los antecedentes de hecho del que trae causa, como iter procesal seguido ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, y los fundamentos jurídicos en que se basaban tanto los recurrentes como el propio Gobierno, defendido por la Abogacía General del Estado, para concluir, en última instancia, con un análisis más o menos pormenorizado de la incógnita a la que deberá dar respuesta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegado el momento.

2. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO. - Entre el 31 de mayo y el 1 de junio de 2018 tuvo lugar la moción de censura que sustituyó al entonces presidente del Gobierno, D. Mariano Rajoy Brey, por D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón, el cual formó Gobierno y tomó posesión de su cargo el 7 de junio del mismo año.

SEGUNDO. - El 24 de agosto de 2018, a propuesta de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad y de la Ministra de Justicia, y previa deliberación del Consejo de Ministros, se aprobó el Gobierno el Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura. Dicha modificación comprendía dos incorporaciones en la enunciada ley (en adelante Ley de Memoria Histórica):

→ Se añade un apartado 3 al artículo 16, con la siguiente redacción:

«3. En el Valle de los Caídos sólo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda.»

→ Se incorpora una nueva disposición adicional sexta bis donde se establece el procedimiento correspondiente para el cumplimiento de lo dispuesto en el anterior dicho artículo 16.3.

TERCERO. - El 31 de agosto de 2018 el Consejo de Ministros acuerda el inicio del procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 16.3 de la Ley de Memoria Histórica, comenzando por la exhumación y traslado de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde, para lo cual se concede un plazo de 15 días hábiles a la familia y demás interesados a fin de que se personen y realicen las alegaciones que consideren oportunas.

CUARTO. - En la Sesión plenaria núm. 140 del Congreso de los Diputados, celebrada el 13 de septiembre de 2018, resultó convalidado el Real Decreto-ley 10/2018, con el siguiente resultado: 176 a favor, 2 en contra y 165 abstenciones. Acto seguido se procedió a la votación de su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, con el siguiente resultado: 208 a favor, 6 en contra y 128 abstenciones. Aprobada su tramitación, ésta no llegó a debatirse en el Congreso, al resultar caducado dicha iniciativa con la disolución de las Cortes y convocatoria de elecciones que tuvo lugar por Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, como consta en el Boletín Oficial de las Cortes Generales nº519 de 27 de marzo de 2019 (pág. 23, Expte.: 121/000026/0000).

QUINTO. - El día 28 de septiembre es registrada en Ministerio de Justicia la personación y oposición a dicho acuerdo de D. Francisco Franco Martínez-Bordiú, junto con la de sus hermanos, mediante las cuales, en idénticos términos, se solicita subsidiariamente en el caso de llevarse a cabo la exhumación de su abuelo, se proceda a la inhumación del mismo, en la Cripta de la Catedral de la Almudena de Madrid, tras las honras fúnebres y oficios religiosos correspondientes.

También se personaron en el procedimiento -realizando las oportunas alegaciones- la Fundación Nacional Francisco Franco, la Asociación para la Defensa del Valle de los Caídos, la Abadía Benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, familiares de dos monjes benedictinos enterrados en el Valle de los Caídos, a quienes se les denegó la personación por no resultar sus derechos afectados en el presente procedimiento, y el Consejo de Administración de Patrimonio Nacional, quien como Patronato de la Santa Cruz del Valle de los Caídos optó por no realizar alegación alguna.

SEXTO. – El 8 de noviembre, reunido el Consejo de ministros, se acordó¹ la continuación del procedimiento de exhumación de los restos mortales de D. Francisco Franco, ordenando:

- A la Ministra de Justicia que remita al Ayuntamiento de San Lorenzo del Escorial el proyecto necesario para llevar a cabo la exhumación.
- A los Servicios Técnicos de Patrimonio Nacional, en su calidad de Patrono de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, la redacción de dicho proyecto.
- A la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad, informe no vinculante sobre el proyecto de exhumación (como órgano competente en materia de Sanidad Mortuoria en la Comunidad de Madrid).

SÉPTIMO. – El 14 de noviembre fue evacuado el proyecto de exhumación de los restos mortales de Francisco Franco, por parte de los Servicios Técnicos de Patrimonio Nacional, el cual fue remitido tanto al Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial y a la D.G. de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de la comunidad de Madrid, quienes emitieron informes favorables con fecha de 26 de noviembre y 17 de diciembre respectivamente.

El 11 de diciembre la Ministra de Justicia solicitó al Prior Administrador de la Abadía de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, autorización para el acceso a la Basílica, el cual denegó dicha autorización en base a la oposición de los familiares del difunto².

OCTAVO. – El 21 de diciembre la Delegación del Gobierno en Madrid emitió un informe, a petición del órgano instructor del procedimiento administrativo relativo a la exhumación de los restos mortales de Francisco Franco, donde desaconsejaba la inhumación en la Cripta de la Catedral de la Almudena, como habían solicitado subsidiariamente los familiares del difunto, por plantear serios problemas para los derechos fundamentales, la seguridad ciudadana y el orden público.

NOVENO. – Con fecha 2 de enero de 2019, se procedió a la apertura del trámite de audiencia por un plazo de 10 días, en el que la familia Franco por medio de su abogado, la Fundación Nacional Francisco Franco, la Asociación para Defensa del Valle de los Caídos y la Abadía Benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos realizaron las alegaciones oportunas en tiempo y forma. Finalizado dicho trámite, la instructora del

¹ Dicho acuerdo fue recurrido ante el Tribunal Supremo (Recurso ordinario C-A 439/2018) junto con la solicitud de suspensión cautelar del acto impugnado. En fecha 17/12/2018 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo denegó mediante Auto dicha medida cautelar.

² La oposición de la familia le fue comunicada al Prior Administrador mediante carta de fecha 13.06.2018, cuyo contenido y recepción fue protocolizado ante el Notario de Madrid D. José Manuel Senante Romero el 02.07.2018 bajo el número 1.658 de su protocolo

procedimiento emitió propuesta de resolución el 6 de febrero, la cual informada favorablemente por la Abogacía del Estado fue finalmente elevada a definitiva.

DÉCIMO. – El 15 de febrero el Consejo de Ministros acuerda la exhumación de Francisco Franco, concediendo un nuevo plazo de 15 días a la familia para que señalen un lugar de reinhumación que cumpla con los requisitos que permitan garantizar el orden público y la seguridad ciudadana (habida cuenta del informe emitido por la Delegación del Gobierno en Madrid), advirtiendo que a falta de un señalamiento adecuado corresponderá al Gobierno la decisión sobre el mismo. Es mismo día, en rueda de prensa, el Gobierno anunciaba la convocatoria de elecciones para el mes de abril.

DÉCIMO PRIMERO. – El 7 de marzo la familia Franco registró en el Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad un escrito en el que se ratificaban en su decisión de reinar a su abuelo en la Cripta de la Catedral de la Almudena. Al día siguiente procedieron a la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de febrero, ante el Tribunal Supremo, recurso que fue admitido a trámite por la Sección Cuarta de la Sala Tercera, ese mismo día.

DÉCIMO SEGUNDO. – Con fecha 12 de marzo tuvo entrada en la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid solicitud de informe sobre las condiciones de seguridad de la unidad de enterramiento situada en la cripta de la capilla³ del Cementerio Municipal de El Pardo-Mingorrubio, por parte de la Vicepresidenta del Gobierno.

El 14 de marzo de 2019, la Delegación del Gobierno emitió dicho informe, no apreciando problemas relevantes que desaconsejen el enterramiento propuesto de Francisco Franco en dicho Cementerio, afirmando ser “un lugar adecuado e idóneo atendiendo a estas razones de seguridad ciudadana, orden público, privacidad y dignidad”.

Al día siguiente el Consejo de Ministros dio por concluido el procedimiento para la exhumación de Franco, estableciendo su reinhumación en el Cementerio de Mingorrubio – El Pardo para el día 10 de junio.

DÉCIMO TERCERO. – El 28 de abril tuvieron lugar las elecciones generales, tras las cuales no obteniendo mayoría suficiente ninguno de los candidatos, se mantuvo D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón como Presidente en funciones, hasta las siguientes elecciones⁴ que tuvieron lugar el 10 de noviembre de 2019.

DÉCIMO CUARTO. – El 24 de octubre de 2019, tras la publicación de la Sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo 1.279/2019, se procedió finalmente a la exhumación, traslado e inhumación de los restos de Francisco Franco Bahamonde, según consta en el Acta Notarial⁵ de fecha 25.10.2019, ante las cámaras de casi 500 periodistas acreditados de 150 medios de comunicación (92 nacionales y 58 internacionales).

³ Capilla situada en Zona Adultos, Manzana 1, Letra A, según referencia dicho informe.

⁴ El 24 de septiembre se procedió a la disolución de las Cámaras y convocatoria de elecciones, mediante Real Decreto 551/2019, tras su anuncio oficial el pasado 17 de septiembre.

⁵ Acta de la Notaria Mayor del Reino, Dolores Delgado García, Ministra de Justicia, donde se encuentran recogidos todos los sucesos acaecidos desde el inicio de la exhumación, a las 10:45 horas en la Basílica del Valle de los Caídos, hasta la introducción del féretro en correspondiente sepultura del Cementerio de El Pardo-Mingorrubio a las 15:30 horas.

3. ITER PROCESAL DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS CONTRA LA EXHUMACIÓN DE FRANCISCO FRANCO.

3.1. El procedimiento principal: Recurso Ordinario (C/A) 75/2019.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo núm. 75/2019, por parte de los nietos de D. Francisco Franco (concretamente Dña. M^a del Carmen, Dña. María de la O, Dña. María del Mar, D. José Cristóbal, Dña. María Aránzazu, D. Jaime Felipe Martínez-Bordiú Franco y D. Francisco Franco Martínez-Bordiú), contra el acuerdo de 15 de febrero de 2019, posteriormente se amplió al acuerdo adoptado el 15 de marzo del mismo año, por Auto de fecha 7 de mayo de 2019, a solicitud de los recurrentes. Correspondió su conocimiento a la Sección 4^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, la cual, por Auto de 4 de junio de 2019, acordó suspender cautelarmente la exhumación de los restos mortales de don Francisco Franco Bahamonde dispuesta por el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2019 y fijada por el acuerdo de 15 de marzo de 2019 para el 10 de junio del presente año.

Con fecha 28 de mayo, la familia procedió a la formalización de la demanda, basando su impugnación en la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 10/2018 del que traen causa los Acuerdos impugnados, por falta del presupuesto habilitante, afectar a sus derechos y libertades fundamentales y poseer carácter singular, así como en reiteradas infracciones del ordenamiento jurídico español, concretamente los Acuerdos con la Santa Sede, la normativa vigente en materia de urbanismo y la correspondiente a sanidad mortuoria. En último lugar reiteran su deseo de reinar a D. Francisco Franco, en caso de no suspenderse la exhumación, en la Cripta de la Catedral de la Almudena, al entenderla más segura que el Cementerio de El Pardo-Mingorrubio en base a un estudio que aportan con la demanda.

En el suplico solicitaron, con carácter previo, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley 10/2018 de 24 de agosto, por entender infringidos los artículos 9.3, 14, 16, 18, 24.1, 81 y 86 de nuestra Carta Magna, y para el caso de no acceder a lo solicitado, o no declarar el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del mismo, se dicte Sentencia anulando los Acuerdos en virtud de los razonamientos expuestos.

Por su parte, el Abogado del Estado procedió a la contestación de la demanda por escrito de 13 de junio, donde defendió la situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilitaba al Gobierno para la aprobación del Real Decreto-Ley 10/2018, así como su convalidación y tramitación parlamentario para mayor abundamiento. También rechazó el presunto “carácter singular” del mismo, al afectar a otros enterrados en el Valle de los Caídos no fallecidos con motivo de la guerra civil, como por ejemplo los veinte monjes benedictinos, reiteró la legalidad de los Acuerdos impugnados a no infringir ninguno de los preceptos alegados por los recurrentes. Solicitando en el suplico, la desestimación del recurso y oponiéndose tanto al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, como al recibimiento a prueba.

Mediante Auto de 19 de junio de 2019 se acordó el recibimiento a prueba del recurso, teniendo por reproducido el expediente administrativo, aportados los documentos acompañados en la demanda, escrito de interposición y ampliación del recurso y admitir

la prueba pericial solicitada, señalando para la ratificación del informe “Análisis de Riesgos”, de 3 de abril del 2019, el día 4 de julio a las 10h. No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se procedió a evacuar el trámite de conclusiones, que realizaron tanto la familia como la Abogacía del Estado, el 18 de julio y 2 de septiembre respectivamente.

Por providencia de 10 de septiembre de 2019 se acordó la votación y fallo del recurso 75/2019 para el 24 de septiembre, recayendo Sentencia núm. 1279/2019 el día 30 del mismo mes y año, desestimando el recurso de la familia Franco y confirmando la legalidad de los acuerdos del Consejo de Ministros.

La Sala entendió justificado de manera bastante el requisito de “extraordinaria y urgente necesidad” por parte del Gobierno en el Real Decreto-Ley 10/2018, no encontrando disposición material del mismo, contraria a la Constitución española, ni tampoco infracción de la legalidad vigente alguna por parte de los Acuerdos impugnados. Aceptando en último lugar que *“no resultan contrarias a Derecho la decisión del Consejo de Ministros de denegar la inhumación en la Cripta de la Catedral de La Almudena ni la de efectuarla en el Cementerio de El Pardo-Mingorrubio”* y que *“no procede plantear cuestión de inconstitucionalidad”*.

Notificada dicha sentencia a las partes, la familia Franco solicitó, mediante escrito de 2 de octubre, la aclaración de la sentencia *“en el sentido de que en caso de no otorgarse por la Comunidad Benedictina la autorización eclesiástica por (sic) el acceso, dicha autorización puede ser suplida por una autorización judicial indicando, en su caso, el órgano judicial competente”*, a lo cual la Sala contestó mediante auto del 9 de octubre que dicha aclaración no procede al resultar clara la sentencia a este respecto.

En relación con dicho auto de no aclaración, el Abogado del Estado solicitó la autorización de la entrada en la Basílica del Calle de los Caídos a fin de cumplir los acuerdos recurridos, ante la negativa del Prior de la Abadía, a lo que la sala declaró, mediante Providencia de 10 de octubre que la sentencia núm. 1279/2019 de 30 de septiembre *“es, por si misma, título legítimo bastante para llevar a cabo las actuaciones previstas (...) y, por tanto, para acceder a tal efecto en la Basílica del Valle de los Caídos y llevar a cabo la exhumación”*. Ese mismo día tenía entrada en el registro del Tribunal Constitucional, demanda de amparo -del artículo 43 LOTC- y solicitud de suspensión cautelar contra los Acuerdos del Consejo de Ministros de fecha 15 de febrero y 15 de marzo de 2019, que disponen la exhumación de los restos de don Francisco Franco Bahamonde y su inhumación en el cementerio de El Pardo-Mingorrubio, por parte de los nietos del mismo, al entender vulnerados el principio de igualdad, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la tutela judicial efectiva. Dicha demanda fue inadmitida por Auto del Tribunal Constitucional de fecha 17 de octubre, por *“manifiesta inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales alegados”*.

Contra la referida providencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de octubre, donde se estima innecesaria la autorización del Abad Administrador para la ejecución de los Acuerdos impugnados, la familia Franco interpuso recurso de reposición, alegando que la misma violaba la inviolabilidad de los lugares de culto garantizada por los Acuerdos del Reino de España con la Santa Sede. El 21 del mismo mes y año el Tribunal Supremo, mediante auto, acuerda no dar lugar a dicho recurso.

En última instancia, la familia Franco presenta con fecha 15 de octubre un escrito ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. donde solicita que "en el caso de que se lleven a cabo las operaciones de exhumación e inhumación previstas en los Acuerdos del Consejo de Ministros de 15 de febrero y 15 de marzo de 2019, se requiera al Gobierno, en el plazo más breve posible, teniendo en cuenta la inminencia de la ejecución de dichos acuerdos, para que previamente:

a) Proceda a iniciar la tramitación del título funerario a favor de mis representados sobre el lugar de inhumación decidido por éste en los referidos Acuerdos.

b) Garantice que, en atención al respeto debido a la dignidad de los restos mortales del Excmo. Sr. D. Francisco Franco, se dé cumplimiento a lo dispuesto en el Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares, rindiendo a los citados restos mortales los honores militares que corresponden a su dignidad como Ex Presidente del Gobierno de la Nación y provea lo necesario para que el féretro, una vez exhumado sea cubierto con la Bandera Nacional, que será, con carácter preferente, la facilitada por los familiares, durante el traslado e inhumación de sus restos, que serán portados a hombros por sus familiares en su salida y entrada a los lugares de culto previstos.

c) Garantice que, respetando la libertad religiosa de mis representados, se permita la celebración de los oficios religiosos solicitados en los actos de exhumación e inhumación de los restos mortales del Excmo. Sr. D. Francisco Franco en la forma indicada en el cuerpo de este escrito".

Dicha petición fue rechazada mediante auto de 23 de octubre, al entender la Sala que lo solicitado iba más allá de lo que resulta de los acuerdos impugnados.

3.2. Otras reclamaciones relacionadas con el objeto del proceso.

El proceso judicial anteriormente desarrollado, en el que se impugnaron los Acuerdos del Consejo de Ministros que hicieron posible la exhumación de Francisco Franco, no fue el único en el cual se estudiaron los hechos reseñados, de hecho, podemos contar hasta nueve procedimientos iniciados frente a cinco organismos públicos, nacionales e internacionales, que tuvieron que dar respuesta a las reclamaciones de la familia Franco y otros interesados.

Si bien este trabajo ha quedado limitado a los derechos de los familiares del difunto y su proceso judicial principal, resulta cuanto menos ilustrativa una breve alusión al recorrido que estos mismos sucesos han tenido frente a otras instancias, de cara a comprender la magnitud y dificultad de los hechos acaecidos que aquí se exponen.

a) Con fecha 03.09.2018, después de la aprobación y publicación del Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley de Memoria Histórica, la familia Franco acudió al Defensor del Pueblo para que éste, según la legitimación que le confiere el art. 32 de la LOTC, interponga recurso de inconstitucionalidad contra el enunciado Decreto-Ley⁶.

⁶ A día de hoy no ha trascendido la existencia de respuesta alguna a la familia Franco.

b) Con fecha 25.02.2019, dentro del P.O. 65/2019 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Madrid, contra el Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, a instancia de Leonardo Falcó Rodríguez (quien los medios de comunicación presumen del entorno de la familia Franco), se acuerda la medida cautelar urgente de suspensión del informe del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial por el que se declaran admisibles las actuaciones urbanísticas remitidas por el Ministerio de Justicia para la exhumación de Francisco Franco, al entender S. S^a que “no se ha hecho un estudio serio y riguroso de la seguridad de toda la operación”. Dicha suspensión cautelar al afectar a un informe preceptivo, pero no vinculante, no tuvo mayor relevancia en el proceso principal seguido ante el Tribunal Supremo.

c) Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo también acudieron, a impugnar los Acuerdos del Consejo de Ministros de fecha 15.02.2019 y 15.03.2019, la Comunidad Benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, la Fundación Nacional Francisco Franco y la Asociación para la Defensa del Valle de los Caídos, iniciando respectivamente los Procedimientos Ordinarios 79/2019, 88/2019 y 108/2019.

d) En Sesión de la Junta Electoral Central, de fecha 17.10.2019, se inadmite a trámite la solicitud de suspensión cautelar del acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros relativo a la exhumación y reinhumación de D. Francisco Franco Bahamonde hasta que concluya el proceso electoral, presentada por Vox⁷.

En la Sesión de 23.10.2019 se inadmite el recurso presentado contra el acuerdo anteriormente expuesto, por parte de la Secretaría de la Junta Electoral Provincial de Madrid, en representación de diferentes ciudadanos de dicho territorio, al carecer de legitimación alguna para plantear dicha queja⁸.

Finalmente, con fecha 30.10.2019 la JEC desestima la reclamación realizada por el Partido Popular contra el Presidente del Gobierno por su Declaración Institucional con motivo de la exhumación del General Franco, al no apreciarse en su contenido una campaña de logros con connotaciones electoralistas que persigan la movilización del voto en favor de una formación política determinada⁹.

e) Tras la publicación de la STS 1279/2019 de 30 de septiembre, la Fundación Nacional Francisco Franco acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para solicitar, en aplicación de lo dispuesto el art. 39 de su Reglamento, la paralización cautelar de la exhumación en el Valle de los Caídos, no obstante dicho Tribunal contestó el 17 de octubre de 2019, que no intervendría en los términos solicitados y que si lo deseaban podrían presentar una queja ante el TEDH bajo el artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que regula las demandas de ciudadanos que se consideran víctimas de una violación de derechos humanos.

⁷ Acuerdo número 628/2019 del expediente número 293/1112.

⁸ Acuerdo número 640/2019 del expediente número 293/1129.

⁹ Acuerdo número 646/2019 del expediente número 293/1140.

4. SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO.

4.1. Alegaciones de la familia Franco.

La demanda parte del Dictamen del 7 de septiembre de 2011 de la Abogacía del Estado¹⁰, donde se desarrolla el tratamiento jurídico de los restos mortales localizado en el Valle de los Caídos. Dicho dictamen enuncia que el régimen jurídico aplicable comprende cinco ámbitos normativos a tener en cuenta: la normativa básica sanitaria estatal, la de la Comunidad de Madrid, la de régimen local, la forense y la canónica, al encontrarse los enterramientos en un lugar de culto. También traen a colación los recurrentes el Informe emitido por la Comisión de Expertos para el Futuro del Valle de los Caídos¹¹, en este caso para advertir del voto particular formulado en el mismo por tres de los miembros, quienes afirman que “la exhumación y correspondiente traslado, es, al menos hoy, inoportuna y contribuiría a dividir y radicalizar la opinión pública”.

Seguidamente expone en base a tres líneas fundamentales, los motivos de impugnación en los que funda su demanda, a saber:

A) Inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 10/2018.

Niegan la existencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” (art. 86 CE) que habilite la aprobación del Real Decreto-Ley, habida cuenta de que los restos mortales que se pretenden exhumar llevan más de 43 años enterrados, los informes en los que se basan tienen una antigüedad de 8 años, y las resoluciones de Naciones Unidas aun no siendo vinculantes, también tienen más de 5 años.

Paralelamente advierte una flagrante vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), al considerar que nos encontramos ante una norma singular de carácter único, donde el único afectado es el D. Francisco Franco; del derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE) al entender que si la Ley Orgánica de Libertad Religiosa garantiza el derecho a recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos, también ampara la no remoción de sepulturas por motivos ideológicos o políticos; el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), donde parten de la STEDH de 20 de septiembre de 2018, en el asunto *Solska y Rybicja c. Polonia*, para afirmar que “*la materia relativa al tratamiento de seres humanos después de la muerte, afecta directamente al derecho a la vida personal y familiar de sus allegados.*”, y en último lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) al entender que los preceptos introducidos en el Real Decreto-Ley son autoaplicativos y por tanto provocan una absoluta indefensión a los recurrentes.

B) Ilegalidad de los Acuerdos y actuaciones del Consejo de Ministros.

Los recurrentes consideran “*manifiesta (la) falta de competencia del Gobierno para ordenar una exhumación en la Basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos pues, dada su condición de lugar de culto católico goza de inviolabilidad de conformidad con el artículo 1.5 del Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos*”, entendiéndose que

¹⁰ Dictamen de la Abogacía General del Estado de 7 de septiembre de 2011 (ref.: A.G. Presidencia 5/11) a solicitud de la Comisión de Expertos para el Futuro del Valle de los Caídos. Ponente: Raquel Ramos Vallés.

¹¹ Creada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de mayo de 2011, mediante la Orden PRE/1396/2011 publicado en el B.O.E. de 28 de mayo.

el Prior Administrador es la autoridad eclesiástica competente para acordar la exhumación en cuestión.

En otro orden de consideraciones, la familia Franco afirma que el proyecto de exhumación adolece de graves irregularidades que determinan su invalidez, como son:

- La calificación de obra menor, cuando entiende indudable su carácter de obra mayor, lo cual desemboca en una serie de requisitos adicionales que no se han llevado a término en el presente procedimiento, infringiendo la normativa urbanística aplicable al respecto.
- La errónea aplicación del Decreto 124/1997, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria, en el Informe de la Dirección de Salud Pública de la Comunidad de Madrid al aplicar para los restos mortales de D. Francisco Franco (embalsamados en 1975) lo previsto para restos cadavéricos.

C) Fijación de la Cripta de la Catedral de la Almudena como lugar de inhumación de Francisco Franco.

Terminan los recurrentes descalificando la negativa del Consejo de Ministros a la inhumación en la Cripta de la Catedral de la Almudena, en la sepultura propiedad de la familia Franco, en virtud del informe aportado y titulado “Análisis de los riesgos identificados por la Delegación del Gobierno en Madrid para los diferentes escenarios ante la hipotética reinhumación de los restos mortales del Excmo. D. Francisco Franco”, según el cual la Cripta es el lugar con menos riesgos para la seguridad ciudadana y orden público, en contraposición con el Cementerio de El Pardo-Mingorrubio donde serían éstos más elevados.

4.2. Alegaciones de la Abogacía del Estado.

Si bien mantiene una estructura diferente a la establecida por los recurrentes, ésta puede resumirse igualmente en tres grandes líneas argumentativas:

A) Constitucionalidad del Real Decreto-Ley 10/2018.

El abogado del Estado parte de cuanto refleja la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del proyecto de Real Decreto-Ley, particularmente en relación con los objetivos perseguidos por la Ley de Memoria Histórica, entendiéndose que es “la presencia en el recinto de los restos mortales de D. Francisco Franco dificultan el cumplimiento efectivo del mandato legal de no exaltación del franquismo y del propósito de rendir homenaje a todas las víctimas de la contienda”. Respalda su postura en la convalidación de dicho Decreto-Ley el día 13 de septiembre de 2018 y que el mismo no ha sido, a fecha del escrito, objeto de recurso de inconstitucionalidad y advierte que la ausencia de actividad gubernamental dirigida a dar cumplimiento al mandato parlamentario urgente y preferente¹² de 2017 no impide usar la legislación de urgencia en este caso.

Paralelamente rechaza la vulneración de derechos y libertades fundamentales, al no regular ni afectar los elementos esenciales de los mismos. Destaca que reconociendo la inviolabilidad de un lugar de culto se solicitó la preceptiva autorización eclesiástica, la

¹² Hace referencia a la Proposición No de Ley sobre la efectiva aplicación y desarrollo de la Ley de Memoria Histórica, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 11 de mayo de 2017, donde se acuerda “enfrentar de forma decidida y urgente” la exhumación de los restos de Francisco Franco.

cual, habiendo sido denegada por el Prior, habrá de ser suplida por una autorización judicial, y que nos encontramos ante una normativa con vocación de generalidad, al ser igualmente aplicable a todas las personas allí enterradas que hayan fallecido por motivos ajenos a la Guerra Civil.

En último lugar rechaza la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que no se puede hablar de indefensión encontrándonos en el seno de un proceso judicial donde cada parte ha podido hacer valer sus derechos, ni tampoco considerar “autoaplicativos” los preceptos del Real Decreto-Ley habiendo sido necesarios, para su correcta ejecución, hasta cuatro Acuerdos del Consejo de Ministros hasta la fecha.

B) Legalidad de los Acuerdos y actuaciones del Consejo de Ministros.

Defiende la competencia plena y manifiesta del Consejo de Ministros a la vista del art. 16.3 de la Ley de Memoria Histórica para la adopción de los Acuerdos impugnados, entendiéndose que inviolabilidad del lugar sagrado no implica atribuir extraterritorialidad a la Basílica, por lo que ésta no es ajena al ordenamiento español.

En lo concerniente a la supuesta infracción de normas urbanísticas y de sanidad mortuoria, aduce que el informe municipal es favorable a la obra menor y que por tanto no se requieren requisitos adicionales en el proyecto, a la vez que reitera que según lo dispuesto en el Reglamento de Sanidad Mortuoria de la Comunidad de Madrid, aunque estén embalsamados los restos mortales, por el transcurso de cinco años resulta igualmente innecesaria la autorización por la autoridad competente.

C) Fijación del Cementerio de El Pardo-Mingorrubio como lugar de inhumación de Francisco Franco.

Partiendo del informe emitido por la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid, alega que éste ha sido emitido por la autoridad competente en materia de seguridad ciudadana y orden público, y que es razonable y está razonado hasta el punto de defender como “obvio que los objetivos más sensibles siempre se encuentren en núcleos urbanos o (...) en instalaciones críticas”. Afirma que en todo momento se le dio prioridad al derecho de los recurrentes para elegir lugar de destino de los restos mortales de su abuelo, pero siempre que se respetasen “las exigencias de orden público, seguridad ciudadana y memoria histórica”. No reuniendo tales requisitos la propuesta presentada por la familia Franco (la Cripta de la Catedral de la Almudena) el Gobierno procede subsidiariamente a proponer el Cementerio de El Pardo-Mingorrubio como lugar de inhumación de los restos de Francisco Franco.

4.3. Posicionamiento del Tribunal Supremo.

Partiendo de la cuestión de si se daba el requisito de “extraordinaria y urgente necesidad” o no, la Sala encuentra muy clarificador el detalle de que el Gobierno apenas encontrara obstáculos para convalidar el mismo en sede parlamentaria, así como la no interposición de recurso de inconstitucionalidad por parte de ningún grupo parlamentario. También añade que como viene estableciendo la doctrina del Tribunal Constitucional, es importante tomar conciencia de que “urgencia” y “necesidad” no equivale necesariamente a “emergencia” ni a supuestos de “fuerza mayor”. Entiende que es innegable el marcado significado político de la decisión pero a su vez que tanto en el debate parlamentario como en el expediente de elaboración del Real Decreto-Ley se ofrece una explicación suficiente

que justifica la elección por parte del Gobierno de este instrumento normativo, la cual parte de la PNL aprobada en mayo de 2017, las indicaciones procedentes de instancias de la ONU, los objetivos fijados en la Ley de Memoria Histórica y el Informe de la Comisión de Expertos para el futuro del Valle de los Caídos.

En lo concerniente a la singularidad del caso, y si las disposiciones del Real Decreto-Ley son de “caso único”, el Tribunal destaca el carácter general con que están redactadas las incorporaciones a la Ley de Memoria Histórica y sobre la falta en la demanda de un término de comparación válido para establecer la discriminación denunciada. Advierte que el Preámbulo relaciona directamente la reforma con la presencia en el recinto de los restos morales de Francisco Franco, no obstante, a la hora de la verdad, no se limita la modificación su persona, sino a todos aquellos enterrados que no perecieron como consecuencia de la guerra civil. El hecho de que la primera aplicación del Real Decreto-Ley se lleve a cabo en su persona viene justificado por su localización preminente dentro de la Basílica, y por la extraordinaria singularidad de su figura, como Jefe del Estado español durante casi 40 años.

Sobre las presuntas vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la intimidad personal y familiar y la libertad religiosa, la Sala considera, respectivamente, que:

- 1- No se puede hablar de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por entender autoaplicativos los acuerdos, cuando nos encontramos en un procedimiento iniciado por los propios recurrentes, donde se impugnan los acuerdos que pretenden dar aplicación a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley.
- 2- No nos encontramos ante una injerencia ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar en los términos de la STEDH del asunto Solska y Rybicka c. Polonia, en el sentido de que sí que se han ofrecido suficientes garantías a la familia a la hora de proceder a la exhumación, como se condenaba en dicha sentencia, advirtiéndole a su vez que los familiares no tienen la facultad incondicionada de disponer de los restos e impedir en todo caso la exhumación.
- 3- No se considera vulnerada la libertad religiosa, en tanto que, si bien la decisión tiene una naturaleza política e incluso contiene una dimensión ideológica, ésta no se proyecta sobre las convicciones religiosas, pues no estamos ante una exhumación en sepultura privada, sino en un lugar relevante de una Basílica de titularidad pública estatal.

No encontrando vicios de inconstitucionalidad, no se considera procedente plantear la cuestión de inconstitucional solicitada por los recurrentes, y procede acto seguido la Sala, a posicionarse sobre las presuntas infracciones de la legalidad en que incurren los Acuerdos impugnados.

Comienza el Tribunal recordando que el propio Abogado del Estado ha admitido la necesidad de autorización eclesiástica -o judicial- para el acceso a la Basílica, mas no para la decisión sobre la exhumación, en tanto que, la inviolabilidad consagrada en el art. 1.5 del Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, no excluye la vigencia y aplicabilidad e las leyes en el interior de la Basílica, postura que asume este Tribunal como propia.

Acto seguido se pronuncia sobre la calificación de obra menor o mayor de la exhumación, donde no viendo particular dificultad en el desarrollo de la misma, secunda el proyecto presentado por el Patrimonio Nacional con el informe favorable del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, y entiende competente al Consejo de Ministros para decidir sobre la ejecución de dicho proyecto, en base a lo dispuesto en la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana. Y en relación con la normativa en materia de sanidad mortuoria, asevera que el Reglamento no excluye los cadáveres embalsamados del concepto de restos cadavéricos, por lo que los considera igualmente aplicables al caso, y por ende ajustado a derecho el informe emitido por la Dirección de Salud Pública de la Comunidad de Madrid.

En último lugar la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictaminó sobre la fijación de la inhumación en el Cementerio de El Pardo-Mingorrubio en detrimento de la Cripta de la Catedral de la Almudena, y lo hizo en base a tres líneas argumentales:

- Seguridad: “No puede tacharse de irrazonable considerar factor de riesgo cualificado la inhumación de los restos en el centro de la ciudad, en un área urbana en la que (...) se concentra un gran número de personas. Ciertamente, la vigilancia que allí existe es muy superior a la que hay en otros lugares y a la existente en la actualidad en El Pardo-Mingorrubio, pero la vigilancia elevada en una determinada parte de las ciudades no impide la realización de atentados como, desgraciadamente, muestra la experiencia”.
- Significación: La Cripta de la Catedral de la Almudena no es un lugar de culto privado, ni aislado, sino accesible al público, que puede convertir una tumba particular en un símbolo de la sublevación militar, la Guerra Civil y la represión de la dictadura, alterando el valor de culto y de patrimonio cultural del que actualmente goza.
- No designación de sitio alternativo: Más allá de la comparativa de riesgos entre un lugar y otro, los recurrentes no explican por qué no les parece aceptable la inhumación de los restos de su abuelo junto a los de su abuela, dejando correr el plazo para designar otro sitio alternativo sin solicitud cautelar siquiera de suspensión del plazo inicialmente concedido por el Consejo de Ministros a tal fin.

4.4. Posicionamiento del Tribunal Constitucional.

Admitiendo el TC el cumplimiento de los presupuestos procesales exigibles en un recurso de amparo del art. 43 LOTC, y entendiendo que la especial trascendencia constitucional se da en el supuesto de autos, habida cuenta de la significación histórica y política de D. Francisco Franco, justifica el pronunciamiento mediante Auto, termina inadmitiendo el recurso de amparo al entender que incurre en el supuesto previsto en el art. 50.1 a) en relación con el art. 43.1 LOTC, por manifiesta inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales.

Respecto a la alegada vulneración del principio de igualdad, el Tribunal entiende que no habiéndose acreditado un *tertium comparationis* válido, no puede hablarse de lesión del principio de igualdad en la aplicación de la ley, ni tampoco de normativa de caso único al afectar esa modificación legislativa a nada menos que 192 personas, entre las que se encuentran 20 monjes benedictinos.

En lo concerniente al derecho a la intimidad personal y familiar, recuerda que “como todo derecho fundamental, también éste admite restricciones que respondan a un fin

constitucionalmente legítimo y que sean necesarias y adecuadas para alcanzar dicho objetivo”, por lo que no nos encontramos ante una vulneración de derecho fundamental, máxime cuando se proporcionó a los familiares la posibilidad de disponer sobre el destino de los restos mortales.

Sobre lo alegado en materia de libertad religiosa, entiende el TC que “la solución aceptada por el Gobierno resulta respetuosa con las creencias de la parte recurrente, en cuanto el destino acordado para los restos mortales de D. Francisco Franco Bahamonde es un cementerio de confesión católica”, y en última instancia asevera que el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes no se ha visto mermado, al deducirse de los hechos probados que fueron ellos mismos quienes dejaron transcurrir el plazo de 15 días sin designar el correspondiente lugar de inhumación alternativo, al interponer el recurso contencioso-administrativo y ni siquiera solicitar una suspensión cautelar de dicho plazo.

Concluye el Tribunal Constitucional recordando que el recurso de amparo no persigue la depuración del ordenamiento jurídico, pues su objeto se circunscribe a la reparación de los derechos fundamentales lesionados por actuaciones procedentes de los poderes públicos, por lo que no entra en el fondo del asunto sobre la concurrencia del presupuesto habilitante de un Decreto-Ley – la extraordinaria y urgente necesidad -, al no resultar ésta susceptible de recurso de amparo.

5. EL TRASFONDO CONSTITUCIONAL.

5.1. Determinación de los intereses en juego: Intimidación personal y familiar.

Partiendo de las tres grandes líneas argumentativas en que han basado su recurso la familia Franco, la alegada inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 10/2018, por inexistencia de presupuesto habilitante – la extraordinaria y urgente necesidad - y vulneración de derechos fundamentales, resulta de un especial interés jurídico sobre las demás, al resultar un presupuesto determinante para la validez de todos los actos administrativos de los que trajo causa y, sin embargo, no haber sido resuelta por nuestros tribunales con toda la contundencia y precisión que habría de esperarse en un supuesto de hecho tan polémico como el que ahora nos concierne.

Por un lado, nos encontramos con un Tribunal Supremo que no considera procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que a su juicio “*no aprecia la Sala razones para concluir que no se ha justificado de manera bastante el requisito (de la extraordinaria y urgente necesidad)*” y “*el contenido normativo del Real Decreto-Ley no es materialmente contrario a la Constitución*”. Es decir, que, existiendo una duda, cuanto menos razonable, sobre la afectación de derechos fundamentales y requiriéndose una interpretación del artículo 86 C.E., el Tribunal Supremo opta, dentro de sus legítimas facultades, por declinar que sea el Tribunal Constitucional quien se pronuncie sobre las materias que le son propias, como intérprete supremo de la Constitución española, para entrar por si mismo al fondo del asunto.

Mientras que, por otro lado, el Tribunal Constitucional, aun admitiendo la existencia de especial trascendencia constitucional en el recurso, lo inadmite por “*manifiesta inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales*”, tras realizar unas escuetas consideraciones sobre los derechos alegados donde no observa vulneración alguna, y advertir que “*el control de la concurrencia del presupuesto habilitante de un decreto-ley -la extraordinaria y urgente necesidad, según el art. 86.1 CE- no es susceptible de recurso de amparo (...) pues en relación con la falta o no del citado presupuesto habilitante no consta de forma concreta y efectiva qué derecho fundamental puede haberse lesionado*”. Es decir, que a pesar estimar oportuno emitir ciertas aclaraciones sobre los derechos alegados, el Tribunal Constitucional considera evidente la inexistencia de vulneración alguna, y que en relación con la “*extraordinaria y urgente necesidad*” puesta en tela de juicio por los recurrentes, no puede pronunciarse al no encontramos ante el mecanismo procesal oportuno, como hubiera sido la cuestión de inconstitucionalidad solicitada al Tribunal Supremo o el recurso de inconstitucionalidad que podrían haber interpuesto los legitimados a tal fin por el art. 32 LOTC. En este sentido no son pocas las voces que se han elevado para afirmar que “*Parece claro que el Tribunal Constitucional pretende minimizar el acceso al control de constitucionalidad de los decretos leyes por esta vía (cuestión de inconstitucionalidad)*”¹³.

Así las cosas, y sin ánimo de encontrar una respuesta tajante y unánime en un mundo con tantas escalas de grises, como es el Derecho, entendemos necesario un estudio más pormenorizado de los elementos anteriormente reseñados, y en concreto, para este

¹³ GONZÁLEZ GARCÍA, IGNACIO: “La trascendencia constitucional del deficiente control del decreto ley autonómico”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 111 (2017), pág. 112.

Trabajo de Fin de Máster, del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, consagrado en el art. 18.1 C.E., a partir del cual se pueden entroncar con cierta visión de conjunto el resto de alegaciones de trascendencia constitucional realizadas en el seno del P.O. 75/2019 seguido ante el Tribunal Supremo.

Autores como LAFUENTE BENACHES o ALONSO PÉREZ, han afirmado con rotundidad que *“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”*¹⁴ en tanto que *“La memoria defuncti se traslada al cónyuge y otros familiares más próximos, al entender, como hace la doctrina italiana, que las ofensas a la misma se dirigen en realidad a los sentimientos de piedad que aquéllas tienen para con el difunto (De Cupis). A los muertos ya no se les puede dañar, ni injuriar, pero sí, como dice Degni, a los parientes ligados con el fallecido por lazos de solidaridad moral.”*¹⁵

Dice textualmente el art. 18.1 CE que *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*. Derecho fundamental desarrollado mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuyo preámbulo ya se advierte de que *“los imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad”*, e interpretado por abundante doctrina constitucional, donde destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/2016, de 1 de febrero¹⁶, sobre la disposición de restos humanos por sus familiares, supuesto con notables similitudes al que ahora nos ocupa.

En la Sentencia antedicha, nos encontramos a una mujer que decide abortar en la semana 22, tras el diagnóstico de polimalformaciones del feto, de improbable viabilidad. Practicada dicha intervención, la madre solicita al hospital los restos fetales con el fin de incinerarlos y darles una digna sepultura en una ceremonia de carácter civil y familiar. Por su tiempo de gestación y peso, el hospital afirma que solo puede hacer entrega del mismo, previa autorización judicial, la cual después de ser solicitada por la madre en el Juzgado de Guardia correspondiente, y tramitada como diligencias previas penales, le es denegada tanto en primera como en segunda instancia, habida cuenta de la escasa entidad material del feto (362 gramos) y la imprecisión con que regula estos supuestos la legislación de Sanidad Mortuoria. Como recoge la STC 11/2016, anteriormente enunciada, el propio Juzgado llegó a admitir que *“en otra ocasión se ha autorizado dicha inscripción por este juzgado pero en un supuesto sensiblemente distinto al tratarse de aborto espontáneo de 440 gramos de peso y por conflicto con el derecho de libertad religiosa consagrada en el art. 16 de nuestra Norma Fundamental”*, por lo que tratándose

¹⁴ LAFUENTE BENACHES, M^a MERCEDES: “¿Cabe exhumar por Decreto-Ley?”. *Revista General de Derecho Administrativo* 49 (2018), pág. 20.

¹⁵ ALONSO PÉREZ, MARIANO. *Daños causados a la memoria del difunto y su reparación*.

<http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>

¹⁶ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional núm. 11/2016, de 1 de febrero, seguida en el recurso de amparo 533/2014, publicada en el B.O.E. de fecha 7 de marzo de 2016.

en este caso de los restos de un feto de menor entidad, solicitados para darles digna sepultura en una ceremonia de carácter civil y familiar, entiende que no cabe excepción a la norma en tanto que no “*no existe conflicto entre derechos fundamentales*”. En última instancia acudió la madre en recurso de amparo al Tribunal Constitucional, el cual advirtió en su Fundamento Jurídico Segundo que “*No hay precedente de sentencia constitucional sobre casos análogos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha resuelto asuntos similares en un sentido favorable al reconocimiento del derecho a disponer de los restos humanos para su enterramiento como contenido del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)*”, por lo que según lo establecido en el art. 10.2 CE, opta nuestro TC por interpretar el contenido esencial del derecho a la intimidad privada y personal según lo dispuesto en el Convenio de Roma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, para el Derecho al respeto a la vida privada y familiar. De esta manera, y partiendo tanto de un concepto de legal como jurisprudencial que expondremos a continuación, dictaminó el Tribunal Constitucional que *las resoluciones judiciales impugnadas han restringido el derecho a que la vida personal y familiar será respetada (art. 18.1 CE) sin esgrimir una norma verdaderamente habilitante y, por tanto, sin la suficiente cobertura legal (F.J. 4º)*.

5.2. Aplicabilidad del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 8 que

- 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
- 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

Dentro de esta concepción legal del derecho al respeto a la vida privada y familiar, que ha sido desarrollada y matizada por abundante jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, debemos destacar la reciente STEDH en el asunto Solska y Rybicka c. Polonia¹⁷, alegada por la familia Franco en su recurso. En dicha sentencia, se estudió un supuesto con ciertas analogías a la exhumación de Franco, en el que el Gobierno Polaco ordenó la exhumación de un grupo de personas que fallecieron en un accidente aéreo junto con el Presidente de Polonia y varios funcionarios de alto rango -supuesto de evidente interés general y trascendencia-, con la intención de aclarar las circunstancias en que tuvieron lugar -fin legítimo y necesario en cualquier sociedad democrática-. Dos de esas exhumaciones se llevaron a cabo en contra de los expresos deseos de sus parientes más cercanos (esposas), las cuales no pudieron hacer valer de manera efectiva ante los tribunales sus derechos para con los restos de sus maridos, motivo por el cual acudieron al TEDH y éste falló en su favor -al igual que en la STC 11/2016- por no contar el Estado

¹⁷ Sentencia de 20 de septiembre de 2018 para el asunto de Solska y Rybicka c. Polonia (aplicaciones nº 30491/17 y 31083/17)

polaco con una habilitación legal suficiente y por tanto tratarse de una interferencia injustificada.

En este caso se reafirmó, como ya venía haciendo el TEDH en sentencias que expondremos más adelante, que *“La jurisprudencia ha confirmado con anterioridad que ciertos temas relativos a la forma en que es tratado el cuerpo de un familiar fallecido, así como las cuestiones relativas a la capacidad de asistir al enterramiento y pagar la tumba de un pariente, se han reconocido como perteneciente al ámbito del derecho al respeto de la familia o la vida privada en virtud del artículo 8.”*¹⁸ y *“Habida cuenta de la jurisprudencia relativa a miembros supervivientes de la familia y las circunstancias antes mencionadas, la Corte considera que los hechos del presente asunto entran dentro del alcance del derecho al respeto de la vida privada y familiar.”*¹⁹, motivo por el cual *“la exhumación de los restos de los maridos fallecidos (abuelo, en el caso de Franco), llevadas a cabo a pesar de las objeciones de los solicitantes, pueden incidir sobre su ámbito relacional de tal manera y en un grado tal como para revelar una interferencia con su derecho al respeto de su vida privada y familiar”*²⁰.

La propia Sentencia, recuerda en su apartado 111, lo que ya advertía el apartado 2 del art. 8 CEDH y ha sido consolidado por reiterada jurisprudencia del TEDH²¹, que *“cualquier interferencia debe ser conforme a la ley, perseguir uno de los objetivos legítimos enumerados y ser necesaria en una sociedad democrática”*. Concretando acto seguido que la conformidad con la ley requiere que la medida impugnada cuente tanto con una base en derecho interno como que sea compatible con el Estado de Derecho.

Si bien en el asunto de Solska y Rybicka c. Polonia se determinó que por haberse producido la violación del art. 8 del Convenio por la ausencia de cobertura legal suficiente, no resultaba necesario revisar el cumplimiento de los demás requisitos, en el caso que ahora nos ocupa y con los fines formativos que se persiguen en este trabajo, sí que se considera necesario un estudio pormenorizado de todos los requisitos y, para más abundamiento, una ligera alteración del orden establecido por el Tribunal de Estrasburgo, para el análisis de cada uno de ellos, de cara a una mejor aproximación de los mismos en el caso de la exhumación de Franco.

A) Persecución de objetivo legítimo.

Este requisito hace referencia a los objetivos previstos en el art. 8.2 CEDH para legitimar una intromisión en el derecho a la vida privada y familiar. Concretamente hablamos de *“la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*. El hecho de poder insertar la finalidad pretendida por la autoridad pública dentro de los objetivos anteriormente enunciados no comporta una justificación inmediata de la injerencia impugnada, pero sí la constatación de un primer elemento esencial sin el cual toda intromisión sería directamente calificada como vulneración del art. 8 del Convenio.

¹⁸ Ibid., apartado 106.

¹⁹ Ibid., apartado 108.

²⁰ Ibid., apartado 110.

²¹ Sentencia de 14 de febrero de 2008 para el asunto Hadri-Vionnet c. Suiza (demanda nº 55525/00) y Sentencia de 24 de junio de 2014 para el asunto Petrova c. Letonia (demanda nº 4605/05), entre otras.

En el caso de la exhumación de Francisco Franco, según dispone el Preámbulo del Real Decreto-Ley 10/2018, de 24 de agosto, del que traen causa los actos administrativos que lo hicieron posible, con la modificación de la Ley de Memoria Histórica -articulada mediante la inclusión de un artículo y una disposición adicional- se pretende dar un cumplimiento efectivo a los fines perseguidos por dicha ley, como es “el reencuentro entre los españoles y el homenaje igualitario a todas las víctimas del episodio más doloroso de nuestra historia reciente”, para lo cual considera necesario “la retirada de símbolos y monumentos de exaltación de la Guerra Civil y de la Dictadura”. En este contexto encontramos los restos de Francisco Franco Bahamonde inhumados en el Presbiterio de la Basílica entre el Altar Mayor y el Coro de la Basílica²², lo cual según dispone el Informe de la Comisión de Expertos sobre el Futuro del Valle de los Caídos²³ “dificulta el propósito de hacer del conjunto un lugar para la memoria de las víctimas de la Guerra Civil, sin ninguna otra connotación ideológica o política” y “quiebra el igual tratamiento debido a los restos de todas las personas allí enterradas”.

Si bien resulta, cuanto menos, arriesgado la rotunda afirmación de Dña. Carmen Calvo Poyato²⁴ de que “tene(mos) al dictador en un mausoleo de Estado”, lo que sí es indiscutible es que el Valle de los Caídos se erigió “con objeto de perpetuar la memoria de los que cayeron en nuestra gloriosa Cruzada (haciendo alusión a la guerra civil de 1936-1939)”²⁵ y “rogar a Dios por las almas de los muertos en la Cruzada Nacional, impetrar las bendiciones del Altísimo para España y laborar por el conocimiento e implantación de la paz entre los hombres, sobre la base de la justicia social cristiana”²⁶. Es decir, como un lugar de oración en memoria de todos aquellos que murieron en la Guerra Civil y que busca “la paz entre los hombres”. Por lo que aun no pudiendo afirmar con rotundidad que el Valle de los Caídos se trate de un mausoleo para Francisco Franco, habida cuenta de que esa nunca fue su finalidad, si que podemos advertir que la presencia de sus restos mortales ha dado lugar *de facto* a una situación no solo imprevista por los Decretos que ordenaron la creación del Valle de los Caídos, sino, además, contraria a los fines perseguidos por la posterior Ley de Memoria Histórica.

Según lo expuesto parece razonable admitir la existencia de un fin legítimo en la decisión adoptada por el Consejo de Ministros, ahora bien, cuestión aparte sería determinar si este fin es subsumible en alguno de objetivos previstos por el art. 8.2 CEDH y en cual. La defensa del orden, la protección de la moral o de los derechos y las libertades de los demás, parecen los objetivos más próximos a los alegados por el Gobierno de España, aun así serían necesarios muchos matices y nuevas interpretaciones habida cuenta de la jurisprudencia existente en este orden de cosas.

²² Así consta en la carta de fecha 22 de noviembre de 1975 de Don Juan Carlos I, Rey de España, al Padre Abad de la Basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos.

²³ Vid. Nota 11.

²⁴ Sesión plenaria núm. 140 del Congreso de los Diputados, celebrada el 13 de septiembre de 2018, en el debate de convalidación o derogación del Real Decreto-Ley 10/2018. Diario de Sesiones, año 2018, XII legislatura, número 147, pág.32.

²⁵ Artículo primero del Decreto de 1 de abril de 1940 disponiendo se alcen Basílica, Monasterio y Cuartel de Juventudes, en la finca situada en las vertientes de la Sierra de Guadarrama (El Escorial), conocida por Cuelga-muros, para perpetuar la memoria de los caídos en nuestra Gloriosa Cruzada, publicado en el B.O.E. de 2 de abril de 1940, pág. 2240.

²⁶ Artículo primero del Decreto-Ley de 23 de agosto de 1957 por el que establece la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, publicado en el B.O.E. núm. 226 de 5 de septiembre, pág. 835

En el asunto Sabanchiyeva y otros c. Rusia²⁷, por ejemplo, llevado ante el TEDH en 2005, el Gobierno optó por incinerar y determinar el lugar de enterramiento de todos los terroristas que habían muerto a manos de las Fuerzas de Seguridad del Estado en respuesta al atentado que estos perpetraron en la ciudad de Nalchik el 13 de octubre de 2015. Rusia alegó hacerlo por el interés de la lucha contra el terrorismo, con el fin de minimizar el impacto informativo y psicológico del acto terrorista contra la población y la protección de los sentimientos de los familiares de víctimas, y al Corte afirmó que podría tratarse de una decisión adoptada en interés de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades. En este caso la protección de los sentimientos de los familiares de víctimas y la reducción del impacto psicológico podría explicar una voluntad de no conservar en el mismo recinto a Franco con los caídos en la Guerra Civil, ahora bien, todo ello ha resultado contraproducente de cara a evitar un nuevo impacto informativo sobre el caso que ahora nos ocupa, en tanto que la decisión adoptada ha vuelto a generar una cierta expectación y nerviosismo social.

Algo parecido pudo advertirse en el caso Solska y Rybicka c. Polonia²⁸, al referirse a un incidente de gravedad sin precedentes (presunto asesinato del Presidente de Polonia), que afectó a todo el funcionamiento del Estado, donde la investigación de dicho suceso hubiera sido un fin más que justificado en defensa de la seguridad nacional y el orden público. Aquí nos encontramos nuevamente con la figura de un Jefe de Estado y el carácter excepcional que ello encierra por sí solo, donde si bien en Polonia supuso una gran conmoción a nivel nacional, no lo fue menos en España después de casi 40 años de dictadura, situaciones inusuales que pueden justificar medidas extraordinarias por el bien del orden público y la seguridad nacional, ahora bien, adoptar dicha medida 44 años después, por mucho que la presencia de los restos mortales de Francisco Franco en el Valle de los Caídos haya mantenido en cierto modo “vivo” aquel suceso traumático de nuestra historia, resulta difícil de encuadrar como necesario para el consecución de los objetivos anteriormente enunciados.

En última instancia, velar por la protección de los derechos y las libertades de los demás parece el objetivo legítimo más acorde a lo esperado con la adopción de la medida de exhumar y trasladar los restos de Franco, donde si bien no existe una jurisprudencia del TEDH aplicable analógicamente al supuesto que ahora nos ocupa, sí que parece dentro de un razonamiento lógico, entender no solo oportuno sino también necesario en defensa de los derechos de los 33.847 inhumados en la Basílica del Valle de los Caídos²⁹, víctimas de la Guerra Civil, y sus familiares, un trato digno e igualitario, donde no quepa reivindicación política alguna que reviva los motivos que llevaron a los españoles a coger las armas y terminar a los pies del Valle de Cuelgamuros.

B) Necesidad en una sociedad democrática.

“La noción de necesidad implica que la injerencia corresponda a una necesidad social imperiosa y, en particular, que sea proporcionada al objetivo legítimo que se persiga; para determinar si una injerencia es “necesaria en una sociedad democrática”, la Corte

²⁷ Sentencia de 6 de junio de 2013 para el asunto de Sabanchiyeva y otros c. Rusia (aplicación nº38450/05), apartados 128 y 129.

²⁸ STEDH Solska y Rybicka c. Polonia, op. cit. nota 17, apartado 122.

²⁹ Informe de la Comisión de Expertos sobre el Futuro del Valle de los Caídos, op. cit. nota 11, pág. 11.

*tendrá en cuenta un margen de apreciación de las autoridades nacionales, cuya decisión queda sujeta a revisión por parte de la Corte de conformidad con los requisitos de la Convención. El margen de apreciación que debe darse a las autoridades nacionales competentes variará de acuerdo con la naturaleza de los problemas y la importancia de los intereses en juego.*³⁰ Con estas palabras definía el contenido de este requisito el TEDH en 2002, definición que complementaba en otra Sentencia, años más tarde, al precisar que *“La noción de necesidad implica que las correlaciones de interferencia con una apremiante necesidad social y, en particular, que es proporcional a uno de los objetivos legítimos perseguidos por las autoridades”*³¹.

Por consiguiente, podríamos afirmar que para que una injerencia de la autoridad pública se entienda como necesaria en una sociedad democrática debe reunir al menos dos caracteres; corresponder a una necesidad apremiante de la sociedad y proporcional a la finalidad perseguida, admitiendo, en todo caso, que las autoridades competentes contarán con cierto margen de apreciación, a pesar de quedar sujetos a revisión por parte de la Corte.

Partiendo de la idea de “necesidad social imperiosa”, no como presupuesto habilitante para la promulgación de un Decreto-Ley, del que hablaremos más adelante, sino como auténtica controversia social que requiere la adopción de medidas por parte del Gobierno sin demoras, encontramos un ejemplo claro de ello en el asunto *Solska y Rybicka c. Polonia*, donde la posibilidad de encontrarnos frente un atentado contra el Estado polaco requería la adopción de medidas urgentes para clarificar las circunstancias en que había tenido lugar el accidente aéreo. En el caso que ahora nos ocupa resulta bastante enrevesado justificar como “apremiante” la adopción de una medida que pretende corregir una situación que viene dándose desde hace 44 años, como es la inhumación de Francisco Franco en la Basílica donde reposan más de 33.000 víctimas de la Guerra Civil. Al tenor de lo expuesto en el apartado anterior bien podría justificarse como “necesaria” la adopción de una medida orientada a dignificar las víctimas de un conflicto armado, *consagrar de manera expresa el Valle de los Caídos como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje igualitario a las víctimas*³² y corregir la desconcertante situación generada y mantenida a lo largo de los años en la Basílica, con Francisco Franco enterrado a los pies del Altar, mas afirmar que se trata de una medida urgente en pleno 2019, sin más explicación por parte del Gobierno que las recomendaciones realizadas por organismos de Naciones Unidas hace 5 años y una PNL aprobada hace dos, resulta bastante insuficiente habida cuenta de la trascendencia de los hechos aquí reseñados.

En segundo lugar, sobre la proporcionalidad de la medida adoptada (exhumación de Franco del Valle de los Caídos), resulta evidente la inexistencia de otras vías menos lesivas para la consecución del fin perseguido (dignificación en igualdad de condiciones de todas las víctimas de la Guerra Civil con quien compartía lugar de inhumación), ahora bien, ya que en el Procedimiento Ordinario 75/2019 seguido ante el Tribunal Supremo, que ahora analizamos, no solo se recurre la exhumación, sino también la inhumación de los restos de Francisco Franco en un lugar no elegido por los familiares de éste, resulta

³⁰ Sentencia de 29 de abril de 2002 para el asunto *Pretty c. Reino Unido* (demanda nº2346/02), apartado 70.

³¹ STEDH *Petrova c. Letonia*, op. cit. nota 21, apartado 85.

³² Preámbulo del Real Decreto-Ley 10/2018, de 24 de agosto.

oportuno realizar un segundo control de proporcionalidad sobre esta otra medida adoptada por el Gobierno.

El uso de un mecanismo de legislación de urgencia, como es el Decreto-Ley, ha terminado dificultando el libre ejercicio de la familia Franco de su derecho a elegir un lugar apropiado para la inhumación de su abuelo, hasta el punto de haber sido el propio Gobierno el que ha terminado decretando que sea el Cementerio de Mingorrubio-El Pardo. Tanto la oposición del Gobierno, más o menos justificada, de enterrar a Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena (lugar inicialmente propuesto por los familiares) como la celeridad del proceso seguido ante el Tribunal Supremo y la pronta ejecución de su Sentencia, ha dificultado el consenso necesario entre los familiares para la proposición de un lugar alternativo de inhumación, obligando a éstos, a día de hoy, a avisar a las autoridades competentes con un mínimo de 48 horas de antelación³³ las visitas a la tumba de su abuelo, para poder acceder a la Cripta en que se encuentra la misma. Si bien los derechos fundamentales no son ilimitados como bien ha expresado nuestro Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, no parece del todo proporcional entender que el ejercicio de ciertos derechos fundamentales tenga un plazo tan efímero para su disfrute.

Cuando la familia Franco acudió a los tribunales a principios de Marzo de 2019, el Cementerio de Mingorrubio-El Pardo no se había presentado como posible lugar de inhumación más que en los medios de comunicación, pues no fue hasta el día 12 del mismo mes y año, con el proceso judicial ya en curso ante el Tribunal Supremo, cuando la Vicepresidenta del Gobierno solicitó a la Delegación de Gobierno de la Comunidad de Madrid un informe sobre la posibilidad de tal rehumación, informe que no fue emitido dos días después, justo el día antes al Consejo de Ministros en el que definitivamente se acordó la rehumación de Francisco Franco en dicho Cementerio. No habiendo alternativa inicial, cuando se presentó el recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de fecha 15.02.2019, la familia ni siquiera solicitó en sede judicial la suspensión del plazo inicialmente conferido por el Gobierno para la designación de un lugar alternativo a la Catedral de la Almudena, entendiéndose que, en el peor de los casos, de resultar desestimado su recurso, se abriría nuevo plazo hasta la proposición de un nuevo destino de los restos mortales de Francisco Franco. No fue así, y si bien cuando el Consejo de Ministros acordó en fecha 15.03.2019 el lugar concreto de rehumación, la familia Franco amplió el objeto de su recurso, ya el procedimiento administrativo había concluido y de no estimarse sus pretensiones en sede judicial, no podrían hacer valer sus deseos sobre el lugar de enterramiento de su abuelo *a posteriori*, como finalmente sucedió.

No conceder un nuevo plazo de alegaciones sobre el lugar de inhumación decretado por el Gobierno, para establecer alternativas al mismo por parte de la familia, no puede considerarse una decisión proporcionada para el fin perseguido, habida cuenta de que si bien entiende el Tribunal Supremo justificada la denegación del lugar propuesto por la familia, por los motivos expuestos en el informe de Delegación de Gobierno³⁴, y razonable la alternativa propuesta por el Gobierno, en base al segundo informe emitido

³³ Así lo hicieron saber multitud de medios de comunicación como ABC en publicación de 31/10/2019 (https://www.abc.es/espana/abci-franco-deben-pedir-permiso-antes-visitar-dictador-porque-rechazaron-propiedad-tumba-201910311139_noticia.html) o El País, en su artículo fechado ese mismo día, (https://elpais.com/politica/2019/10/30/actualidad/1572433015_341238.html)

³⁴ Ver Antecedente de Hecho Octavo del presente documento.

por dicha Delegación³⁵, ello no debería comportar una fijación automática del lugar de inhumación, sino la exclusiva constatación de no arbitrariedad en las actuaciones de la Administración.

C) Conformidad con la ley.

“Es el requisito de que la medida impugnada tenga alguna base en el Derecho interno, que debe ser compatible con el Estado de Derecho, lo cual, a su vez, significa que el Derecho interno ha de ser formulado con la suficiente precisión y debe ofrecer una protección jurídica adecuada contra la arbitrariedad. De acuerdo con la legislación interna debe indicar con suficiente claridad el alcance del poder discrecional conferido a las autoridades competentes y la forma de su ejercicio”³⁶. “La Corte reitera que el principio de legalidad requiere que los Estados no sólo deban respetar y aplicar, de una manera previsible y consecuente, las leyes que se han promulgado, sino también, como elemento necesario, para asegurar las condiciones legales y prácticas para su aplicación”³⁷. “cuestiones relacionadas con la licitud de la medida, encontramos la previsibilidad y la claridad de los actos jurídicos y, en particular, el carácter automático de la regla, la supuesta imprecisión de algunos de sus conceptos y la falta de control judicial”³⁸.

Dentro de esta definición jurisprudencial del requisito de legalidad, encontramos dos nociones que deben darse para entender una decisión realizada de conformidad con la ley:

- a) Desde una óptica individual, la injerencia de toda autoridad pública debe tener un respaldo legal, sobre una normativa de derecho interno la cual reúna los requisitos de precisión, previsibilidad, seguridad jurídica frente a la arbitrariedad y control judicial.
- b) Desde una visión de conjunto, la normativa de derecho interno alegada debe ser compatible con un Estado de Derecho, entendiendo como tal que reúna no solo una serie de requisitos de fondo en su específico contenido, sino que también formalmente haya respetado los cauces establecidos a tal fin.

Partiendo del primer punto de vista, los Acuerdos del Consejo de Ministros que han dado lugar a la exhumación y posterior reinhumación de los restos de Francisco Franco Bahamonde, cuentan con el respaldo normativo del Real Decreto-Ley 10/2018, de 24 de agosto, convalidado por el Congreso de los Diputados en la Sesión plenaria celebrada el 13 de septiembre de 2018, normativa de Derecho interno vigente al momento de su aplicación. Dicho Decreto-Ley venía a modificar la Ley de Memoria Histórica, con la inclusión de un nuevo apartado en su art. 16 (3. *En el Valle de los Caídos sólo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda*) y una disposición adicional, donde se establecía el procedimiento a seguir para el cumplimiento de dicho artículo, con el siguiente tenor:

«1. Corresponde al Gobierno garantizar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 16.3 de esta Ley, asegurando en todo caso unas condiciones adecuadas de

³⁵ Ver Antecedente de Hecho Decimo Segundo del presente documento.

³⁶ STEDH Petrova c. Letonia, op. cit. nota 21, apartado 86.

³⁷ Sentencia de 13 de enero de 2015 para el asunto Elberte c. Letonia (demanda nº 61243/08), apartado 114.

³⁸ STEDH Sabanchiyeva y otros c. Rusia. op. cit. nota 21, apartado 127.

dignidad y respeto. A tal efecto, se declara de urgente y excepcional interés público, así como de utilidad pública e interés social, la inmediata exhumación y el traslado de los restos mortales distintos de los mencionados en dicho artículo.

2. La decisión de exhumación y traslado será adoptada por Acuerdo de Consejo de Ministros, tras la tramitación del procedimiento regulado en los apartados siguientes.

3. El procedimiento se iniciará de oficio por el Consejo de Ministros mediante acuerdo de incoación, que designará órgano instructor. Dicho acuerdo dará un plazo de quince días a los interesados a fin de que se personen en el procedimiento y aleguen lo que a sus derechos o intereses legítimos pudiese convenir. Los familiares podrán disponer en dicho plazo sobre el destino de los restos mortales indicando, en su caso, el lugar de reinterhumación, debiendo aportar en ese plazo los documentos y autorizaciones necesarias. En caso de discrepancia entre los familiares, o si estos no manifestasen su voluntad en tiempo y forma, el Consejo de Ministros decidirá sobre el lugar de reinterhumación, asegurando una digna sepultura. A estos efectos, queda legitimado para solicitar la asignación del correspondiente título de derecho funerario y para realizar el resto de actuaciones que procedan.

4. Transcurrido el plazo contemplado en el apartado anterior, el Consejo de Ministros ordenará la continuación del procedimiento. A tal efecto, ordenará al titular del Ministerio competente en materia de justicia que remita al Ayuntamiento, en su caso, el proyecto necesario para llevar a cabo la exhumación, para su tramitación con arreglo a lo previsto en la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Asimismo, le ordenará que solicite informe no vinculante al órgano de la Comunidad Autónoma competente en materia de sanidad mortuoria, que deberá ser emitido en el plazo máximo de un mes.

5. Concluidas las actuaciones previstas en los apartados anteriores, se dará traslado a los interesados antes de la resolución para que, en el plazo improrrogable de diez días, aleguen lo que estimen oportuno sobre las mismas.

6. Transcurrido dicho plazo, el Consejo de Ministros, mediante Acuerdo motivado, resolverá sobre si procede la exhumación y el traslado, con indicación, en su caso, del destino que haya de darse a los restos mortales afectados.

7. El plazo de caducidad del procedimiento contemplado en esta disposición adicional será de doce meses a contar desde el acuerdo de incoación.»

El nivel de concreción y previsibilidad de las actuaciones de la Administración resulta innegable, habida cuenta de que lo único imprevisto en esta disposición, fueron los problemas surgidos a raíz de su propia aplicación, como la oposición del Abad para la entrada en la Basílica para proceder a la exhumación, que requirió autorización judicial, o la proposición como lugar de inhumación por parte de la familia, de un recinto que planteaba serias dudas de seguridad ciudadana por su céntrica localización, lo cual comportó la necesidad de dos informes de Delegación del Gobierno. Respecto al control

judicial de los mismos, poco puede decirse después del *iter procesal* expuesto anteriormente, que desvirtúe el cumplimiento de dicho requisito.

En segundo lugar, sobre la compatibilidad formal de esta normativa con un Estado de Derecho, dos han sido las reivindicaciones de los recurrentes: el carácter de decreto-ley singular y la inexistencia de presupuesto habilitante de un decreto-ley -la extraordinaria y urgente necesidad-.

Partiendo de la presunta ley de caso único que comporta el Real Decreto-Ley 10/2018, y teniendo en cuenta la existencia de un único afectado por su puesta en práctica, a fecha de este trabajo, así como las propias declaraciones del Gobierno y lo dispuesto en el preámbulo del Decreto-Ley, donde solo se menciona a Francisco Franco aun habiendo hasta 193 personas³⁹ que igualmente fueron enterradas en la Basílica del Valle de los Caídos sin haber fallecido con motivo de la Guerra Civil, es imposible negar la evidencia de que sí que nos encontramos ante un Decreto-Ley singular, ahora bien, ello no implica una automática disconformidad con el principio de igualdad consagrado en nuestra Carta Magna. El propio Tribunal Constitucional así lo advirtió en la afamada Sentencia del caso RUMASA⁴⁰, doctrina que terminó por matizarse a raíz de la STEDH del asunto Ruíz Mateos c. España⁴¹, para advertir de la existencia de leyes singulares inconstitucionales, como son las “autoaplicativas” o “materialmente administrativas”, es decir, aquellas que imposibilitan al afectado reaccionar jurisdiccionalmente, en tanto en cuanto, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva⁴². Por lo que, al no encontrarnos ante una ley autoaplicativa, aun pudiendo ser considerada de caso único, al haber requerido de actos administrativos para su aplicación y haber sido éstos objeto de un proceso judicial, queda esta alegación de la familia Franco definitivamente rechazada.

Así las cosas, procedemos a analizar la existencia -o no- del presupuesto habilitante de la urgente y extraordinaria necesidad previsto en el art. 86.1 CE para la aprobación del Real Decreto Ley 10/2018, de 24 de agosto. Dice textualmente el enunciado artículo:

1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.

2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

³⁹ Auto del Tribunal Constitucional de fecha 17 de octubre, en el recurso de amparo núm. 5790/2019. FJ 3.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 2 de diciembre.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993, para el asunto Ruíz Mateos c. España.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2005, de 3 de marzo, y 129/2013, de 4 de junio, entre otras.

En primer lugar “lo que resulta claro es que las precauciones establecidas por el artículo 86 CE mostraban la voluntad constituyente de que el decreto-ley fuese un instrumento de uso claramente restringido, una norma de tipo excepcional que nunca podría convertirse en un modo ordinario de legislar, pues que la potestad legislativa se atribuye de modo general a las Cortes (Art. 66.2 CE) y no al Gobierno, que, además de la potestad reglamentaria (Art. 97 CE), tiene una amplia capacidad, por delegación de las mismas Cortes, para dictar decretos con fuerza de ley (decretos legislativos)”⁴³. Solo una finalidad tan concreta, como es la legislación de urgencia para supuestos en los que una tramitación parlamentaria imposibilitaría la consecución de los objetivos perseguidos, justificaría la existencia de una potestad gubernamental con tantas limitaciones materiales (*no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general*) y formales (*caso de extraordinaria y urgente necesidad (...), deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación (...), El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación...*).

Como esclareció el Tribunal Constitucional “el concepto de extraordinaria y urgente necesidad «no es una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante Decretos-leyes», el control constitucional externo que corresponde a este Tribunal en la comprobación del necesario respeto a ese límite implica el análisis de dos elementos: los motivos que, habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de una forma razonada, y la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma.”⁴⁴. Advirtiendo con anterioridad, que para el primer elemento “con independencia de que tal motivación resulte o no convincente, lo que nos toca indagar ahora es si concurre o no, realmente, el presupuesto de hecho habilitante del Decreto-ley impugnado, es decir, el caso de extraordinaria y urgente necesidad”⁴⁵. Siguiendo este razonamiento “el examen de la concurrencia del citado 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»”⁴⁶, donde “y la valoración de la existencia de esas situaciones conlleva «la concurrencia de ciertas notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que determinen la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, bien sea por el procedimiento ordinario o por el de urgencia»”⁴⁷. “En cuanto a la segunda dimensión del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia – conexión

⁴³ ARAGÓN REYES, MANUEL. *Uso y Abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*. Iustel. Madrid, 2016, pág. 31.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2015, de 19 de febrero. FJ3.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1989, de 20 de mayo. FJ 3.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007, de 28 de marzo. FJ 6.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2015 de 24 de septiembre. FJ 9.

de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el Real Decreto-ley se adoptan-nuestra doctrina «ha afirmado un doble criterio o perspectiva para valorar la existencia de la conexión de sentido: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley controvertido»⁴⁸.

Analizando el preámbulo del Decreto-Ley impugnado, el debate de convalidación, la fundamentación jurídica de sus actos de aplicación y las alegaciones de la Abogacía del Estado en el Procedimiento Ordinario 75/2019 seguido ante el Tribunal Supremo, nos encontramos ante una situación evidentemente excepcional y relevante, como es la inhumación de Francisco Franco en la Basílica del Valle de los Caídos, espacio construido para el descanso de las víctimas de la Guerra Civil -entre las que evidentemente no se encuentra Franco-, y para más inri en un lugar preminente, reservado, según el Derecho Canónico⁴⁹, para enterramientos de Obispos, Cardenales o el propio Papa. La nota de gravedad también podemos encontrarla en la situación de facto generada al enterrar en el mismo recinto a los caídos en un conflicto armado con quien directa o indirectamente ha tenido que ver con su muerte, imposibilitando tanto la dignificación de las víctimas como la tranquilidad de sus familiares, y por tanto la “paz entre los hombres” que perseguía la construcción del Valle de los Caídos y el propio “espíritu de reconciliación y concordia”⁵⁰ que pretendía no solo la Ley de Memoria Histórica sino nuestra propia Transición a la Democracia.

Ahora bien, todos estos elementos por sí solos no justifican una legislación excepcional como la que ahora nos ocupa, máxime cuando nuestro ordenamiento jurídico prevé mecanismos de urgencia para aquellas leyes que no pueden o no deben seguir el trámite parlamentario ordinario por circunstancias de premura. La doctrina constitucional anteriormente expuesta habla de “imprevisibilidad” como cuarta nota que debe darse para determinar la necesidad de una acción normativa inmediata. Elemento que es completamente olvidado tanto en el Preámbulo del Real Decreto-Ley 10/2018, como en el debate de convalidación del mismo y hasta en el propio procedimiento administrativo del que trajo consecuencia. El Gobierno en todos estos supuestos se limita a reiterar la excepcionalidad y gravedad que comporta el mantenimiento de los restos de Franco en el Valle de los Caídos -cosa que en ningún lugar se niega-, pretendiendo amparar la necesidad de una inmediata solución en:

- “un sentir mayoritario de la sociedad española” que en ningún momento justifica con datos contrastables y por tanto termina convirtiéndose en la “cláusula o expresión vacía de significado” rechazada expresamente por el Tribunal Constitucional;
- el Informe de la Comisión de Expertos para el futuro del Valle de los Caídos⁵¹ de fecha 29.11.2011, donde se recomienda tanto que “los restos del general Francisco Franco sean trasladado al lugar que designe la familia o, en su caso, al lugar que sea considerado digno y más adecuado”, como que “A tal efecto el Gobierno deberá buscar los más amplios acuerdos parlamentarios y habrá de negociar con

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2018, de 7 de junio. FJ. 4.

⁴⁹ Canon 1242 del Código de Derecho Canónico.

⁵⁰ Preámbulo de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

⁵¹ Vid. Nota 11.

la Iglesia la oportuna autorización”, lo que no solo excluye sino desaconseja la necesidad sino de un Decreto-Ley por parte del Gobierno;

- las recomendaciones de dos informes⁵² de organismos de la órbita de Naciones Unidas hechas en 2014, donde paradójicamente nos encontramos ante dos informes no vinculantes (en caso contrario podríamos encontrarnos en un conflicto de soberanía nacional) en cuyas recomendaciones nada se dice expresamente de los restos de Francisco Franco y su necesidad de traslado; y
- la Proposición No de Ley aprobada en mayo de 2017 donde se acuerda “afrentar de forma decidida y urgente”⁵³ la exhumación de los restos de Francisco Franco, donde sin olvidar el limitado valor que tienen las PNL, tampoco se exponen los motivos que justifiquen la adopción de medidas urgentes frente a una situación que venía dándose desde hacía más de 40 años.

Así las cosas, y entendiendo que “la utilización de este instrumento normativo se estima legítima en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta”⁵⁴, al no haberse aportado justificación alguna que permita apreciar la existencia de tal situación habilitante, no podemos concluir que el uso del Decreto-Ley por parte del Gobierno haya sido conforme a Derecho. En palabras de LAFUENTE BENACHES “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”⁵⁵

⁵² Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, de 2 de julio de 2014, e Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, de 22 de julio de 2014.

⁵³ Vid. Nota 12.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2015 de 24 de septiembre. FJ 4.

⁵⁵ LAFUENTE BENACHES, M^a MERCEDES. op. cit. nota 14, pág. 14.

6. CONCLUSIONES.

En el supuesto analizado, nos encontramos con tantos conflictos jurídicos como políticos, donde el momento elegido y el mecanismo empleado, para una decisión que pudo haberse adoptado hace años, no ha hecho sino reavivar viejas discusiones y sacar lo peor de una sociedad que no termina de cerrar bien sus heridas. La exhumación de Franco, como primera medida de un Gobierno que accedió al poder mediante una Moción de Censura - opción tan repentina como legítima-, no hizo sino encender las alarmas de un uso electoralista de los enterrados en el Valle de los Caídos. Las denuncias a la Junta Electoral Central, más o menos justificadas, no difirieron mucho de un pensar algo generalizado en nuestra sociedad, habida cuenta de la trascendencia de la decisión adoptada y su paralelismo a los procesos electorales vividos el último año, de ahí el incalculable número de conflictos surgidos a raíz de la aplicación del Real Decreto-Ley 10/2018, tanto en el plano jurídico, como en el político-social.

Si bien la convalidación de un Decreto-Ley no comportaba su automática constitucionalidad, al tratarse realmente de una *fiscalización en clave eminentemente política*,⁵⁶ sí que daba la pista de que dicha normativa bien podía haberse tramitado positivamente a través del Parlamento. Justificar la necesidad de trasladar a Franco del Valle de los Caídos no era difícil de conseguir, ni tampoco imposible obtener en las Cortes un mínimo de consenso para su puesta en práctica, ahora bien, intentar demostrar una repentina urgencia por corregir una situación que venía dándose desde hacía más de 40 años para acelerar su ejecución, sí que ha terminado por traer más enfrentamientos que concordia en la sociedad española.

A todo ello se suma un gran problema que veníamos arrastrando en el mundo del Derecho, como es la identificación de una posición procesal con la causa cuyos derechos ampara. Me estoy refiriendo tanto a los abogados que siguen defendiendo el derecho a una justa defensa de los responsables de delitos de máxima gravedad, como a los jueces y magistrados que también amparan el derecho de éstos a una tutela judicial efectiva, ambos se están viendo en los últimos años vilipendiados por una sociedad que los asocia con una causa que no es la suya, y en este caso, lo hemos vuelto a ver. El mismo día que salió el Auto del Tribunal Constitucional, donde se reconocía que Franco había sido Jefe del Estado español, saltaron todas las alarmas mediáticas ante un Tribunal que “legitimaba el franquismo”, y esto es solo un ejemplo. Intentar afirmar con rotundidad que tanto los magistrados del Tribunal Supremo, a la hora de no elevar la cuestión de inconstitucionalidad, como los del Tribunal Constitucional, al inadmitir el recurso de amparo por “manifiesta inexistencia de vulneración de derechos fundamentales”, no se han visto mínimamente influenciados por la trascendencia del caso y la posibilidad de ser tachados como “franquistas” es pretender definitivamente cerrar los ojos al mundo que nos rodea.

Todo ello nos ha traído a un debate que trasciende el hecho concreto ¿el fin justifica los medios? Nadie puede negar la legitimidad de los fines perseguidos por el Real Decreto-Ley 10/2018, pero sí que podemos -y debemos- poner en tela de juicio los mecanismos

⁵⁶ CARMONA CONTRERAS, ANA MARÍA: “El decreto-ley en tiempos de crisis”. *Revista Catalana de Dret Públic* 47 (2013), pág. 16.

empleados para la consecución del mismo. Hacer un uso irregular de potestades gubernamentales para acelerar la ejecución de una decisión y dificultar a los afectados su impugnación judicial, no puede permitirse en una sociedad democrática, pues el propio Derecho nació para establecer unos cauces seguros mediante los cuales hacer valer intereses y derechos legítimos, solo así podemos mantener una sociedad segura alejada de la barbarie.

La permanencia de los restos mortales de Francisco Franco en el Valle de los Caídos era una situación atípica generada *de facto* ante un vacío legal -pues se encontraban enterrados en un espacio público sin título jurídico alguno que le confiriese derecho a su mantenimiento-, que justificaba la adopción de medidas encaminadas a dignificar en igualdad de condiciones todas las víctimas de la Guerra Civil allí enterradas. Pero ello no debía desembocar en una reinhumación contraria a los deseos de la familia Franco, en lugar que por su titularidad pública⁵⁷, no solo obliga a los allegados a avisar con 2 días de antelación la visitas, sino que deja la puerta abierta a futuras exhumaciones por los mismos motivos que en el caso que ahora nos ocupa. Como acertadamente resumió el Prof. ALONSO PÉREZ⁵⁸, la idea transmitida por el italiano DE CUPIS⁵⁹ *“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”*.

Y, en este mismo sentido, sin entrar en profundidad a valorar el contenido de los informes de la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid sobre los posibles lugares de inhumación, pues no es el objeto de este trabajo, es necesario advertir que con la sola lectura del título dado a cada uno de ellos y sin olvidar la dependencia jerárquica del Delegado firmante, hay que darle un valor probatorio relativo, máxime cuando con una lectura más meticulosa de cada uno de ellos tampoco se obtienen unas conclusiones sobradamente justificadas para que sea el propio Gobierno quien determine qué sitio es adecuado para enterrar a un difunto.

En consonancia con todo lo expuesto, resulta innegable cómo la exhumación, traslado y posterior reinhumación de Francisco Franco entra dentro del Derecho a la vida privada y familiar de sus nietos, promotores del P.O. 75/2019 seguido ante el Tribunal Supremo. En palabras del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos “el concepto de “vida privada” es un término amplio no susceptible de definición exhaustiva”⁶⁰ por lo que no parece lógico excluir de su ámbito de aplicación un supuesto de hecho que comparte tantos elementos con los de las sentencias europeas reseñadas.

Así las cosas, y trayendo a colación el estudio realizado en el apartado anterior sobre los requisitos que debe reunir toda injerencia de la autoridad pública para considerarse

⁵⁷ Real Decreto 335/2019, de 26 de abril, de desafectación de una concesión de titularidad del Patrimonio Nacional.

⁵⁸ Vid. Nota 15.

⁵⁹ De Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Giuffrè. Milán, 1982, pág. 259.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de mayo de 2006 para el asunto Estate of Kresten Filtenborg Mortensen c. Dinamarca.

legítima, llegamos a la conclusión de que si bien nos encontramos ante la búsqueda de un objetivo legítimo que podría incardinarse dentro de los enumerados en el art. 8.2 CEDH, a la hora de determinar si estamos frente a una necesidad en una sociedad democrática, el requisito de “necesidad imperiosa o apremiante” así como el de “proporcionalidad” resulta de dificultosa justificación, lo cual, sumado al control de legalidad del Decreto-Ley 10/2018, de 24 de agosto, que, según los motivos antedichos, reúne considerables deficiencias, nos obliga a admitir la existencia de al menos una duda razonable a favor de la alegada vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Estado español.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISPRUDENCIALES.

- Abogacía General del Estado. *Tratamiento jurídico (inhumaciones, exhumaciones, ordenamiento y acondicionamiento digno) de los restos mortales localizados en el Valle de los Caídos. Evolución de la normativa funeraria, sanitaria y forense desde la Segunda República hasta nuestros días. Examen de la normativa vigente en el ámbito estatal, autonómico y local y, de la incidencia que tiene el hecho de que los restos mortales se encuentren en un lugar de culto católico*. Ponente: Raquel Ramos Vallés, 2011.
- Alonso Pérez, Mariano. *Daños causados a la memoria del difunto y su reparación*. <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>
- Aragón Reyes, Manuel. *Uso y Abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*. Iustel. Madrid, 2016.
- Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff – Misión España*. 2014.
- Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias – Misión España*. 2014.
- Carmona Contreras, Ana M^a. “El decreto-ley en tiempos de crisis”. *Revista Catalana de Dret Públic* 47 (2013).
- Congreso de los Diputados. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Publicaciones/Dias.es>
- De Cupis, Adriano. *I diritti della personalità*. Giuffrè. Milán, 1982.
- Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid. *Problemas de seguridad y orden público derivados de la inhumación de Francisco Franco en la cripta de la Catedral de la Almudena*. 2018.
- Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid. *Informe sobre las condiciones de seguridad de la cripta de la capilla del Cementerio municipal de El Pardo-Mingorrubio para la inhumación de los restos de Francisco Franco Bahamonde*. 2019.
- González García, Ignacio. “La trascendencia constitucional del deficiente control del decreto ley autonómico”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 111 (2017).
- Gobierno de España. Referencias Consejo de Ministros. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/index.aspx>
- Gobierno de España. Portal de la Transparencia. <https://transparencia.gob.es/>
- Junta Electoral Central. Acuerdos de la Junta Electoral Central. <http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina>

Lafuente Benaches, M^a Mercedes. “¿Cabe exhumar por Decreto-Ley?”. *Revista General de Derecho Administrativo* 49 (2018).

Ministerio de la Presidencia. *Informe de la Comisión de Expertos para el Futuro del Valle de los Caídos*, 2011.

Sentencia del TEDH de 23 de junio de 1993, para el asunto Ruiz Mateos c. España.

Sentencia del TEDH de 29 de abril de 2002 para el asunto Pretty c. Reino Unido.

Sentencia del TEDH de 15 de mayo de 2006 para el asunto Estate of Kresten Filtenborg Mortensen c. Dinamarca.

Sentencia del TEDH de 14 de febrero de 2008 para el asunto Hadri-Vionnet c. Suiza.

Sentencia del TEDH de 6 de junio de 2013 para el asunto de Sabanchiyeva y otros c. Rusia

Sentencia del TEDH de 24 de junio de 2014 para el asunto Petrova c. Letonia.

Sentencia del TEDH de 13 de enero de 2015 para el asunto Elberte c. Letonia.

Sentencia del TEDH de 20 de septiembre de 2018 para el asunto de Solska y Rybicka c. Polonia

Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 2 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1989, de 20 de mayo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2005, de 3 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007, de 28 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 129/2013, de 4 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2015, de 19 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2015 de 24 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2016, de 1 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2018, de 7 de junio.

Auto del Tribunal Constitucional de fecha 17 de octubre de 2019 (rec. núm. 5790/2019)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1279/2019, de 30 de septiembre (P.O. 75/2019)