



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**HISTORIA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA JURÍDICA, MORAL
Y POLÍTICA**

HISTORIA DEL DERECHO

Curso 2021/2022

LA EXALTACIÓN DEL FRANQUISMO EN ESPAÑA:

PANORAMA ACTUAL Y POSIBLES REFORMAS

LEGISLATIVAS

Pablo Lorenzo Carracedo

Dirigido por M^o Eugenia Torijano Pérez

Junio de 2022

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**Departamento de Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y
política**

Área de Historia del Derecho

**LA EXALTACIÓN DEL FRANQUISMO EN
ESPAÑA:
PANORAMA ACTUAL Y POSIBLES
REFORMAS LEGISLATIVAS**

**THE EXALTATION OF FRANCOISM IN SPAIN:
THE CURRENT PANORAMA AND POSSIBLE
LEGISLATIVE REFORMS**

Pablo Lorenzo Carracedo

pablolorenc98@usal.es

Dirigido por M^o Eugenia Torijano Pérez.

RESUMEN

Este trabajo pretende examinar el fenómeno de los actos y homenajes franquistas en España y la existencia de fundaciones que los respaldan. El proceso de transición democrática vivido en nuestro país nunca supuso una ruptura explícita con la legalidad franquista, por lo que la actuación de los poderes públicos a la hora de perseguir actos que ensalzan u homenajean a la dictadura siempre ha sido tardía y escasa. Además, nuestra Constitución no propugna un modelo de democracia militante, por lo que la aprobación de normas que limiten este tipo de actos podría ser contraria a la libertad de expresión. Se analizará, por lo tanto, cuál es el marco legal que regula esta situación y qué reformas se han anunciado hasta ahora desde el actual Gobierno para perseguir la exaltación de la dictadura franquista.

PALABRAS CLAVE: dictadura franquista, libertad de expresión, fundaciones, apología, democracia militante.

ABSTRACT

This essay aims to examine the phenomenon of Franco's acts and tributes in Spain, and the existence of foundations that support them. The process of democratic transition experienced in our country never meant an explicit break with Franco's legality. Therefore, the action of the public powers when prosecuting acts that praise or pay homage to the dictatorship has always been late and scarce. In addition, our Constitution does not advocate a model of militant democracy, so the approval of regulations that limit this type of act could be contrary to freedom of expression. We will analyze, therefore, what is the legal framework that regulates this situation and what reforms have been announced so far by the current Government to prevent the exaltation of the Franco dictatorship.

KEYWORDS: Franco's dictatorship, freedom of speech, foundations, apology, militant democracy.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA SINGULARIDAD DE LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA
3. ANOMALÍAS DEMOCRÁTICAS: ACTOS DE EXALTACIÓN FRANQUISTA Y FUNDACIONES
4. MARCO LEGAL Y REFORMAS LEGISLATIVAS PENDIENTES
 - 4.1. Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión
 - 4.2. Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones
 - 4.3. Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución y violencia durante la guerra civil y la dictadura
 - 4.4. El Proyecto de Ley de Memoria Democrática
5. EL MODELO DE DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL EN ESPAÑA: PERSPECTIVA PENAL DE LA EXALTACIÓN FRANQUISTA
 - 5.1. La apología del art. 18.1 CP en relación con el enaltecimiento o justificación del terrorismo del 578 CP
 - 5.2. Los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP
6. CONCLUSIONES
7. ANEXO
8. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

En un momento en el que se cumple casi medio siglo de la muerte de Francisco Franco, el legado de la dictadura sigue generando acalorados debates entre la clase política española. La construcción de una Memoria colectiva en torno a lo que significó el franquismo continúa siendo una tarea pendiente, y un sector de la población - aunque minoritario - se ha valido del sistema de derechos y libertades que otorga nuestra Constitución para exaltar la dictadura. En este trabajo, por tanto, se pretende abordar, desde una perspectiva tanto jurídica como politológica, la cuestión de la exaltación del franquismo en España en sus múltiples dimensiones, pero centrándonos especialmente en los actos de homenaje a Franco y demás dirigentes del Régimen y a la existencia de fundaciones que ensalzan su figura.

Para ello, sirviéndonos de fuentes jurídicas, históricas y periodísticas, trataremos de buscar las causas de este fenómeno - que supone una anomalía en Europa occidental y ha sido señalado por instancias internacionales como un grave déficit democrático que se vive en nuestro país¹.

En primer lugar, se examinará el singular proceso de transición democrática que se vivió en España entre los años 1975 -1982, a la hora de explicar la falta de voluntad política para impulsar medidas más contundentes contra la exaltación del franquismo y el menosprecio a las víctimas de la dictadura. Es un hecho comúnmente aceptado que, en los años que siguieron a la muerte del general Franco, y para lograr un acomodo de las élites del Régimen al nuevo marco constitucional, se debieron hacer numerosas concesiones por parte de la oposición democrática. En este sentido, la Transición fue un proceso que, si bien no estuvo exento de tensiones y enfrentamientos, en general se optó por la transigencia y el olvido, y en el que no se produjo una ruptura explícita con el franquismo por el peligro que supondría para la consolidación de la democracia. Es por ello que nuestro país siempre se ha mostrado muy reticente a abordar, al menos legalmente, este período de su historia, y leyes como la de Amnistía de 1977 actuaron como una barrera legal para enjuiciar los crímenes de la dictadura.

¹ Miguel Baquero, J. (21 de marzo de 2016). “Un informe del Consejo de Europa abronca a España por abandonar a las víctimas del franquismo” *El Diario.es*. (Consultado el 14 de abril de 2021). https://www.eldiario.es/sociedad/europa-espana-abandono-victimas-desaparicion_1_4095192.html

En segundo lugar, se examinará el modelo de democracia procedimental que propugna nuestra Constitución, como presupuesto en el que se amparan tanto grupos de extrema derecha como nostálgicos del franquismo para realizar todo tipo de actos de apoyo a la dictadura. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha referido en varias ocasiones a que la democracia española “ampara también a quienes la niegan”, y se aleja de un modelo de democracia militante -como el que rige en Alemania - al suponer una quiebra del derecho a la libre expresión. Así, en este trabajo pretendemos también exponer qué consecuencias tiene este marco legal en la exaltación del franquismo, y qué recorrido jurídico pueden llegar a tener las reformas anunciadas desde los partidos de la izquierda para reformar el Código Penal. En concreto, se examinarán los delitos de apología y enaltecimiento, y se tratará de determinar qué encaje tienen los actos franquistas y fascistas en estos supuestos.

Finalmente, se extraerán las conclusiones pertinentes, al tiempo que se propondrán ideas y se tratará de contribuir al debate de cómo abordar este fenómeno en el marco de la convivencia democrática. Es evidente que todo proyecto nacional necesita, para ser exitoso, conseguir un cierto grado de cohesión social, de manera que la ciudadanía se reconozca en sus instituciones y participe en ellas. Esto solo se puede lograr construyendo una memoria democrática colectiva, y reconociendo la dignidad y los derechos de quienes han sido víctimas en el pasado.

2. LA SINGULARIDAD DE LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA

Los regímenes políticos no son estáticos. El cambio político es, de hecho, un fenómeno frecuente en nuestras sociedades, y el estudio de sus procesos y consecuencias conforma un tema recurrente en la politología. A partir de los años 70, siguiendo las experiencias vividas en el sur de Europa y América latina, diversos académicos comenzaron a desarrollar teorías sobre los procesos de transición democrática. Esta puede definirse, atendiendo a un contenido mínimo, como el proceso radical de transformación de las reglas y los mecanismos de participación y competencia política². Se produce, por lo tanto, un cambio en la correlación de fuerzas de los actores políticos que operan dentro del sistema, ya sea desde la sociedad civil, las fuerzas armadas, o los partidos políticos existentes.

²Dahl, R. (1971). *La poliarquía. Participación y oposición*.

Siguiendo el modelo que expone S. Huntington en *La tercera ola*, las transiciones políticas pueden enmarcarse en tres modelos, atendiendo a la correlación de fuerzas que exista entre el gobierno y la oposición: por un lado la transformación (*Transformation*); el reemplazo (*Replacement*); y el traspaso (*Transplacement*). En una transformación, las élites políticas son las que siguen manteniendo la mayor cota de poder, y por lo tanto son ellas las que se encargan de conducir el país hacia el nuevo sistema pluralista; se trata de sectores aperturistas que aspiran a mantenerse en el poder de forma legitimada. En el reemplazo, por el contrario, ocurre que los grupos de oposición son quienes detentan un mayor poder, por lo que logran imponer un nuevo sistema según sus propios términos, sin necesidad de alcanzar un acuerdo con el Gobierno; se da una ruptura explícita con la legalidad vigente. Por último, en el traspaso ocurre una situación intermedia: hay un sector oficialista que sigue manteniendo gran parte del poder, pero a la vez existe una oposición organizada y con capacidad de influencia en el proceso de cambio político.

Gran parte de los académicos están de acuerdo en que este último modelo es el que más se aproxima al caso español, al existir un equilibrio de fuerzas que hizo indispensable el pacto entre adversarios. La particularidad de la Transición española radica en que las nuevas instituciones democráticas se crearon desde la legalidad franquista, siendo el ejemplo más claro la aprobación de la Ley para la Reforma Política, ratificada por las Cortes españolas en noviembre de 1976, y que llevaba implícita la desaparición de las mismas. En palabras del Presidente de las Cortes Torcuato Fernández Miranda, se trataba de pilotar la Transición “*de la ley, a la ley, pasando por la ley*”.

Es innegable que el proceso de transición española fue el resultado conjunto de una amplia mayoría social que apostaba por una verdadera democracia³. No obstante, no debemos perder de vista el papel que jugaron determinados poderes fácticos que tutelaron esa democratización. En este sentido, las negociaciones que se vivieron durante esos años e incluso la propia redacción de la Constitución estuvieron atravesadas por unas líneas rojas sobre las que no había discusión alguna. El papel del Ejército - por la posible amenaza golpista que representaba - y la figura de la Monarquía fueron cuestiones blindadas de antemano. Los poderes económicos presentes durante el franquismo tampoco fueron

³ Ysàs, P. (2010). *La Transición española. Luces y sombras. Ayer*, 31-57.

depurados, y la Iglesia católica conservó gran parte de los privilegios de los que disfrutó durante la dictadura.

Si bien es cierto que tras las primeras elecciones democráticas los elementos más recalcitrantes del franquismo quedaron restringidos a una extrema derecha casi marginal, las antiguas élites políticas del Régimen se aglutinaron en torno a Alianza Popular de Manuel Fraga, que con el tiempo acabó convirtiéndose en el principal partido de la oposición en España. El caso de Alianza Popular reflejó el paradigma de lo que algunos autores han llegado a denominar como el franquismo sociológico⁴, según el cual aquellos favorecidos por el Régimen acabaron acomodándose a la democracia, pero sin por ello renegar o promover una ruptura explícita con el régimen anterior⁵.

Todo lo anterior pone en evidencia que, en gran medida, el proceso de Transición a la democracia sólo fue posible al dejar fuera del debate cualquier revisionismo del pasado franquista; la Ley de Amnistía de 1977 es un claro ejemplo de ese intento de hacer *tabula rasa*, ya que mediante esta norma se impidió el enjuiciamiento ante los Tribunales de crímenes de lesa humanidad. Rescatando unas palabras de Paloma Aguilar⁶, a propósito de la aprobación de la Ley de Amnistía: “que no hubiera un debate sobre esa cuestión se debe a las circunstancias del momento: entonces no se planteaba que se pudiera juzgar al franquismo. El control del Ejército, la Policía y parte de la Justicia por las élites franquistas era tan incontestable que la izquierda vio como una concesión necesaria, a cambio de la amnistía para la oposición, la impunidad del franquismo (...)”.

Parte de este trabajo pretende, por lo tanto, revisar el relato excesivamente edulcorado que a menudo se ha presentado de la Transición. Es evidente que, como proyecto político, permitió que España se desarrollase en un Estado de Derecho y se reconociesen las libertades públicas de las que hoy gozamos, pero que también tuvo como contraparte el olvido y el silencio de quienes fueron represaliados por la dictadura. La pacificación social y el traspaso no violento del poder no fue acompañado de medidas restaurativas para las víctimas hasta bien entrado

⁴ Recio, G. S. (2004). *La persistencia del franquismo en la sociedad española actual*. In *Actas del IV Simposio de Historia Actual: Logroño, 17-19 de octubre de 2002* (pp. 93-112). Instituto de Estudios Riojanos.

⁵ Antonio Maestre. «La mayoría silenciosa, el PP y el franquismo sociológico». *La Marea*, 6 de octubre de 2013

⁶ Paloma Aguilar, Ignacio Sánchez-Cuenca. “Amnistía: ¿espíritu legislador o espíritu de los tiempos?”. *El País*, 30 de noviembre de 2021.

del siglo XXI, e incluso estas se hicieron de manera incompleta. Es cierto, como se apunta desde algunos sectores, que un choque demasiado frontal contra el franquismo podría haber dado al traste con los intentos de apertura - la posibilidad de un golpe de las Fuerzas Armadas, constatado en el 23F, fue una amenaza muy presente durante aquellos años. Una apuesta demasiado firme por ofrecer justicia de forma inmediata puede poner en riesgo la gobernabilidad del propio sistema, como ilustra de manera clara la experiencia Argentina cuando se derogó la Ley de Pacificación Nacional - una ley de amnistía - durante la presidencia de Raúl Alfonsín⁷. Del mismo modo, una política en la que solo primase la pacificación acabaría por dejar impunes los crímenes del régimen autoritario, y dejaría sin curar la brecha entre vencedores y vencidos, imponiendo ciudadanos de primera y segunda clase. A este respecto, la literatura académica⁸ habla de *justice située* - justicia adaptada al momento y a las circunstancias; o en otras palabras, “dar tanta justicia como paz lo permita”.

Si bien en este trabajo suscribimos esta postura, también sostenemos que, en el momento actual, cuando han pasado ya más de cuarenta años desde la muerte del dictador y la democracia está plenamente asentada en nuestro país, no hay motivo alguno para no llevar a cabo las reformas pertinentes, más que la evidente falta de voluntad política. No se trata, como sostienen los detractores de estas reformas, de abanderar un espíritu revanchista o de reabrir viejas heridas. Se trata de ser consecuentes con nuestro pasado y actuar conforme a nuestras convicciones democráticas, manteniendo una postura firme frente a quienes menosprecian a las víctimas de la dictadura y promueven unos valores con los que la mayoría social de nuestro país no se siente en absoluto representada. Culminar el proyecto político de la Transición ofreciendo justicia y reparación a las víctimas, y a su vez acabar con las anomalías democráticas que se siguen generando en nuestro país, en el que la extrema derecha sigue gozando de una patente impunidad a la hora de verter sus proclamas.

⁷ Aguilar, P. (2013). *Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina*. Revista internacional de sociología, 71(2), 281-308.

⁸Ezequiel Malarino, *Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas*, cit., p. 423

3. ANOMALÍAS DEMOCRÁTICAS: ACTOS DE EXALTACIÓN FRANQUISTA Y FUNDACIONES

Centrándonos en el tema que nos atañe, el de la exaltación del franquismo - ya sea mediante actos individuales o a través de fundaciones - la respuesta legislativa ha sido escasa y tardía, cuando no directamente inexistente. En las siguientes páginas nos centraremos en exponer qué actos han tenido lugar en España en los últimos años que, a nuestro juicio, suponen un ataque hacia las víctimas del franquismo, y qué marco legal existe al respecto. Se hará alusión a los actos de mayor relevancia, ya sea por número de asistentes o por la significación de los hechos, a la entidad organizadora, así como a la respuesta de las autoridades y la Subdelegación del Gobierno allí donde se produjeron.

2017

El 20 de noviembre tuvo lugar en el municipio cordobés de Lucena un acto de homenaje a Francisco Franco en el aniversario de su muerte⁹. La concentración, a la que acudieron unas veinte personas, se realizó en los alrededores del cementerio municipal, muy cerca de donde se hallaba una fosa común en el que se llevaban a cabo los trabajos de exhumación de 123 víctimas de la dictadura. El acto fue convocado por Juan León Cordón, presidente de Fuerza Nueva Andalucía, organización fundada en Sevilla en 2001 y que defiende los principios y valores de Blas Piñar¹⁰. El acto en cuestión fue autorizado por la Subdelegación de Gobierno de Córdoba y por el Ayuntamiento de Lucena, pese a que La ley de Memoria Democrática andaluza condena expresamente cualquier acto de exaltación del franquismo que pudiera entrañar “descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o sus familiares”¹¹.

Ese mismo año, en Málaga, tuvo lugar el entierro del exministro franquista José Utrera Molina, quien ocupó diversos cargos en Falange y en el Gobierno de la dictadura. Durante el sepelio - al que acudió su yerno, el exministro de Justicia Alberto Ruiz-Gallardón - se entonó el *Cara al Sol*, se alzaron brazos en alto y se entonaron vivas a Franco y a la dictadura. Pese a

⁹ Cela, D. “El Gobierno autoriza un homenaje a Franco junto a la exhumación de una fosa en Córdoba”. *Público*, 22 de noviembre de 2017. <https://www.publico.es/politica/gobierno-autoriza-homenaje-franco-exhumacion-fosa-cordoba.html>

¹⁰Fundador del partido político Fuerza Nueva, ligado a las posiciones más duras del franquismo y contrario a las reformas democráticas de la Transición.

¹¹ Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía. Art. 32.12º

las reacciones políticas condenando el hecho, el caso no tuvo consecuencias judiciales: las denuncias presentadas por Podemos y las Juventudes Socialistas fueron archivadas por la Fiscalía de Delitos de Odio de Málaga¹², a pesar de la Ley andaluza de Memoria Histórica.

2018

En 2018 tuvieron lugar varias concentraciones franquistas en el Valle de los Caídos, meses antes de que se hiciera efectiva la exhumación y traslado del cuerpo del dictador. Los homenajes y las misas conmemorativas habían ido en aumento durante todo ese año, alcanzando su momento más relevante el 20 de noviembre. De nuevo, los actos se cerraron con cánticos y saludos fascistas, banderas preconstitucionales y homenajes frente a las tumbas de Francisco Franco y José Antonio Primo de Rivera. Hay que recordar que la Ley de Memoria Histórica de 2007 establece, respecto al Valle de los Caídos, que “se regirá estrictamente por las normas aplicables con carácter general a los lugares de culto”, y que “en ningún lugar del recinto podrán llevarse a cabo actos de naturaleza política ni exaltadores de la Guerra Civil, de sus protagonistas o del franquismo”¹³.

Cabe destacar, a este respecto, que la finalidad del Valle de los Caídos nunca fue la de conmemorar una “reconciliación nacional” entre españoles. Los que retratan el Valle como un espacio neutral en el que yacen víctimas de ambos bandos eluden hablar de los orígenes y la forma en la que se construyó el mismo. Para la creación de la basílica en Cuelgamuros se utilizó mano de obra de presos políticos republicanos en condiciones de semiesclavitud¹⁴. De las 33.833 personas que reposan en el mausoleo, hay hasta 12.410 que están aún sin identificar, pertenecientes a combatientes republicanos que fueron trasladados al Valle sin el permiso de sus familiares. Pese a la salida del féretro de Franco en 2019, los restos anónimos siguen sin ser exhumados por el momento.

2019

¹² “La Guardia Civil investiga el entierro del franquista Utrera Molina en Nerja”. *El País*, 20 de mayo de 2017. https://elpais.com/politica/2017/05/20/actualidad/1495291450_625123.html

¹³ 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. Art. 16.

¹⁴ Gómez, L. “El Valle de los desconocidos”. *El País*, 21 de octubre de 2007.

En noviembre de 2019 fueron convocados por el Movimiento Católico Español (MCE) diversos actos de homenaje a Franco y a José Antonio Primo de Rivera en varios puntos de la ciudad de Madrid. Se celebraron misas por el aniversario de la muerte del Caudillo, una de las cuales tuvo lugar en el cementerio de Mingorrubio, donde se encuentra actualmente su tumba. El día 22 de noviembre también se convocó la tradicional marcha en honor a José Antonio Primo de Rivera, organizada por Falange Española, que parte de la calle Génova en Madrid y finaliza en el Valle de los Caídos. La marcha tenía como lema “José Antonio, presente. Por la unidad de España”. El día siguiente, sábado 23 de noviembre, se notificó a la Subdelegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid la celebración de un mitin político, auspiciado por el partido Democracia Nacional. Bajo el nombre de “España, foco de la revuelta”, contó con la participación de miembros de la ultraderecha europea como el inglés Nick Griffin, el ruso Stanislav Voriov y el italiano Roberto Fiore¹⁵.

2020 - 2021

En el año 2020, pese a las restricciones por la pandemia, se registraron al menos 50 actos de enaltecimiento del franquismo en diversos puntos del país, la mayoría de ellos el 20 de noviembre¹⁶. En marzo del año siguiente, el Movimiento Católico Español llevó a cabo diversos actos en Madrid para celebrar su “liberación” - la caída de la capital a manos del Ejército nacional al final de la Guerra Civil - para lo cual se fletaron varios autobuses¹⁷. Estos actos de “exaltación nacional” que también se realizaron en el Valle de los Caídos venían a conmemorar el “Día de la Victoria” contra el Gobierno de la Segunda República. La Subdelegación del Gobierno fue informada de estas concentraciones, las cuales autorizó, puesto que en el expediente presentado la marcha se definía como “un acto de protesta contra la Ley de Memoria Histórica”, no una exaltación del franquismo propiamente dicha.

Otro acto que causó una gran repercusión ese año tuvo lugar en Madrid, donde 300 personas participaron en una marcha neonazi en homenaje a los soldados españoles de la División Azul¹⁸. La marcha conmemoraba el 78º aniversario de la batalla de la Krasny Bor, en la que

¹⁵ “Manifestaciones franquistas y antifascistas chocan este 20N”. *Público*, 20 de noviembre de 2019

¹⁶ Albin, D. “Grupos franquistas preparan otro acto en Madrid: así garantiza España el libre enaltecimiento de la dictadura”. *Público*, 20 de marzo de 2021.

¹⁷ “El Gobierno permite las marchas franquistas del domingo tras prohibir el 8-M”. *El Plural*, 23 de marzo de 2021.

¹⁸ “Alrededor de 300 neonazis homenajean en Madrid a la División Azul incitando a incumplir las normas sanitarias”. *Público*, 15 de febrero de 2021.

voluntarios españoles lucharon junto con la Alemania nazi contra la Unión Soviética. Durante la marcha se ondearon banderas con cruces gamadas y se cantaron himnos de corte fascista. Una de las participantes del acto, Isabel Peralta, se dirigió al público para hacer proclamas antisemitas. Declaró que “es nuestra suprema obligación luchar por España, luchar por Europa, ahora débil y liquidada por el enemigo. El enemigo siempre va a ser el mismo, aunque con distintas máscaras: el judío. El judío es el culpable y la División Azul luchó por ello”.

La Federación de Comunidades Judías de España (FCJE) denunció estos hechos ante la Fiscalía de Delitos de Odio de Madrid, por si pudiesen constituir una actividad delictiva. Por su parte, el acto había sido autorizado por la Delegación de Gobierno días antes.

Como podemos observar, la mayor parte de estos actos no son hechos espontáneos, sino que responden a convocatorias hechas por asociaciones y fundaciones que homenajean a Franco y a la dictadura. En este trabajo hemos querido enumerar las principales fundaciones franquistas que existen en nuestro país, exponiendo de forma precisa sus actividades, los miembros de su patronato así como su fin fundacional¹⁹.

La propia existencia de estas fundaciones es un hecho controvertido, y el proyecto del actual Gobierno para ilegalizarlas ha sido cuestionado en un reciente informe del Consejo General del Poder Judicial²⁰, como expondremos más adelante. En cuanto a su funcionamiento y actividades, la mayoría de estas fundaciones destacan por su gran opacidad; solo la Fundación Ramiro Ledesma y la Fundación del Valle de los Caídos han hecho públicos sus estatutos fundacionales. Pese a todo, difícilmente se puede sostener que sus fines sean de interés general o que beneficien a la sociedad en su conjunto: valga el ejemplo de la Fundación Nacional Francisco Franco (FNFF), que en 2016 envió cartas a 335 ayuntamientos españoles para asesorarles a la hora de incumplir la Ley de Memoria Histórica, ofreciendo para ello ayuda legal gratuita. Ante esta situación, el Protectorado de Fundaciones - organismo dependiente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y que se encarga de velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales - anunció que se abriría un

¹⁹ Ver Anexo.

²⁰ Informe sobre el anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 07 de junio de 2021. [Informe al anteproyecto de Ley de Memoria Democrática](#)

proceso de investigación al respecto²¹. Finalmente, la FNFF llevó a cabo una modificación de sus Estatutos para evitar ser sancionada.

Respecto a su financiación, la mayor parte de estas fundaciones se mantiene de forma privada mediante donaciones de sus miembros o diversas rentas de bienes inmuebles; la FNFF, por su parte, sí ha recibido subvenciones públicas en concepto de conservación del patrimonio y documentación histórica²². El hecho de que estos grupos elijan para constituirse la forma jurídica de las fundaciones no es casualidad, ya que al entenderse que persiguen fines “de interés general” su régimen fiscal es mucho más favorable. Además de estar exentas del pago del IBI de los bienes a su nombre, para las donaciones hechas por particulares existe una deducción del 35%, y del 40% si son donaciones habituales²³. Por otro lado, la personalidad jurídica propia de la que gozan las fundaciones favorece su autonomía y dificulta la intervención de los poderes públicos en sus actividades.

4. MARCO LEGAL Y REFORMAS LEGISLATIVAS PENDIENTES

Una vez expuestas de manera pormenorizada lo que, a mi juicio, constituyen graves anomalías democráticas - homenajes, actos y fundaciones de corte fascista - debemos analizar cuál es el encaje que tienen en nuestro marco legal y en nuestro Estado de derecho. Desde una perspectiva jurídica, queremos examinar qué dice la ley al respecto de este fenómeno, y plantear las reformas que se puedan llevar a cabo.

4.1. Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

En primer lugar, debemos señalar que el derecho de reunión y manifestación pacífica es uno de los que mayor protección reciben por parte de los poderes públicos, en tanto que forma parte de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución”²⁴. En

²¹ “El Protectorado de Fundaciones pide cuentas a la Francisco Franco por alentar el incumplimiento de la Ley de Memoria”. *La Información*, 16 de febrero de 2017.

²² “Aznar dio 150.000 euros a la Fundación Francisco Franco en 4 años”. *La Vanguardia*, 25 de mayo de 2017.

²³ Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Artículo 20.

²⁴ Sección 1º, Capítulo 2º, Título 1º de la Constitución Española, “de los derechos fundamentales y las libertades públicas”.

consecuencia, es un derecho que admite muy pocas restricciones, y su ejercicio y contenido se desarrolla en la correspondiente Ley orgánica. Tal y como se establece en el art. 21 CE, *“Se reconoce el derecho de reunión pacífica sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”*.

En este sentido, la celebración de manifestaciones deberá ser comunicada por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente por los organizadores o promotores de las mismas, con una antelación de diez días como mínimo y treinta como máximo - para los denominados “casos de urgencia” la comunicación podrá hacerse con 24 horas de antelación, de manera excepcional.

La comunicación deberá hacerse mediante un escrito en el que se hará constar el nombre, apellidos, domicilio e identificación de los promotores de la manifestación; el lugar, la fecha, hora y duración prevista, así como el objeto de la misma; el itinerario proyectado por el que transcurrirá; y finalmente, las medidas de seguridad previstas por los organizadores o los que se soliciten a la autoridad gubernativa. Posteriormente, la Subdelegación del Gobierno remitirá al Ayuntamiento del lugar en el que se realice la manifestación los datos del escrito de comunicación, a fin de que éste pueda informar sobre las circunstancias del recorrido propuesto (conurrencia con otros actos, condiciones de seguridad de los lugares, etc.).

La prohibición, o en su caso, modificación de una manifestación puede producirse si la autoridad gubernativa considera que existe un riesgo fundado de alteración del orden público, o de riesgo para las personas o los bienes. En este sentido, los promotores de una manifestación que hubiese sido previamente prohibida o suspendida “siempre que con ello pretendieran subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, en los términos que establece en art. 514.5 del CP.

4.2. Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones

Esta Ley tiene como objeto la regulación de los entes fundacionales, recogiendo el mandato constitucional que reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley (art. 34 CE). Esta Ley vino a sustituir la norma anterior de 1994, otorgando mayor discrecionalidad a las fundaciones con el objetivo de favorecer la iniciativa privada llevando a cabo actividades de interés general. También se pretendió flexibilizar y simplificar sus procedimientos de carácter económico y financiero, dotándolas de un régimen fiscal mucho más favorable con el fin de dinamizar su uso.

Esta norma vino a asentar un enfoque procedimental y sustantivo en la constitución de las fundaciones, alcanzando personalidad jurídica con la simple concurrencia de los requisitos marcados por la ley, sin que sea necesaria una autorización o concesión formal por parte de la Administración. Tal y como se establece en su artículo 2: “*son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley*”. Se entiende que los requisitos fundamentales para constituir una fundación son, por lo tanto, tener un patrimonio, perseguir fines de interés general y carecer de ánimo de lucro, a lo que habría que añadir la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones.

La cuestión de los fines, en el caso de las fundaciones franquistas, radica en si sus actividades de exaltación y defensa de la dictadura pueden considerarse “de interés general”. Ciertamente, la Ley de Fundaciones no ofrece una definición taxativa de este término, y sólo comenta, en su artículo tercero, que tendrán consideración de fines de interés general, entre otros: “*la defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico*”.

Para no contradecir lo dispuesto en esta ley, la mayoría de las fundaciones franquistas han adaptado sus Estatutos, de manera que no se recoge la exaltación del franquismo - en cuanto a ideología o en cuanto a sus crímenes - como un fin en sí mismo, aludiendo en su lugar al “estudio histórico” de estos dirigentes. Así, la FNFF establece como su principal fin “difundir y promover el estudio y el conocimiento sobre la vida, el pensamiento, el legado y la obra de Francisco Franco Bahamonde, en su dimensión humana, militar y política, así como sobre las realizaciones de los años de su mandato como Jefe del Estado Español, Capitán General y Generalísimo de los Ejércitos”. Solo las fundaciones que persigan fines tipificados como delitos pueden ser ilegalizadas, según dice nuestra Constitución²⁵. En este sentido, el enaltecimiento como pretendida causa de extinción de las fundaciones presenta muchas dudas jurídicas. Las reformas legales que se quieran hacer al respecto tendrán que tener esto en cuenta, ya que de lo contrario se estaría invadiendo el derecho a la libertad ideológica y de expresión recogida en la Constitución²⁶.

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

La Ley 52/2007, conocida como Ley de Memoria Histórica, fue fruto del compromiso del primer Gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero con los colectivos de víctimas y demás actores civiles que demandaban un reconocimiento y reparación público por la represión sufrida, por ellos mismos o por familiares²⁷. Esta Ley contó con el respaldo de la mayoría de grupos parlamentarios - a excepción del PP, quien mantuvo una dura oposición, y ERC, quien votó en contra por considerarla insuficiente.

Fue una ley muy audaz a la hora de legislar sobre ciertos aspectos, como las medidas restaurativas o la retirada de simbología franquista, pero que no abordó plenamente otras cuestiones referentes a la exaltación y enaltecimiento público del franquismo. Sobre este

²⁵ Artículo 34.2 en relación con el artículo 22.2. CE.

²⁶ Informe sobre el anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 07 de junio de 2021, Apartado 156; y STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2º.

²⁷ En su Exposición de motivos, la Ley alude a dos antecedentes concretos: por un lado, a la Proposición no de ley que la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad en 2002; y por otro lado, a la declaración del Consejo de Europa de 2006, donde se denunciaron las violaciones de Derechos Humanos cometidos en España entre 1939 y 1975.

último tema, que es el objeto de nuestra investigación, la Ley de Memoria Histórica pasa solo superficialmente: en lo referente al Valle de los Caídos, establece que *“en ningún lugar del recinto podrán llevarse a cabo actos de naturaleza política ni exaltadores de la Guerra Civil, de sus protagonistas, o del franquismo”* (art.16. 2). Este precepto fue escasamente cumplido en la práctica, pese a que en su Disposición Adicional sexta la Ley exhorta a la fundación gestora del Valle a *“fomentar las aspiraciones de reconciliación y convivencia que hay en nuestra sociedad”*. Tanto en la Basílica como en el recinto exterior se siguieron realizando concentraciones con simbología fascista y banderas preconstitucionales. Cabe destacar que esta Ley también contenía un mandato según el cual *“en el Valle de los Caídos solo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española (...)”*, lo que habría de llevar en 2019 a la exhumación de Franco, con el fin de que el Valle se pudiese resignificar definitivamente como un verdadero lugar para la reconciliación y la memoria.

Podemos decir, por lo tanto, que esta es una Ley que se centra principalmente en las medidas restaurativas, de resarcimiento y de pago de indemnizaciones a quienes fueron víctimas de la represión. Pretende sentar un marco jurídico para llevar a cabo una reparación - material y simbólica - a los represaliados de la Guerra Civil y la dictadura, lo cual constituye, a mi juicio, una buena comprensión de los principios en los que se debe basar la justicia transicional. Cerrar la brecha entre vencedores y vencidos es imprescindible si se quiere lograr una sociedad cohesionada, y ello pasa por reconocer la memoria compartida de todos los españoles.

Tras el impulso que supuso la Ley estatal a la hora de regular políticas para la memoria, algunas Comunidades Autónomas aprobaron sus propias normativas, con resultados desiguales. Para el tema que nos ocupa es necesario aludir a la Ley de Memoria Histórica y Democrática andaluza, aprobada en 2017. Constituye una de las normas más ambiciosas en esta materia, en tanto que abarca cuestiones que no fueron reguladas por la Ley estatal. Se centra, en primer lugar, en las actividades de localización, exhumación e identificación de fosas comunes. Hay que recordar que Andalucía es, junto con Aragón, una de las Comunidades que más sufrió durante la contienda: se calcula que 45.556 personas fueron asesinadas por el bando nacional, y arrojadas después a 708 fosas comunes. La norma prevé también la creación de “lugares y senderos de memoria democrática”, en los que conmemorar

sucesos que allí se hubiesen producido en la lucha de los derechos y libertades democráticas del pueblo andaluz.

Asimismo, uno de los elementos más novedosos de la Ley andaluza se encuentra en su artículo 32, que regula “símbolos y actos contrarios a la Memoria Histórica y Democrática”. Establece este artículo en su apartado 12º que las administraciones públicas de Andalucía, en el marco de sus competencias, “*prevendrán y evitarán la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, exaltación del golpe militar o del franquismo, u homenaje o concesión de distinciones a las personas físicas o jurídicas que apoyaron el golpe militar y la Dictadura*”. Se establece, por lo tanto, una potestad administrativa para evitar actos y concentraciones franquistas en lugares públicos, como las que ocurren cada año el 20 de noviembre o el 17 de julio. El Gobierno de la Junta de Andalucía intentó sentar así un importante precedente para perseguir estos actos por la vía administrativa, imponiendo multas de diversa cuantía según la infracción se considere “leve”, “grave” o “muy grave”, así como la posible retirada de subvenciones públicas. No obstante, este artículo 32.12º ha suscitado una fuerte controversia, y no pocas discusiones en la doctrina y la judicatura, al considerar que entra en colisión con otras normas de mayor rango, y que contradice principios fundamentales como el de libertad de expresión.

4.4. El Proyecto de Ley de Memoria Democrática

En el año 2021, el Gobierno de coalición anunció la intención de dar un nuevo impulso a las políticas de memoria mediante la aprobación de una nueva Ley de Memoria Democrática, que vendría a sustituir a la de 2007. Este proyecto de Ley, que aún debe debatirse en las Cortes, recoge algunas de las iniciativas que se han regulado ya en las leyes autonómicas, y pretende dar un salto cualitativo respecto a la normativa anterior.

Como ya hemos adelantado, este proyecto de ley suscita dudas por parte de la doctrina en algunos de sus preceptos, que podrían no ajustarse a la legalidad vigente. El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) emitió un informe que considero pertinente comentar, ya que en él se ilustran de manera clara los principales problemas que entraña la persecución de este tipo de actos desde el punto de vista legal y judicial.

Una de las novedades de este Proyecto de Ley es la creación de un Fiscal de Sala de Derechos Humanos y Memoria Democrática, que se encargará de investigar “*los hechos producidos durante la Guerra Civil y la Dictadura, hasta la entrada en vigor de la Constitución, que constituyan violaciones de los Derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario*”. Esta última alusión al Derecho Internacional Humanitario no es casual; lo que se pretende de esta forma es investigar aquellos crímenes que en la actualidad se encuentran amparados por la Ley de Amnistía de 1977. Este precepto, por lo tanto, debe enlazarse con la reforma paralela que el Gobierno pretende hacer de esta ley, para que su interpretación se haga de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸. No obstante, aún habiendo dejado sin efectos a la Ley de Amnistía, parte de la jurisprudencia²⁹ sostiene que, según el principio de legalidad - 9.3 CC - no podrían juzgarse en España los delitos de lesa humanidad cometidos en ese período, ya que no fueron incorporados a nuestro Código Penal hasta 2004.

Otro de los aspectos en los que este Anteproyecto intenta sentar un importante precedente es en lo relativo a la extinción de fundaciones franquistas. En su Disposición Adicional quinta, establece como causa de extinción de las fundaciones el hecho de que estas no persigan fines de interés general, y como “contrario al interés general” se entenderá la apología o exaltación del golpe de Estado, de la Guerra Civil y de la dictadura, cuando se haga con menosprecio o humillación a la dignidad de las víctimas por su condición de tales, o bien se incite directa o indirectamente al odio o a la violencia contra las mismas. El Protectorado de Fundaciones sería el organismo responsable de instar judicialmente la extinción de la fundación, por concurrencia de causa recogida en la Ley de Memoria Democrática. Además, el órgano judicial podrá, de oficio o a instancia de parte, acordar la suspensión provisional de las actividades de la fundación hasta que se dicte sentencia.

²⁸ El tenor literal del texto expresa lo siguiente: “*Todas las leyes del Estado español, incluida la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, se interpretarán y aplicarán de conformidad con el Derecho internacional convencional y consuetudinario y, en particular, con el Derecho Internacional Humanitario, según el cual los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amnistiables*”.

Hay que destacar que la jurisprudencia del TEDH vincula a España en tanto que Estado firmante de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por otro lado, España no ha ratificado aún la Convención de la ONU sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXXIII) que sí que permitiría investigar de forma directa los crímenes del franquismo.

²⁹ STS 101/2012, de 27 de febrero, Sala de lo Penal.

<https://s.libertaddigital.com/doc/sentencia-del-supremo-sobre-la-causa-del-franquismo-41912518.pdf>

A este respecto, el informe del CGPJ hace algunas precisiones. En primer lugar, para que la exaltación del franquismo por parte de estas fundaciones pudiese constituir una conducta delictiva, subsumible en el tipo penal de enaltecimiento - art. 18 CP - o de asociación ilícita - 515.4 - es preciso que dichos actos generen un clima de “violencia, odio u hostilidad” hacia estos grupos o personas (las víctimas de la dictadura) que fomentase o promoviese, directa o indirectamente, la comisión de un delito contra los mismos. De lo contrario, afirma el CGPJ, perseguir la apología del franquismo invadiría el derecho a la libertad ideológica consagrada en la Constitución. Asimismo, también sostiene que entra dentro de las competencias del legislador limitar aquellas manifestaciones que puedan suponer un ataque contra la dignidad de las víctimas del franquismo, siempre que por imperativo del derecho de igualdad, se tutele la dignidad de las demás víctimas de derechos humanos acaecidas en el mismo período histórico³⁰. Sobre este punto cabe decir que el hecho de que la norma especifique la apología del franquismo como causa de extinción de la personalidad jurídica se debe, fundamentalmente, a que esta es una cuestión que no se da en torno a otras dictaduras. Comparativamente, el fenómeno de las fundaciones franquistas no tiene parangón en la sociedad española - no existen fundaciones ensalzando el estalinismo o el nazismo, por ejemplo. Es cierto que la norma jurídica debe cumplir siempre unos criterios de generalidad, pero ello no implica que deba ser ajena a la realidad sobre la que actúa.

Otra de las apuestas de este Proyecto de Ley consiste en regular los “actos contrarios a la memoria democrática”, en la sección 1º del Capítulo IV. Este precepto pretende impedir la celebración de actos como los descritos anteriormente, cuando supongan una afrenta para las víctimas de la dictadura. Así, en el apartado 1º de este artículo se dispone que *“Sin perjuicio de derecho de reunión pacífica y sin armas, regulado por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, se considerarán actos contrarios a la memoria democrática la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, y supongan exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial. A tal efecto, si en la celebración de un acto público de esa naturaleza se advirtieran hechos que*

³⁰ Informe sobre el anteproyecto de Ley de Memoria Democrática, adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 07 de junio de 2021. Apartado 156.

pudieran ser constitutivos de delito, las autoridades competentes pondrán los mismos en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

En consiguiente, el Proyecto de Ley de Memoria Democrática prevé una serie de multas, de carácter “muy grave” para la falta de adopción de medidas necesarias para impedir estos actos, así como para la convocatoria de los mismos por cualquier medio. De nuevo, se incide en que el contenido de estas manifestaciones debe suponer “un descrédito, menosprecio o humillación” a las víctimas o sus familiares, a fin de que estas puedan ser constitutivas de delito. Hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado en varias ocasiones³¹ que el carácter pacífico de una reunión no se ve alterado por el hecho de que en ella se expresen ideas o se persigan objetivos que puedan ofender o molestar a otras personas o colectivos - salvo que el contenido de esos mensajes sea ilegal.

A día de hoy, la aprobación de esta ley carece de un horizonte claro en el Parlamento³². La norma cuenta con el rechazo frontal de los grupos de la derecha, que tildan la propuesta de “oportunista” y de “forzar un debate innecesario”. Los grupos parlamentarios que sostienen al Gobierno de coalición, por su parte, han planteado hasta 500 enmiendas a este proyecto de ley. Partidos de la izquierda nacionalista, como ERC, BNG, CUP y EH-Bildu condicionan sus votos a la derogación total de la Ley de Amnistía. Otros grupos, como Más País, piden que se continúe con la reforma según la cual la Ley de Amnistía “quede superada” por el Derecho Internacional.

5. EL MODELO DE DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL EN ESPAÑA: PERSPECTIVA PENAL DE LA EXALTACIÓN FRANQUISTA

La andadura democrática en España ha demostrado tener un largo recorrido. Desde que nuestro país inaugurase la experiencia constitucional en Cádiz, su trayectoria ha sido, sin embargo, discontinua e intermitente. Las fracturas sociales, el atraso económico y las tensiones nacionales dejaron a nuestro país a merced de pronunciamientos y golpes militares durante los dos siglos siguientes, y los períodos democráticos apenas constituyeron breves

³¹ STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3º.

³² Hermida, X. “La Ley de Memoria afronta una avalancha de enmiendas”. *El País*, 9 de enero de 2022. [La Ley de Memoria afronta una avalancha de enmiendas | España | EL PAÍS](#)

paréntesis, sobre cuyo futuro siempre planeaba la incertidumbre. La arquitectura política de la Transición logró consolidar un Estado de derecho y un sistema de libertades que ha demostrado su solvencia pasadas las décadas. Surge así la cuestión de cómo afrontar desde el sistema democrático los ataques que quieren negar la democracia misma; qué respuesta debe darse desde un régimen pluralista hacia grupos que propugnan la intolerancia, y que se valen de sus medios para acabar con ella. Exigir la adhesión positiva al sistema de valores democrático es la vía por la que han optado otros países de nuestro entorno, como Alemania o Francia - constituidas en *democracias militantes* - pero nuestro sistema constitucional parece no adscribirse a esa postura.

No obstante, en estas últimas cuatro décadas, tanto el poder legislativo como la judicatura de España han adoptado medidas que parecen ser propias de una democracia militante, aunque sólo respecto a determinados fenómenos, como el enaltecimiento del terrorismo o las injurias a la Corona. Varios de estos sucesos, de los que también se han hecho eco instancias internacionales³³, hacen necesario dirimir los límites entre la libertad de expresión y el ilícito penal.

En este sentido, el empleo del derecho penal en España ha sido un recurso habitual a la hora de combatir ataques a la democracia - especialmente los que provenían del terrorismo etarra. Algunas de estas medidas han sido duramente criticadas por suponer graves ataques contra la libertad de expresión, aplicando un “Derecho penal del enemigo”³⁴ en el que la punición dejaba de ser un elemento de última ratio, y se justificaba incluso para aquellos delitos *que se pudieran llegar a cometer*, y no solo los que se habían cometido ya. La reforma del Código penal del año 2000, en el que se establecía el enaltecimiento del terrorismo como un tipo especial de apología da buena cuenta de ello. Por su parte, las reformas anunciadas por el Gobierno para incluir el enaltecimiento franquista en este tipo penal han sido cuestionadas por la doctrina, que rechaza el modelo de democracia militante y consagra la libertad ideológica como un bien jurídico superior³⁵.

³³Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto "Stern Taulats y Roura Capellera" c. España, demandas nº 51168/15 y 51186/15, sentencia de 13 de marzo de 2018

³⁴Meliá, M. C. (2002). " *Derecho penal*" del enemigo y delitos de terrorismo. *Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*. Jueces para la Democracia, (44), 19-26.

³⁵ STS 2/1997, de 29 de noviembre; STC 235/2007, de 7 de noviembre.

En las siguientes páginas, por lo tanto, trataremos de exponer la normativa penal actual respecto al enaltecimiento, la apología y los delitos de odio, plantear por qué no existe un encaje de los actos franquistas en estos supuestos y cuál es la doctrina jurisprudencial al respecto.

5.1. La apología del art. 18.1 CP en relación con el enaltecimiento o justificación del terrorismo del 578 CP.

En primer lugar, respecto a la apología, el Código Penal la define como “*la difusión de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor*”³⁶ y que sólo será delictiva como forma de provocación, y cuando constituya una incitación directa a cometer un delito. Es decir, se trata de un tipo penal que no requiere únicamente el ensalzamiento de un crimen o su autor, sino que es necesario también que se incite a la comisión de un delito concreto. Desde este punto de vista, para poder hablar de “apología del franquismo” tendríamos que entender que:

- 1) el “franquismo” pueda entenderse en sí mismo como un crimen, y que cuando se homenajea a Franco o los demás dirigentes del régimen se homenajea a autores materiales de delitos. Siendo cierto que la dictadura franquista cometió indudables crímenes de lesa humanidad durante y después de la Guerra Civil, el caso es que el régimen franquista también fue un período histórico que se prolongó durante cuatro décadas, y resulta forzado aceptar que hacer referencia a él constituye una mención expresa a un crimen.
- 2) el hecho de ensalzar al franquismo o a Franco implique incitar directamente a la comisión de un delito, cuestión que no siempre se puede constatar en los actos de homenaje como los del 20 de noviembre en el Valle de los Caídos o en Mingorrubio.

La apología, por lo tanto, sólo es punible como conducta que tenga la capacidad de lesionar bienes jurídicos que tengan protección penal. Esta es la posición mantenida por el Tribunal Supremo cuando afirma que “*es exigible que la concreta manifestación apologética no sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y a sus autores, sino que, además, ha de ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad*

³⁶ art. 18 CP.

delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos en la medida en que pueda determinar a otros a la perpetración del delito”³⁷. En este sentido, el Código Penal de 1995 entiende la apología como actos preparatorios, negándole el carácter de delito autónomo. Por tanto, la mera expresión de ideas favorables al delito cometido o a su autor no puede constituir una infracción criminal. Así, propuestas como la de Adriana Lastra en el Congreso de los Diputados³⁸, llamando a reformar el Código Penal para que “la exaltación y apología del Franquismo sean delito” parecen tener poca viabilidad en la práctica.

Se podría argumentar, no obstante, que tipos penales como el del 578 CP - sobre actos de enaltecimiento del terrorismo - sí que parecen atribuir responsabilidad criminal a la manifestación de solidaridad o apoyo respecto a crímenes cometidos, sin la necesidad de que esta sea apta para la perpetración de un delito. Con la reforma del CP por la LO 7/2000, este artículo pasa a disponer lo siguiente:

“El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.”

Aquí parecen describirse dos conductas diferenciadas: en primer lugar, la apología propiamente dicha, cuando se habla de “enaltecer” o “justificar” los delitos de terrorismo o a sus autores. En segundo lugar, los actos de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas, que se acerca más a los delitos contra la integridad moral o incluso a los delitos de odio del 510. La inclusión de ambas conductas en un mismo tipo penal ha sido objeto de reproche incluso por propio Tribunal Supremo³⁹, ya que genera importantes dudas interpretativas. Para empezar, la conducta apologética descrita aquí (“*enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión*”) no añade el requisito de

³⁷ STS 2/1997, de 29 de noviembre, FJ 3º.

³⁸ Marcos, J. El PSOE quiere que la apología y la exaltación del franquismo sean delito”. *El País*, 10 de febrero de 2020. https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216_800783.html

³⁹ STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3º.

aptitud de que estas actuaciones favorezcan la comisión de un delito posterior. De hecho, el apartado 3º del art. 578 agrava la pena cuando los hechos “*resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de temor a la sociedad*”, por lo que se entiende que el tipo base no exige esta circunstancia.

Cabe preguntarse entonces si este precepto cumple con el derecho a la libertad de expresión del 20.1 CE. El Tribunal Constitucional señaló en su día que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo suponen una legítima injerencia en el derecho de libertad de expresión, en tanto que pueden propiciar o alentar, *aunque sea de manera indirecta*, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros, o para el propio sistema de libertades⁴⁰. Se entiende así que la apología - pero solo la de un determinado delito, el de terrorismo - puede ser perseguida en el momento que existe elogio o exaltación, apoyo o solidaridad pública a este delito. Resulta incongruente rechazar la democracia militante y aceptar, por el contrario, este tipo de preceptos, que no solo restringen gravemente la libertad en el discurso político, sino que han dado pie a actuaciones de la Fiscalía e incluso a sentencias firmes de enorme controversia en nuestro país⁴¹.

El Tribunal Constitucional también ha observado una “similitud estructural” de este precepto con los delitos de justificación y negación del genocidio. Como sabemos, la STC 235/2007 ratificó en su día la inconstitucionalidad de *negar* los delitos de genocidio y lesa humanidad⁴², por pertenecer al ámbito de la libertad de expresión y la libertad ideológica; es a la hora de *justificar* dichos crímenes cuando ha de intervenir el derecho penal, dado que la justificación pública de ese delito podría incitar de manera indirecta a su comisión. De este modo, se protege “la transmisión neutral de ideas”, garantía de una opinión pública libre y de la libertad democrática, “por más que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”. En palabras del propio Tribunal:

⁴⁰ STC 112/2016, de 20 de junio, FJ 4º.

⁴¹ Rincón, R. “Las rimas que llevaron a Hasél a la cárcel”. *El País*, 19 de febrero de 2021.

⁴² Esta Sentencia venía a pronunciarse respecto al caso *Librería Europa*, punto de encuentro habitual para grupos neonazis y de extrema derecha, y en la que se vendían libros que negaban o cuestionaban el Holocausto judío. El TC declaró la inconstitucionalidad del antiguo art. 607.2 CP, al entender que castigaba la mera divulgación de un pensamiento, sin exigir la lesión de ningún bien protegido.

“Nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana”,

“Al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan”,

“El ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución”.

No obstante, el Tribunal puntualiza que:

“la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión”

De este modo, la tipificación de conductas que enaltezcan los delitos de terrorismo o a sus autores es acorde a la Constitución, pero solo en el momento en que estas conductas supongan un “discurso de odio” que incite a la violencia, aunque en la propia norma no se mencione expresamente.

El orden penal, entonces, sólo puede verse compelido a actuar en el momento en que estos actos supongan *algo más* que una mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo - incluidas las totalitarias. Se necesita, por lo tanto, que constituyan una incitación (aunque sea indirecta) a cometer un ilícito, o cuando se provoque el odio hacia ciertos colectivos, creando un clima de violencia y hostilidad hacia los mismos. El problema reside, entonces, en aclarar qué tipo de manifestaciones son demostrativas de que *solo* existe una coincidencia política, y no un apoyo o justificación de los fines utilizados.

5.2. Los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP

Por su parte, el artículo 150 CP, en sus apartados 1 y 2, tipifica el enaltecimiento y las declaraciones de apoyo al genocidio y a los demás delitos cometidos contra ciertos grupos, por razones de intolerancia. El sujeto pasivo de estos delitos lo conforman, por lo tanto, los miembros de los grupos por motivo de su pertenencia a los mismos. En el apartado 1 c) de este artículo se penaliza la negación, trivialización o enaltecimiento de los delitos de genocidio o de lesa humanidad, o el enaltecimiento de sus autores, *“cuando de esta manera se promueva o favorezca un clima de violencia”* contra estos grupos. Por su parte, el apartado 2. b) castiga a *“quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél”*, por las mismas razones sectarias. En este último caso, no se exige que se favorezca un clima de violencia u odio contra esos grupos, pues si ocurre se aplica el tipo agravado.

Estos preceptos son los que han sido contemplados por el actual Ejecutivo a la hora de promover reformas contra la exaltación del franquismo. Ya en 2017, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una propuesta para incluir en el Código Penal el art. 150 bis, que en su apartado 2. b), castigaba con pena de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a doce meses a *“quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión el franquismo, o los delitos que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo por su condición como tales, o a quienes hayan participado en su ejecución”*

También añade un tipo agravado para casos en los que estas acciones promuevan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura.

Más tarde, en 2018, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos - En Comú Podem - En Marea planteó una nueva proposición de ley, en la que se mencionaba expresamente el franquismo en el art. 510.1 c), tipificando la negación, trivialización grave y enaltecimiento de los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, *“incluidos los crímenes del fascismo, del franquismo y su dictadura (...)”*.

Ambas propuestas suscitan importantes debates, así como dudas sobre su aplicabilidad. En primer lugar, está la cuestión de que el enaltecimiento, tal y como se desprende del texto legal, ha de referirse a delitos o a autores de delitos. El franquismo, como hemos dicho, no constituye un delito en nuestro Código Penal, ni sus crímenes han sido enjuiciados por los Tribunales españoles en virtud de la Ley de Amnistía. No existe, por tanto, una condena firme sobre aquellos actos que se ensalzan o justifican⁴³. Además, la mera justificación de una ideología o posición política - el franquismo - en sí misma no es suficiente para permitir la injerencia en el derecho a la libre expresión, y es lo que parece decir la propuesta del Grupo Socialista⁴⁴. Esta habla de perseguir no solo el enaltecimiento o justificación de delitos, sino del franquismo como régimen político, lo que claramente resulta problemático.

La propuesta de Unidos Podemos, por su parte, también quiere perseguir la exaltación del franquismo como delito de odio, pero aquí sí exigiendo que se dé un clima de violencia, hostilidad o discriminación contra sus víctimas. La cuestión aquí, de nuevo, supone apreciar cuándo se da dicho clima de violencia u hostilidad. En un principio, parece una reforma más adecuada, siempre que se respeten los parámetros ya expuestos. Es posible que tras su debate en sede parlamentaria esta propuesta sufra varias modificaciones, por lo que habrá que esperar antes de pronunciarse al respecto. En todo caso, parece un buen punto de partida para limitar las manifestaciones de odio por parte de nostálgicos del franquismo, siempre que se ponga el foco en el bien jurídico protegido, que es la dignidad e igualdad de las víctimas⁴⁵.

6. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos decir que en España, la exaltación y apología del franquismo está lejos de ser un debate cerrado. La fina línea que separa la libertad de

⁴³ Aunque se podría aludir a la Resolución 39 (I) de la Asamblea General de la ONU, que condenó el régimen de Franco como un régimen de carácter fascista.

⁴⁴ Existe una posición doctrinal que argumenta que las exigencias del TC en su Sentencia 235/2007 respecto a la negación del delito de genocidio - esto es, que la conducta perseguida suponga una situación de riesgo para las personas o para el propio sistema de libertades -, debe extenderse también a las demás conductas manifestadoras de un “discurso de odio”. Se alude también a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que exhorta a los Estados miembros a “*castigar la apología pública, la negación o trivialización de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (...) cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo*”.

⁴⁵ Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

expresión de aquellos actos que merecen un reproche penal no siempre es fácil de delimitar, y la labor de los Tribunales interpretando y aplicando la ley a veces se topa con la incomprensión y el descrédito ciudadano. Las manifestaciones públicas de odio, y el modo en que la sociedad reacciona a ellas, está muy ligado al concreto devenir histórico y político de cada país. La forma tan contundente con la que Alemania decide perseguir la apología del nazismo, por ejemplo, tiene que ver con la conciencia colectiva del daño que puede traer el arraigo de ese tipo de discursos. El dolor perpetrado a las víctimas es visto como algo que compete a toda la sociedad, de ahí que se legisle para que éste no pueda caer en el olvido. En España, por su parte, la posición respecto al franquismo siempre ha sido más difusa. Ha faltado, desde mi punto de vista, una verdadera pedagogía sobre los valores democráticos, un *patriotismo constitucional*, por rescatar el término que desarrolló Jürgen Habermas en los años 80. Defender una cultura cívica y democrática que nos haga renegar de los proyectos excluyentes y totalitarios.

Las propuestas de reforma del Código Penal, de ser aprobadas, deberán pasar el test de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, por lo que habrá que ver qué fórmula es escogida finalmente por el legislador para limitar estos actos de exaltación franquista. La polarización de la clase política tampoco ayuda, por su parte, a hacer frente común contra la intolerancia. A menudo nos encontramos que las políticas respecto al legado del franquismo o de la violencia etarra responden más a pulsiones identitarias que a una verdadera preocupación por las víctimas. Esta es, ante todo, una cuestión sobre el tipo de sociedad que aspiramos a ser. La justicia, la libertad y la igualdad sólo se garantizan si hay una defensa activa de las mismas.

7. ANEXO

7.1. Cuadro de fundaciones

| NOMBRE | CONSTITUCIÓN | PATRONATO | FINES FUNDACIONALES |
|--|--------------|--|--|
| Fundación Nacional Francisco Franco ⁴⁶ | 1976 | Juan Blanco Ortega, Luis EugenioTogores Sánchez, Félix Morales Pérez, Jaime Francisco Alonso García, Luis Felipe Utrera-Molina Gómez | “Difundir y promover el estudio y conocimiento sobre la vida, el pensamiento, el legado y la obra de Francisco Franco en su dimensión humana, militar y política (...)”. |
| Fundación pro Infancia Queipo de Llano ⁴⁷ | 1945 | Rafael Beca Borrego, Gonzalo García Queipo de Llano, María de los Ángeles Queipo de Llano Mencos | “Amparar y proteger la infancia desvalida”. |
| Fundación Blas Piñar ⁴⁸ | 2014 | Blas Piñar Gutiérrez, María Isabel Piñar Gutiérrez, María del valle Piñar Gutiérrez, María Esperanza Piñar Gutiérrez | “La promoción, el estudio y la investigación del pensamiento y la obra religiosa, política y jurídica de Blas Piñar López y su contexto sociopolítico, inspirada en los ideales de Dios, Patria y Justicia, para la memoria colectiva del pueblo español”. |

⁴⁶ Buscador en el Protectorado de Fundaciones:

https://fundosbuscador.mjusticia.gob.es/fundosbuscador/DetalleFundacion.action?idFundacion=10152&index=1&lang=es_es

⁴⁷https://fundosbuscador.mjusticia.gob.es/fundosbuscador/DetalleFundacion.action?idFundacion=17196&index=1&lang=es_es

⁴⁸https://fundosbuscador.mjusticia.gob.es/fundosbuscador/DetalleFundacion.action?idFundacion=15754&index=1&lang=es_es

| | | | |
|---|------|--|---|
| Fundación Ramiro Ledesma Ramos ⁴⁹ | 1999 | Gustavo Morales Delgado, Jesús López Martín, Ángel Carrera Zabaleta, Luis Manuel Rodríguez Jamet. | “El estudio, desarrollo y extensión de la figura histórica y política de Ramiro Ledesma-Ramos, y su entorno histórico y socio-cultural”. |
| Fundación Privada Don Ramón Serrano Suñer ⁵⁰ | 1997 | Carlos Cárdenas Quiros, Pilar Fernández Arranz, María López-Roberts Fernández, María Reyes López-Roberts Fernández | “La conservación, custodia, guarda, mantenimiento, protección y divulgación de la universalidad de bienes formada por D. Ramón Serrano Suñer y Dña. Ramona Polo Martínez-Valdes (...)”. |
| Fundación José Antonio Primo de Rivera ⁵¹ | 1996 | José María García de Tuñón-Aza, José Manuel Cansino Muñoz Repiso, Jesús María Ferrer Olmedo. | Estudio, desarrollo y extensión de la figura histórica y política de José Antonio Primo de Rivera y Sáenz de Heredia y su entorno histórico y socio-cultural, así como actualizar su pensamiento en relación con la situación socio-política, económica y cultural actual y futura. |
| Fundación Yagüe | 2010 | No se especifica ⁵² | No se especifica |

⁴⁹https://fundosbuscador.mjusticia.gob.es/fundosbuscador/DetalleFundacion.action?idFundacion=11530&index=1&lang=es_es

⁵⁰https://fundosbuscador.mjusticia.gob.es/fundosbuscador/DetalleFundacion.action?idFundacion=10344&index=1&lang=es_es

⁵¹https://fundosbuscador.mjusticia.gob.es/fundosbuscador/DetalleFundacion.action?idFundacion=10338&index=1&lang=es_es

⁵² “Multa a la hija del general Yagüe por ocultar quién está detrás de la fundación de su padre”. *InfoLibre*, 29 de noviembre de 2018. [Multa a la hija del general Yagüe por ocultar quién está detrás de la fundación de su padre](#)

8. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Fernández, P. (2008). *Políticas de la memoria y memorias de la política. El caso español en perspectiva comparada*. Alianza Editorial.
- Alonso Rimo, A. (2010). *Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales*.
- Espino, M. L. S. (2008). *Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio*. Revista para el Análisis del Derecho, 2.
- Fons, A. G., Pellicer, M. R., Cepas, J. J., & Benavent, J. M. (2013). *Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH*. Clínica Jurídica per la Justícia Social| Informes, 1(1).
- Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. España.
- Pérez Vicente, B., Carracedo, L., Pablo, S. G., Álvaro, V. H., & Rodrigo, E. M. (2020). *Las fundaciones franquistas en España*. Las fundaciones franquistas en España, 185-212.
- Roig Torres, M. (2020). *El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste con la regulación alemana*. Revista General de Derecho Penal, 2020, num. 33, p. 1-51.
- Roig Torres, M. (2021). *El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional*. Estudios Penales y Criminológicos, 41, 233-305.
- Samuel, H. P. (1994). *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*. Paidós.
- Suárez, R. M. (2001). *Más allá del mito de Ágora: Democracia y poliarquía en Robert A. Dahl*. Revista de estudios políticos, (112), 27-52.
- Sumalla, J. M. T. (2014). *Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal*. Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, 2(1), 43-65.
- Ysàs, P. (2010). *La Transición española. Luces y sombras*. Ayer, 31-57.
- Zignaigo, E. (2021). *La democracia militante. Origen y actualidad de una teoría política revolucionaria*.

