

**«MEMORIA DEMOCRÁTICA»
VERSUS LIBERTAD IDEOLÓGICA:
LA DEMOCRACIA MILITANTE
RETROSPECTIVA**

GÖRAN ROLLNERT LIERN

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: «MEMORIA DEMOCRÁTICA» Y APOLOGÍA CUALIFICADA DEL FRANQUISMO. II. LIBERTAD IDEOLÓGICA, PLURALISMO POLÍTICO Y NEUTRALIDAD DEL ESTADO. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN AL CASO. III. LA RESPUESTA CAUTELAR DE LA LEY: LA APOLOGÍA DEL FRANQUISMO CON HUMILLACIÓN DE LAS VÍCTIMAS COMO DISCURSO DEL ODIO. IV. CONCLUSIONES. V. EXCURSO: DEBATE HISTÓRICO Y DEMOCRACIA MILITANTE RETROSPECTIVA.

Fecha recepción: 13.04.2023
Fecha aceptación: 23.05.2023

«MEMORIA DEMOCRÁTICA» VERSUS LIBERTAD IDEOLÓGICA: LA DEMOCRACIA MILITANTE RETROSPECTIVA

GÖRAN ROLLNERT LIERN¹

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN: «MEMORIA DEMOCRÁTICA» Y APOLOGÍA CUALIFICADA DEL FRANQUISMO

El objeto del presente trabajo es analizar el conflicto² entre las previsiones de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, relativas a la exaltación o apología del franquismo y, por otra parte, el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE) que tiene en la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] su principal manifestación externa. Para ello se atenderá fundamentalmente a la jurisprudencia constitucional sobre la libertad ideológica, la neutralidad del Estado y el valor superior del pluralismo político. En conexión con este eje temático, se abordarán también cuestiones como la libre expresión y opinión en los debates sobre la historia y el recurso al carácter no militante de la democracia española para criticar el régimen sancionador de la Ley.

Desde el extenso Preámbulo (14 páginas) se advierte ya la intencionalidad del legislador de impedir la libre expresión y difusión de opiniones calificables de apología del franquismo cuando afirma que «la incompatibilidad de la democracia española con la exaltación del alzamiento militar o el régimen dictatorial hace necesario

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia. Avenida de los Naranjos, s/n, 46022 Valencia. goran@uv.es. Código ORCID 0000-0002-3145-0771.

² Conflicto reconocido por la OFICINA DE COORDINACIÓN Y DE CALIDAD NORMATIVA del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática impulsor de la norma [(2021). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática*, 27-28) y por el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL [(2021). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática*, 61-63 y 69-70].

introducir las *medidas que eviten situaciones de cualquier naturaleza o actos de enaltecimiento* de los mismos o sus dirigentes» (apdo. IV, cursivas mías); asimismo, las medidas de la Ley relativas a las fundaciones y asociaciones que realicen apología del franquismo se justifican con «(...) los reiterados llamamientos de los organismos de derechos humanos que instan a hacer frente a las organizaciones que difunden discursos de incitación al odio y a la violencia en los espacios públicos» (apdo. IV) estableciendo así una conexión *ex lege* entre apología del franquismo y discurso del odio.

Entrando en su articulado, las cuestiones más abiertamente problemáticas que plantea la Ley de Memoria Democrática desde la perspectiva de la libertad ideológica y de la libertad de expresión son, sintéticamente y sin perjuicio de precisiones posteriores:

- La imposición de sanciones administrativas a la falta de adopción de medidas que impidan «actos contrarios a la memoria democrática» (o les pongan fin) y a las convocatorias que inciten a la realización de los mismos [arts. 38.1, 62.1 d) y e) y 63.1 a)].
- La retirada de símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática (art. 35³) en edificios privados o religiosos con proyección a un espacio o uso público y las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento [art. 62.2 d)].
- La extinción de fundaciones que realicen «apología del franquismo» (disposición adicional 5.^a).
- La revocación de la declaración de utilidad pública de las asociaciones que realicen actividades de «apología del franquismo» (disposición adicional 6.^a).
- El mandato al legislador orgánico para modificar la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, e incluir como causa de disolución de las asociaciones la «apología del franquismo» (disposición adicional 7.^a).

El conjunto de las medidas mencionadas gravita sobre dos conceptos:

a) La «memoria democrática», definida como «conocimiento de la reivindicación y defensa de los valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales a lo largo de la historia contemporánea de España, con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones en torno a los principios, valores y libertades constitucionales» (art. 1.1). Pero este conocimiento tiene como contrapartida negativa la introducción de un ilícito administrativo: los «actos contrarios a la memoria democrática», considerando tales «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

³ Sobre el artículo análogo de la Ley 52/2007 (art. 15), Abad Licerias, J. M. (2009). *Ley de memoria histórica. La problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos*, Madrid, Dykinson, 159-167.

la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial» (art. 38.1).

b) La «apología del franquismo que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezca a sus dirigentes, con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales» (disposiciones adicionales 5.^a, 6.^a y 7.^a). Se trata, por tanto, de una apología cualificada porque requiere un elemento adicional alternativo: bien «desprecio, menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas o de sus familiares» —art. 38.1—, bien «incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales» —disposiciones adicionales 5.^a, 6.^a y 7.^a—. Esta apología, en esencia, se solapa con la definición anteriormente expuesta de los actos contrarios a la memoria democrática por lo que en adelante se utilizará la expresión «apología del franquismo» tanto para hacer referencia a los «actos contrarios a la memoria democrática» (art. 38.1) como a la conducta así calificada literalmente con relación a fundaciones y asociaciones (disposiciones adicionales 5.^a, 6.^a y 7.^a).

De la conjunción de ambas categorías resulta que determinadas conductas expresivas (exaltación, ensalzamiento o enaltecimiento del régimen franquista con humillación de las víctimas) darán lugar, en aplicación del régimen sancionador de la Ley o de sus disposiciones adicionales, a consecuencias jurídicas muy desfavorables como la imposición de una multa entre 10.001 y 150.000 euros por infracción muy grave a titulares o responsables de espacios abiertos al público o locales o establecimientos públicos en los que se desarrolle dicha conducta y a convocantes de actos, campañas de divulgación o publicidad que inciten a la «apología del franquismo»; y, tratándose de fundaciones y asociaciones apologistas del franquismo, la extinción de las primeras y la revocación de la declaración de utilidad pública de las segundas.

II. LIBERTAD IDEOLÓGICA, PLURALISMO POLÍTICO Y NEUTRALIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN AL CASO

La jurisprudencia constitucional⁴ ha declarado que el reconocimiento constitucional de la libertad ideológica (art. 16.1 y 2 CE) y la proclamación del pluralismo político como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE) tienen como correlato lógico el principio de neutralidad ideológica de las instituciones públicas: «en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales»

⁴ Véase Rollnert Liern, G. (2002). *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

(STC 5/1981, FJ 9). La neutralidad ideológica del Estado sería así un principio constitucional implícito, derivado del valor del pluralismo y dotado de la máxima protección (art. 53.2 CE) al proyectarse y concretarse en el derecho fundamental a la libertad ideológica⁵. Ahora bien, el contenido de este principio es esencialmente negativo por cuanto no impide a los poderes públicos orientar ideológicamente su actividad en función de valores, principios e intereses que resulten mayoritarios en el proceso de conformación democrática de la voluntad del Estado⁶, sino coaccionar⁷ o discriminar⁸ a los ciudadanos por la expresión de sus propias creencias.

De esta forma, la justicia constitucional ha precisado los dos requisitos determinantes de la existencia de una violación de la libertad ideológica: «[...] para que los actos de los poderes públicos puedan ser anulados por violaciones de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 CE es cuando menos preciso, de una parte, que aquellos *perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento* y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios —por más que ello pueda tener relevancia *ex artículo 20.1 CE*—. De otra se exige *que entre el contenido y sostenimiento de estos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad suficiente para articular*

⁵ Morales Arroyo, J. M. (1993-1994). «El lugar de la libertad ideológica en el catálogo de los derechos constitucionales». *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2, 300; y Beneyto Pérez, J. M. (1996). «Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa», en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. II, Madrid, Edersa, 314 y 321.

⁶ V. J. Vázquez Alonso señala acertadamente que «(...) es imposible conceptualmente un principio de neutralidad política de los órganos de gobierno del Estado» que surgen del respaldo electoral mayoritario a una oferta electoral ideológicamente identificada de tal forma que su acción de gobierno y sus políticas públicas serían por definición, no neutrales. Ahora bien, «(...) el compromiso con las libertades y con el libre desarrollo de la personalidad impone necesariamente un mínimo umbral de neutralidad a los poderes públicos. Así, pese a que el Estado asume como tarea promocionar ciertos valores, este no puede imponer coercitivamente a los individuos una suerte de perfeccionismo moral personal» [(2023). «Cinco tesis sobre la neutralidad del Estado», en Aragón Reyes, M.; Valdés Ríos, D.; y Tudela Aranda, J. (coords.), *Retos para el Derecho Constitucional del siglo XXI*, Fundación Manuel Giménez Abad, 617-618 y 612]. No se trataría, por tanto, de una «neutralización política de las instituciones» sino de una «noción defensiva» de la neutralidad para proteger el fuero interno del ciudadano garantizado por el art 16 CE [J. de Miguel Bárcena, (2022). «Neutralidad y Derecho Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, 265-267].

⁷ El principio de neutralidad estatal garantizaría a los ciudadanos una «plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales» (SSTC 24/1982, FJ 1 y 166/1996, FJ 2; ATC 617/1984, FJ 4; y STC 141/2000, FJ 8) garantizando la indemnidad frente a compulsiones externas ideológicamente motivadas. En el mismo sentido, la STC 120/1990 rechaza la posibilidad de que el ejercicio de la vertiente externa de la libertad ideológica acarree «sanción o demérito» (FJ 10) y la STC 208/1989 identifica una de las posibles lesiones de la libertad ideológica con la «coacción jurídica» mediante la imposición de sanciones o represalias (FJ 6).

⁸ Según la STC 24/1982, del principio de igualdad «[...] se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias» (FJ 1) y la STC 46/2001 declaró violada la libertad ideológica del recurrente por recibir «un trato jurídico desfavorable a causa de sus creencias personales» (FJ 7) y que «(...) las diferentes creencias no pueden sustentar diferencias de trato jurídico» (FJ 4).

la imputación del ilícito constitucional» (STC 120/1990, FJ 10, cursivas mías). En definitiva, la libertad ideológica resulta vulnerada cuando los poderes públicos llevan a cabo actuaciones perturbadoras o impeditivas de las manifestaciones externas de la ideología o pensamiento del ciudadano siempre que estén causalmente determinadas por el contenido de las creencias exteriorizadas.

En aplicación de esta doctrina a las previsiones de la Ley de Memoria Democrática podemos establecer las siguientes conclusiones:

a) Sancionar administrativamente a titulares o responsables de espacios abiertos al público o locales y establecimientos públicos que no impidan o pongan fin a actos de «apología del franquismo» y a quienes convoquen actos que inciten a dicha apología supone una perturbación o impedimento para la expresión colectiva en un acto público de una opinión laudatoria sobre un determinado periodo histórico y ello, por cuanto, aunque sería una perturbación indirecta (la sanción no se impone a los participantes en el acto sino a los responsables de los locales y a los convocantes⁹), el riesgo de ser multados con hasta 150.000 euros (y posibles sanciones accesorias) muy previsiblemente llevará a los titulares de los locales solicitados a denegar la petición de uso de los mismos y producirá un efecto disuasorio o desalentador entre los convocantes de dichos actos, lo que repercutirá en la posibilidad efectiva de que se lleven a cabo actos públicos de apología del franquismo¹⁰.

Parece cumplirse así el primer requisito exigido para la apreciación de actos de los poderes públicos anulables por violación de la libertad ideológica: que «perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento (...)» (STC 120/1990, FJ 10). A mayor

⁹ Se produce así la paradoja de que, siendo administrativamente atípica la exaltación, ensalzamiento o enaltecimiento del franquismo por los participantes en actos públicos de apología —que serían «actos contrarios a la memoria democrática» (art. 38.1) pero no conllevarían sanción alguna— la convocatoria de dichos actos puede ser sancionada, incluso cuando el acto convocado no constituya en sí mismo apología del franquismo, siempre que, a juicio discrecional de la Secretaría de Estado competente, «incite» a dicha apología. Y resulta aún más chocante la posible sanción a quienes, pudiendo no tener afinidad alguna con la exaltación del franquismo, se hayan limitado a alquilar a los organizadores un local abierto al público o a autorizar el acto en local o establecimiento público.

Sin embargo, el desplazamiento de la responsabilidad administrativa a quienes realicen estos actos instrumentales no impide que la previsión e imposición de estas sanciones por los poderes públicos vulnere las libertades ideológica o de expresión al tratarse de medidas que generan como resultado material impedimentos o dificultades casi insalvables para la libre expresión pública de ideas u opiniones favorables al franquismo y es precisamente el contenido ideológico de tales expresiones lo que determina causalmente la existencia de la infracción.

¹⁰ En este sentido A. Rallo Lombarte, ponente de la Ley en la Comisión Constitucional del Senado, reconoce el objetivo del legislador de descabezar cualquier iniciativa para exaltar el franquismo: «el legislador busca reprimir conductas individuales de liderazgo consistentes en la convocatoria y/o no disolución de actos de apología del franquismo y, también, en apariencia, la pasividad que puedan mostrar los responsables públicos competentes, en su caso, para impedir o poner fin a la realización de dichos actos de exaltación» [(2023). «Memoria democrática y Constitución». *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 138-139].

abundamiento, el efecto desaliento se incrementaría por la privación de subvenciones a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sancionadas por resolución administrativa firme (art. 39) y por el criterio de la reincidencia para la individualización de la multa [art. 63.3 d).]

b) Poca duda suscita que la sanción de estas conductas estaría causalmente determinada por el contenido ideológico de las expresiones vertidas en el local en cuestión o en el acto convocado de tal forma que puede decirse que entre el contenido y sostenimiento de estos juicios de valor favorables al franquismo y la sanción por no impedir o poner fin a actos de apología del franquismo o convocar actos que inciten a la misma existiría «una relación de causalidad suficiente para articular la imputación del ilícito constitucional» (ídem). Concurriría así el segundo requisito afirmado por la jurisprudencia constitucional para caracterizar las vulneraciones de la libertad ideológica.

c) La retirada de símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática impuesta coactivamente a titulares o propietarios de edificios privados o religiosos es una injerencia de un poder público en la libertad ideológica de los particulares que obstaculiza su manifestación externa y que viene causalmente determinada por el contenido conmemorativo o exaltador de los elementos a retirar, encajando, por tanto, en los criterios de la jurisprudencia constitucional para considerar vulnerada la libertad ideológica.

Sin embargo, cuando se trate de sanciones por incumplimiento de la obligación de retirada de dichos elementos impuesta a instituciones o personas jurídicas titulares de edificios públicos, no cabría hablar de vulneración de la libertad de expresión como manifestación externa de la libertad ideológica al no ser un derecho del que puedan ser titulares las instituciones. El conflicto no sería en este caso con la libertad ideológica sino con el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico proclamado por el art. 1.1 de la Constitución vigente.

d) La extinción de fundaciones y la revocación de la declaración de utilidad pública de asociaciones con fines o actividades de «apología del franquismo» (y, en su caso, la disolución de estas últimas, si se modificara la Ley Orgánica reguladora del derecho de asociación), por cuanto implica un trato jurídico desfavorable o una diferencia de trato jurídico en demérito de ciertas fundaciones y asociaciones en razón de la expresión de opiniones que ensalcen o enaltezcan el franquismo, podría constituir una discriminación por razones ideológicas o de opinión proscrita por el art. 14 CE si la razón de la extinción o de la revocación de la declaración de utilidad pública fuese específicamente la realización de actividades de apología del franquismo, presuponiendo la Ley que dichas actividades impiden que la persona jurídica en cuestión pueda perseguir un fin de interés general¹¹.

¹¹ La OFICINA DE COORDINACIÓN Y CALIDAD NORMATIVA considera que la extinción de fundaciones debería basarse en que, cualesquiera que sean sus fines, su actividad vulnere los principios democráticos y los derechos fundamentales lo que no resulta evidente en el caso de la apología del franquismo «(...) en tanto no se exceda de lo que supone un mero ejercicio discursivo

III. LA RESPUESTA CAUTELAR DE LA LEY: LA APOLOGÍA DEL FRANQUISMO CON HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS COMO DISCURSO DEL ODIO

El legislador no ha sido ajeno a la dificultad de conciliar las medidas sancionadoras de la apología del franquismo con la protección constitucional de las libertades ideológica y de expresión y ha tratado de desactivar cautelarmente la eventual inconstitucionalidad de las mismas.

Así lo hace, en primer lugar, recurriendo a sancionar, no a quienes realicen apología del franquismo manifestándose en ese sentido en un acto público, sino a los que faciliten dicha apología por omisión o acción, llevando a cabo lo que el CGPJ llama «actos de carácter instrumental¹²». Esto es, sanciona a los terceros titulares de espacios públicos o responsables de locales y establecimientos públicos que no adopten medidas que impidan o pongan fin a actos de apología del franquismo y a los convocantes de actos, campañas de divulgación o publicidad que por cualquier medio de comunicación pública y en cualquier formato (escrito o verbal, mediante sonidos o imágenes) inciten a la apología del franquismo [art. 62.1 d) y e)]

La segunda —y más sólida— línea defensiva de la Ley frente a la tacha de lesionar eventualmente la libertad ideológica es configurar la infracción administrativa exigiendo un requisito adicional de tal manera que los actos instrumentales de exaltación del franquismo sean sancionables «cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares» [art. 62.1 d) y e)]¹³.

en defensa del franquismo» y, de la misma forma, se plantea si sería compatible con el principio de no discriminación por razones de ideología la revocación de la declaración de utilidad pública a una asociación que, teniendo fines de promoción de interés general, desarrollara actividades de apología del franquismo (*op. cit.*, 44- 47).

¹² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *op. cit.*, 60.

¹³ El Anteproyecto no incluía esta exigencia respecto a la extinción y disolución de fundaciones y la Ley la ha incorporado por recomendación del CGPJ. Así, después del *Informe* del CGPJ, se modificó el texto para incorporar en las disposiciones adicionales 5.ª, 6.ª y 7.ª el requisito adicional de que la apología del franquismo se lleve a cabo «con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales», unificándose así la descripción típica en el texto definitivo de la Ley. M. Carrillo califica de acierto la incorporación de este nuevo redactado y considera que con ello la Ley se adecúa a la jurisprudencia del TEDH sobre el discurso del odio aunque, a su juicio, ni siquiera se requeriría humillación de las víctimas ni incitación directa o indirecta a la violencia para la extinción de la Fundación Francisco Franco en la medida que «(...) su propio nombre como identificación de una entidad puede considerarse implícitamente un acto de violencia» [(2022). «La memoria y la calidad democrática del Estado (Comentario a la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática)». *Revista de las Cortes Generales*, 114, 212-213]; por su parte, Rallo califica las restricciones de derechos fundamentales previstas en la Ley como «alternativas constitucionalmente bien equilibradas (...) cuando la apología del franquismo suponga agresión a las víctimas del franquismo consistente en la humillación de su dignidad» (*op. cit.*, 143).

Se acoge así literalmente la misma expresión utilizada por el Tribunal Constitucional en la primera sentencia que se refirió al «discurso del odio» como límite a la libertad de expresión reconocido por el TEDH, la STC 235/2007. En esta sentencia, en relación con la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio (art. 607.2 del Código Penal de 1995), el Tribunal afirmó que, sin «ensalzamiento de los genocidas» o la «intención de *descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas*» (cursiva mía), la «mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución, (...) la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos¹⁴» está amparada por la libertad de expresión, la libertad científica y la libertad de conciencia (FJ 6).

La misma STC 235/2007 declaró que «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 (...) a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional» y, en este sentido, sería «el reconocimiento constitucional de la dignidad humana» lo que privaría de cobertura constitucional a «la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas» y a los «juicios ofensivos» que supongan una «incitación». Y para el Tribunal «estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En concreto, viene considerando [...] que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular» (FJ 4).

Es, pues, claro que el legislador ha buscado justificar la punición administrativa de la apología del franquismo subsumiéndola en el discurso del odio¹⁵: si la apología del franquismo va acompañada de la humillación a las víctimas será discurso del odio

¹⁴ Efectivamente, la jurisprudencia constitucional ha considerado desde la STC 214/1991 que la libertad de expresión y la libertad ideológica amparan las opiniones personales sobre hechos históricos pero no las «imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas» ni las expresiones con el «deliberado ánimo de menospreciar y discriminar» o «generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos» (FFJJ 7 y 8); de la misma forma, la STC 176/1995 señaló que la discusión sobre hechos históricos no puede tener por «finalidad global» la humillación de las víctimas ni utilizar «el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación» (FFJJ 2 y 5).

¹⁵ Afirma al respecto Rallo que «ante el riesgo de imputar un vicio de inconstitucionalidad a restricciones legales sobre conductas amparables por el beneficio de la neutralidad ideológica de la Constitución, el legislador ha huído de fundamentarlas en un anclaje constitucional alternativo (rescatando una versión matizada de la democracia militante) para, finalmente, residenciar su justificación en la agresión a las víctimas del franquismo consistente en el ‘menosprecio y humillación’ de su dignidad o la ‘incitación directa o indirecta al odio o violencia’ contra las mismas» (*op. cit.*, 140).

y, como tal, no gozará de la protección que la Constitución dispensa a las libertades ideológica y de expresión¹⁶.

Sin embargo, la extrapolación al ámbito administrativo sancionador de la categoría penal de la apología, construyendo legalmente una especie de «apología administrativa» cualificada por ese componente humillante hacia las víctimas, presenta aspectos problemáticos desde la perspectiva de la libertad ideológica.

Lo primero que cabe plantearse es que la apología, por definición, es constitutiva de ilícito penal en la medida que supone ensalzar o enaltecer una conducta delictiva o a sus autores y esto es aplicable tanto a la apología genérica del art. 18.1 del Código Penal («es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor») como a las dos apologías especiales penalmente tipificadas: la apología del genocidio¹⁷ [art. 510.1 c)] y el enaltecimiento del terrorismo (art. 578). En cambio, la apología del franquismo es una conducta penalmente atípica¹⁸ que, en principio, estaría amparada por las libertades ideológica y de expresión.

¹⁶ Cabe señalar que el legislador sigue la estela del Tribunal Constitucional que, aunque en un principio declaró que el «mantenimiento del orden público protegido por la ley» es la única limitación aplicable a la libertad ideológica (y a la libertad de expresión como manifestación externa de la anterior) por previsión expresa del art. 16.1 CE (STC 20/1990, FJ 5, reiterando dicha doctrina en la STC 177/2015, FJ 5), ha acabado prescindiendo del concepto del orden público para justificar las restricciones a la libertad ideológica reemplazándolo por el límite del «discurso del odio» (al que la Ley reconduce la humillación de las víctimas). Pero este salto argumental era innecesario porque el Tribunal Constitucional nunca ha llegado a definir el orden público que puede limitar la libertad ideológica (más allá de la «exclusión de la violencia para imponer los propios criterios», en esa misma sentencia 20/1990) pero sí ha declarado que no es sin más equiparable con el orden público que limita las libertades de reunión y manifestación (art. 21.2 CE) por lo que puede colegirse que se trataría de un concepto más amplio, el orden público constitucional, que incluiría la dignidad como fundamento del orden político y social y el respeto a los derechos de los demás [Rollnert Liern, G. (2002): 375-376]. Desde esta perspectiva el discurso del odio, al afectar a la dignidad personal que se integra en el orden público protegido por la ley, podría limitar la libertad ideológica.

¹⁷ Véase al respecto el exhaustivo trabajo de G. M. Teruel Lozano (2015). *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, 410-426.

¹⁸ León Alapont, J. (2021). «Enaltecimiento y apología del franquismo, humillación y odio a las víctimas y otras conductas ¿penalmente relevantes?», en Acale Sánchez, M.; Miranda Rodrigues, A.; y Nieto Martí, A., *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 77. Por su parte, M. Roig Torres ha precisado que «la creencia extendida de que en Alemania se castiga penalmente el enaltecimiento del nacionalsocialismo no se corresponde exactamente con la regulación legal. Por una parte, porque no se tipifica el ensalzamiento del nazismo en sí, sino del régimen de violencia y despotismo que ejerció. Y, por otra, porque es necesario que esas expresiones perturben la paz pública y lesionen la dignidad de las víctimas» [(2021). «El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el Derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-07, 24. Una perspectiva comparada más amplia puede verse en C. Closa Montero. (2010). *Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States*, <https://digital.csic.es/handle/10261/34366>, último acceso: 14.05.2023.

Por otra parte, mientras que la apología genérica «sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito» (art. 18.1 CP), las dos apologías especiales (del genocidio y del terrorismo) no requieren la incitación directa a la comisión del delito, aunque el Tribunal Constitucional sí ha exigido la presencia de un elemento de incitación indirecta para que sean constitucionalmente compatibles con las libertades ideológica y de expresión.

Así, respecto a la apología del genocidio, la STC 235/2007 señaló que la penalización de la justificación del genocidio por el art. 607.2 del Código Penal de 1995 era constitucionalmente legítima siempre que supusiera una incitación indirecta a su perpetración o una provocación al odio, a la discriminación o la violencia (FJ 9) y la regulación actual del mismo delito en el art. 510.1 exige que la conducta «promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación» contra un grupo por motivos referentes, entre otros, a la ideología o creencias.

Por lo que respecta al enaltecimiento del terrorismo (art. 578), aunque los tribunales penales en un principio lo consideraron una apología impropia que no exige incitación directa ni indirecta, el Tribunal Constitucional ha condicionado su constitucionalidad a que suponga una incitación indirecta al terrorismo y genere un riesgo de comisión de un delito terrorista [SSTC 112/2016, FFJJ 3, 4 y 6; y 35/2020, FJ 5 b)¹⁹].

Frente a esta concepción penal de la apología, que condiciona la sanción a que la alabanza o enaltecimiento del delito o de sus autores incite, cuanto menos indirectamente, a la comisión del mismo, la apología del franquismo se configura como ilícito administrativo sin exigirse incitación a la comisión de un delito²⁰.

A la vista de ello se plantea si sería trasladable a la apología del franquismo la exigencia de que constituya una incitación directa²¹ (esto es, una provocación en el sentido del art. 18.1 CP), o, cuanto menos indirecta, al odio o a la violencia, como requisito para que su sanción sea constitucionalmente admisible. Cabe tener en cuenta al respecto que el Tribunal Supremo, en relación con el delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia del art. 510.1 CP, tanto en la redacción actual

¹⁹ Al respecto Rollnert Liern, G. (2020). «El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Revista de Derecho Político*, 109, 191-228.

²⁰ En este sentido, aunque las disposiciones adicionales 5.ª, 6.ª y 7.ª contemplan la «incitación directa o indirecta al odio o violencia» contra las víctimas del franquismo por su condición de tales como causa de extinción de fundaciones y revocación de utilidad pública y disolución de asociaciones, tal incitación no se integra como elemento constitutivo de la apología del franquismo sancionable sino como una exigencia alternativa a la humillación.

²¹ A este respecto, AMNISTÍA INTERNACIONAL recomienda que solo sean objeto de sanción las expresiones que constituyan incitación directa a la discriminación, la hostilidad o la violencia [(2020). *Aportaciones de Amnistía Internacional al Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática*, 2 de diciembre, 10 y 12, https://www.es.amnesty.org/fileadmin/user_upload/Aportes_de_Amnestia_Internacional_al_Anteproyecto_Memoria_Democratica.pdf, último acceso: 06.04. 2023).

introducida por la reforma de 2015 [art. 510.1 a)] como en su redacción original, ha acogido recientemente una acepción «vulgar» de la provocación identificable con cualquier expresión promotora de la violencia o la discriminación relativizando la distinción entre incitación directa e indirecta²².

En todo caso, lo que sí requiere la Ley para sancionar la apología del franquismo es que entrañe «descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares» (art. 38.1) o se realice «con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo» (disposiciones adicionales 5.^a, 6.^a y 7.^a). Pretende así el legislador salvar la constitucionalidad de la declaración de ilicitud administrativa de la apología del franquismo configurándola como una apología cualificada por la presencia de un elemento añadido descrito en términos muy similares al delito de odio del art. 510.2 a) CP²³ sintetizable para el presente caso como lesión de la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de un grupo al que pertenecen por motivos referentes, entre otros, a la ideología o a las creencias. Se traslada así al ámbito administrativo sancionador una variante de la conducta subsumible en el tipo penal del art. 510.2 a) CP —lesión de la dignidad— en cuanto manifestación del discurso del odio que justificaría restringir las libertades ideológica y de expresión sin necesidad de requerir incitación directa o indirecta al odio o a la violencia²⁴. Sería,

²² La STS 675/2020, de 11 de diciembre, ha declarado que «(...) no hay razón que lleve a una interpretación que quede condicionada por la definición de provocación para delinquir que da nuestro CP en su art. 18, sino que estamos ante una idea de provocación propia, que, entendida desde una concepción vulgar, como la que podemos encontrar en el Diccionario de la RAE, el verbo provocar se identificaría como 'incitar, inducir a uno a que ejecute una cosa', con lo que la provocación, que podría ser llevada a cabo mediante cualquier forma de expresión que difunda, induzca, incite, favorezca, facilite o promueva la violencia, el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otro tipo de discriminación basada en la intolerancia, es indiferente que se la considere directa o indirecta» (FD 1).

²³ Dispone el art. 510.2 a) CP que «serán castigados con la pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 12 meses (...) quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito» de grupos, parte de los mismos, o personas determinadas por razón de su pertenencia a ellos «por motivos (...) referentes a la ideología, religión o creencias (...)».

²⁴ Cabe señalar en este sentido que el TEDH ha situado el estándar del discurso del odio punible por debajo del umbral de la incitación al señalar que la tolerancia y el respeto de la dignidad pueden hacer «necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» (SSTEDH Gündüz, de 4 de diciembre de 2003, apdo. 40, y Erbakan, de 6 de julio de 2006, apdo. 56, ambas contra Turquía). Por tanto, «en el ámbito del Consejo de Europa el estándar del discurso del odio puede englobar acciones de menor intensidad y mayor imprecisión —propagación, promoción o justificación del odio— que la incitación y que no conllevan *per se* una apelación a la audiencia a cometer alguna acción hostil, discriminatoria o violenta contra el grupo objetivo» [ROLLNERT LIERN, G. (2019). «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, 91 y 93]; y, por otra parte el TEDH ha desvinculado la incitación de las llamadas a la acción: «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos o la incitación a la discriminación [...] son suficientes para

pues, la humillación a las víctimas lesionando su dignidad y no la incitación directa o indirecta a la violencia o el odio lo que legitimaría la consideración de la apología del franquismo como discurso del odio.

Esta concepción de la infracción administrativa de la apología del franquismo sobre el patrón del art. 510.2 a) CP lleva a considerar si para que sea sancionable la apología del franquismo, aún con humillación a las víctimas, se requeriría que hiciera surgir algún tipo de riesgo²⁵ o peligro de actos concretos de violencia o discriminación contra las mismas dado que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha expuesto su criterio en este sentido en el Auto 10452/2020, de 16 de noviembre. En dicho auto se inadmite la querella presentada contra el dirigente de VOX Javier Ortega Smith por unas declaraciones en un programa televisivo en las que afirmó, respecto de las llamadas «Trece Rosas» (13 militantes de las Juventudes Socialistas Unificadas fusiladas en 1939), que «lo que hacían era torturar, violar y asesinar vilmente»; argumenta el Tribunal Supremo que estas declaraciones del querellado «pueden constituir un sentimiento lesivo para la dignidad de estas personas» pero no pueden valorarse como «una incitación al odio con una capacidad de peligro relevante» por cuanto «la existencia de este peligro (...) depende tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o ámbito social al que se dirigen las expresiones cuestionadas. No se trata de exigir la concurrencia de un contexto de crisis en el que los bienes jurídicos ya estuvieran en peligro que resultaría incrementado por la conducta cuestionada, sino de examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro, y en la sociedad española actual —más de 80 años después de los hechos— presenta ya un claro rechazo» (FD 4.º).

En consecuencia, el Tribunal Supremo ha exigido la concurrencia de «(...) un peligro²⁶ cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación» para que las manifestaciones lesivas de la dignidad de las víctimas puedan ser penalmente sancionadas, peligro que entiende inexistente en la sociedad española de nuestros días.

que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista (...)» (STEDH Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009, apdo. 73).

²⁵ En este sentido, J. Tajadura Tejada en Newtral (2022). «La ley de memoria persigue la apología del franquismo con multas pero no la incorpora como delito en el Código Penal», <https://www.newtral.es/apologia-franquismo-ley-memoria-2/20221124>, último acceso: 06.04.2023.

²⁶ Peligro que, para el Tribunal Supremo, puede ser «potencial pero real»: «no es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante». En sentido contrario, para la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO «(.) se trata de una infracción de resultado, no de riesgo abstracto, hipotético o potencial» [*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*, BOE n.º 124, de 24 de mayo de 2019, 55680].

IV. CONCLUSIONES

La exigencia adicional de un componente de humillación a las víctimas al tipificar la infracción administrativa de apología del franquismo no garantiza, a mi entender, que las previsiones legales no puedan ser aplicadas vulnerando las libertades ideológica y de expresión. Este riesgo, derivado de la posible imposición de sanciones por apología pacífica del franquismo sin exigir la Ley para ello incitación directa o indirecta al odio o a la violencia y riesgo o peligro para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades —elementos ambos necesarios, según la jurisprudencia constitucional, para la existencia de discurso de odio punible: SSTC 235/2007, FJ 9; 177/2015, FJ 5; 112/2016, FFJJ 3 y 6; y 35/2020, FJ 4 b)— viene determinado por varias circunstancias concatenadas.

No es en absoluto descartable una interpretación extensiva y exorbitada de la humillación de la dignidad de las víctimas que entienda que toda apología del franquismo, en sí misma y aunque no contenga referencia alguna a las víctimas, conlleva un descrédito, menosprecio y humillación de su dignidad²⁷.

El propio Preámbulo parece anticipar las intenciones del legislador en este sentido cuando, amparándose en la condena de las «graves violaciones de los Derechos Humanos cometidas en España por el régimen franquista» por la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 17 de marzo de 2006 y después de calificarlas como «crímenes de lesa humanidad» imputables a todos los dirigentes del Régimen, señala que «en el marco de una cultura de derechos humanos, (...) *la exaltación, enaltecimiento o apología* de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad (...) *supone en todo caso un evidente menosprecio o humillación de las víctimas* o de sus familiares (...)»²⁸ (apdo. IV, cursivas mías). De conformidad con esta premisa, la humillación de las víctimas estaría implícita en la apología del franquismo²⁹ que

²⁷ El propio ponente de la Ley en la Comisión Constitucional del Senado (Rallo) confirma que esta interpretación no es una mera hipótesis al afirmar que «la apología del franquismo lleva implícita el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares» para evitar «una doble victimización»: «parece muy razonable concluir que todo acto de apología del franquismo constituye, en sí mismo, ofensa, humillación y menosprecio a las víctimas y, en consecuencia, los límites con que se encuentra en el ejercicio de derechos y libertades constitucionales gozan de pleno amparo constitucional sin necesidad de prueba adicional» (*op. cit.*, 144).

²⁸ A la misma conclusión sobre la base del Preámbulo llega Tomás-Valiente Lanuza, C. (2022). «Las infracciones administrativas de expresión», en Queralto Jiménez, J. y Cardenal Montraveta, S., *Derecho penal y libertad de expresión*, Barcelona, Atelier, 192.

²⁹ Ese planteamiento subyace en la pregunta con solicitud de respuesta escrita E-002946/2021 formulada a la Comisión de la Unión Europea por 11 europarlamentarios españoles según la cual el *Informe* del CGPJ, al afirmar que «la apología del franquismo está amparada por la libertad de expresión y puede ejercerse sin ofender a las víctimas», contradice la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2018, sobre el auge de la violencia neofascista en Europa y pregunta a la Comisión si el *Informe* del CGPJ contraviene la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante

sería siempre sancionable, sin necesidad de prueba, cualesquiera que fueran las circunstancias y el contexto en que se produjera.

Atendiendo al Preámbulo, que concibe el régimen sancionador de la Ley como «medio de evitar la humillación que *pudiera sentir* cualquier víctima de la guerra o la Dictadura» (cursivas mías), el parámetro legal para dilucidar si existe humillación de las víctimas sería la sensibilidad subjetiva³⁰ de las mismas. El potencial e hipotético sentimiento de la víctima ante la exaltación del franquismo determinaría que concurriera la humillación y las sanciones previstas en la Ley tendrían carácter preventivo *ex ante* («medio de evitar») y no represivo respecto de humillaciones efectivamente producidas.

En este sentido, el TEDH ha declarado que, siendo comprensible que la exhibición de símbolos de regímenes totalitarios inquiete a las víctimas y sus familiares que pueden considerarlas irrespetuosas, «(...) tales sentimientos, por comprensibles que sean, no pueden por sí solos establecer los límites de la libertad de expresión³¹», especialmente si el temor a la restauración de tales regímenes no puede considerarse racional, porque supondría concederles un veto sobre las libertades de expresión y opinión.

A lo anterior se une que la Ley considera víctimas a quienes sufrieron «daño físico, moral o psicológico, daños patrimoniales, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales» entre el 18 de julio de 1936 y la entrada en vigor de la Constitución, pero también a sus familiares: cónyuge de la víctima o persona ligada por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado³² (art. 3). Esto implica que cualquier descendiente de una víctima directa (en cualquiera de las numerosas modalidades que especifica la Ley) de la Guerra Civil o del franquismo puede sentirse, en cuanto víctima, humillado por un acto público de apología del franquismo, lo que en un contexto de polarización política no es difícil de prever respecto de cualquier opinión mínimamente favorable (o no suficientemente desfavorable) hacia el franquismo o hacia alguno de los dirigentes que tuviera una mínima participación en un régimen político que duró 39 años.

La categoría de víctima —aplicable incluso a entes carentes de personalidad jurídica como «las comunidades, las lenguas y las culturas vasca, catalana y gallega en

el Derecho penal (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-002946_ES.html, último acceso: 16.03.2023).

³⁰ En este sentido, Rallo admite que «el ‘menosprecio’ o la ‘humillación’ de las víctimas tiene una dimensión fundamentalmente subjetiva» (*op. cit.*, 137).

³¹ SSTEDH Vajnai, de 8 de julio de 2008, apdo. 57; y Fáber, de 24 de julio de 2012, apdo. 57, ambas contra Hungría.

³² A este respecto la OFICINA DE CALIDAD Y COORDINACIÓN NORMATIVA sobre el Anteproyecto de Ley sugirió «(...) considerar la alternativa de no atribuir a los familiares la condición jurídica de víctimas, a fin de ceñir esta figura jurídica a la persona que lo ha sido de modo directo» y que si la norma pretende otorgarles reconocimiento moral «(...) sería preferible que dicho reconocimiento se articulase a través una vía distinta a su inclusión en la noción legal de «víctima», noción cuya plasmación en la Ley implica que haya de manejarse en tanto que categoría jurídica» (*op. cit.*, 13).

sus ámbitos territoriales lingüísticos»— resulta todavía más amplia en las infracciones muy graves de falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a actos de apología del franquismo por parte del titular o responsable del local o establecimiento y convocatoria de actos que inciten a la apología del franquismo [art. 62.1 e) y d)]. En estos casos, el necesario elemento de humillación se delimita también por referencia a los familiares de las víctimas («cuando entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares») abriendo así casi indefinidamente el campo de eventuales sujetos que pueden sentirse humillados al considerar también víctimas³³ a los familiares —sin ninguna limitación de línea ni grado— de los familiares.

El riesgo de utilizar la apología del franquismo para restringir las libertades ideológicas y de expresión se incrementa si se tiene en cuenta que no se trata de un tipo penal interpretable por un órgano jurisdiccional tras un proceso garantista sino de una infracción administrativa cuya apreciación y sanción compete discrecionalmente a un órgano eminentemente político³⁴ —la Secretaría de Estado competente en materia de memoria democrática [art. 65 a)]— tras un procedimiento incoable de oficio o por denuncia de «cualquier persona» (art. 64.1 y 3). Se trata de sanciones por conductas meramente expresivas que pueden alcanzar cuantías entre 10.001 y 150.000 euros solo recurribles *a posteriori* mediante un procedimiento contencioso-administrativo, previo pago de la sanción y de las correspondientes tasas judiciales³⁵.

En el caso de la infracción muy grave de convocatoria de actos que inciten a la exaltación del franquismo con humillación a las víctimas (art. 62.1 e), la barrera

³³ El Preámbulo habla del protagonismo de la «generación de los nietos» (apdo. III) asumiendo esta expresión utilizada por los movimientos memorialistas. Para J. Fernández Sebastián la expansión de la categoría de víctima convierte el pasado en un «eterno presente» entre los contemporáneos como descendientes de víctimas y victimarios, y, citando a Todorov, habla de las «víctimas vicarias» como «aquellos que, sin haber sufrido en sus propias carnes los efectos de la violencia, generalmente por considerarse a sí mismos herederos o descendientes de las verdaderas víctimas hablan en su nombre y logran hacerse así con el codiciado estatuto de víctima [(2021). «Pasado irreversible, pasado irrevocable. De historia, anacronismos, memoria y olvido», en Tajadura Tejada, J. y Fernández Sebastián, J., *Tiempos de la historia, tiempos del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 121-123].

³⁴ Véase PLATAFORMA EN DEFENSA DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN (2020). *Alegaciones al Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática*, 2 de diciembre, 2 y 4, <http://libertadinformacion.cc/la-pdli-rechaza-la-penalizacion-de-la-exaltacion-de-la-guerra-civil-o-de-la-dictadura-por-ser-discursos-tambien-prottegidos-por-la-libertad-de-expresion>, último acceso: 18.03.2023.

³⁵ En este sentido, Tomás-Valiente Lanuza, C. (2022, 206); por el contrario, valorando positivamente la opción legislativa por una infracción administrativa en lugar de un ilícito penal, Simancas Sánchez, D. y Ferrari Puerta, A. J. (2022). «Un abrazo sin amnesia: otra perspectiva de la Ley de Memoria Democrática». *Letras Libres*, 2 de noviembre, <https://letraslibres.com/politica/un-abrazo-sin-amnesia-otra-perspectiva-de-la-ley-de-memoria-democratica>, último acceso: 06.04.2023; para una crítica general a la sanción administrativa a conductas expresivas defendiendo una reserva de jurisdicción en materia de control de la libertad de expresión, G. Doménech Pascual (2021). «La policía administrativa de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)», en Efrén Ríos Vega, L. y Spigno, I (eds.), *La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas*, México, Tirant Lo Blanch, 193-215.

sancionadora se adelanta aún más en la medida que la conducta sancionable ya no es siquiera que el acto convocado constituya apología del franquismo sino que «incite» a dicha apología³⁶, de tal forma que quien convoca asume un claro riesgo de sanción si cualquier asistente incurre en apología y la Secretaría de Estado de Memoria Democrática considera que el formato del acto incitó a la exaltación del franquismo.

V. EXCURSO: LIBRE DEBATE HISTÓRICO Y DEMOCRACIA MILITANTE RETROSPECTIVA

La penalización en vía administrativa de la apología del franquismo resulta a mi juicio contradictoria con las referencias de la Ley al libre debate histórico. Así, la Ley invoca el «papel esencial que desempeña el debate histórico para la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática» reconociendo «la incertidumbre consustancial al citado debate que deriva del hecho de referirse a sucesos del pasado sobre los que el investigador puede formular hipótesis o conjeturas al amparo de la libertad de creación científica reconocida en el artículo 20.1.b) del Texto Fundamental» (art. 15).

Sin embargo, la Ley sanciona actos que permitan o faciliten la libre expresión de opiniones que el legislador considera incompatibles con la democracia española, no en razón de su peligrosidad para el régimen democrático actualmente existente sino por suponer «la exaltación del alzamiento militar o el régimen dictatorial» (Preámbulo, apdo. IV), es decir, por el ejercicio de la libertad de expresión con relación a un hecho histórico acaecido hace más de 85 años y a un régimen político extinguido hace más de 50 años. El legislador memorialista es, pues, incoherente con la «protección acrecida» que el Tribunal Constitucional otorga a la libertad de expresión³⁷ cuando la misma se proyecta hacia un hecho ya histórico; e ignora el criterio del COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS que afirma que «las leyes que penalizan la expresión de opiniones sobre hechos históricos son incompatibles con las obligaciones que el Pacto impone a los Estados partes en lo tocante

³⁶ Para Rallo los anuncios de las misas en memoria de Franco entrarían en esta categoría si bien constata el conflicto entre su sanción y la libertad religiosa o de culto, además de las libertades de reunión y expresión (*op. cit.*, 139).

³⁷ En este sentido, la STC 43/2004, a la que remite el Preámbulo (apdo. V), afirma que «la libertad científica —en lo que ahora interesa, el debate histórico— disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que mientras que éstas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquella, participando también de contenidos propios de las libertades de expresión e información —pues no deja de ser una narración de hechos y una expresión de opiniones y valoraciones y, en consecuencia, información y libre expresión a los efectos del art. 20.1 a) y d) CE— se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo» (FJ 5).

al respeto de las libertades de opinión y expresión. El Pacto no autoriza las prohibiciones penales de la expresión de opiniones erróneas o interpretaciones incorrectas de acontecimientos pasados³⁸».

Por otra parte, es común entre los críticos con la sanción de la apología del franquismo apoyarse en la jurisprudencia constitucional que niega la existencia de una concepción militante de la democracia en nuestro sistema constitucional³⁹. En efecto, como es sabido, desde la STC 48/2003 se viene afirmando que «en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’ (...) en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución⁴⁰» (FJ 7).

Según el Alto Tribunal «(...) el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, pero siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales y que el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a los procedimientos es siempre, y en todo caso, inexcusable (...)» (STC 52/2017, FJ 5). Señala asimismo que «este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse (...)» (SSTC 42/2014, FJ

³⁸ *Observación General N.º 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión*, de 12 de septiembre de 2011, CCPR/C/GC/34, apdo. 45. Sobre la base de esta Observación General, son varios los informes de relatores y expertos de NACIONES UNIDAS que recomiendan a los Estados derogar las denominadas «leyes de memoria histórica» por considerarlas contrarias al libre debate histórico y a la libertad de investigación: *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, de 7 de septiembre de 2012, A/67/357, apdos. 55 y 78; *Informe del Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Maurice de Zayas*, de 1 de julio de 2013, A/HRC/24/38, apdos. 38 y 56 (e); y el del mismo título y autor, de 7 de agosto de 2013, A/68/284, apdos. 51 y 69 j). Por otra parte, el PARLAMENTO EUROPEO, en la *Resolución de 2 de abril de 2009 sobre la conciencia europea y el totalitarismo* —citada por el Preámbulo de la Ley— ha criticado las pretensiones de blindar las versiones oficiales de la historia al señalar que «(...) ninguna institución o partido político tiene el monopolio de la interpretación de la Historia ni puede pretender que su interpretación sea objetiva. (...) Las interpretaciones políticas oficiales de los hechos históricos no deberían imponerse mediante decisiones mayoritarias de los parlamentos y (...) un parlamento no puede legislar sobre el pasado» (Considerandos B y C).

³⁹ Véase al respecto CGPJ, *op. cit.*, 61, 70, 87 y 92; OFICINA DE COORDINACIÓN Y CALIDAD NORMATIVA, *op. cit.*, 46; PLATAFORMA EN DEFENSA DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN, *op. cit.*, 3-4; Teruel Lozano, G. M. (2022). «Cuando la memoria se hace ley: una aproximación constitucional». *Letras Libres*, 6 de octubre, <https://letraslibres.com/politica/cuando-la-memoria-se-hace-ley-una-aproximacion-constitucional>, último acceso: 17.03.2023; de Miguel Bárcena, J. (2021). «Memoria y democracia militante», <https://diligencias.org/2021/08/04/memoria-y-democracia-militante>, 4 de agosto, último acceso: 06.04.2023; León Alapont, J., *op. cit.*, 99-100; y Simón Castellano, P. (2021). «Tipificar la exaltación y apología de los regímenes totalitarios. Un debate renovado a luz del declive de la libertad de expresión en España». *Revista Penal. México*, 19, 127.

⁴⁰ En el mismo sentido, las SSTC 5/2004, FJ 7; 12/2008, FJ 6; 235/2007, FJ 4; 31/2009, FJ 13; 42/2014, FJ 4; 177/2015, FJ 2 b); 112/2016, FJ 2; 52/2017, FJ 5; 136/2018, FJ 6; y 192/2020, FJ 3.

4; 136/2018, FJ 6); «nuestro régimen constitucional se sustenta, por circunstancias históricas ligadas a su origen, en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional» (STC 12/2008, FJ 6) y que, por tanto, «no se castiga por difundir opiniones o doctrinas contrarias al actual estatus constitucional. Tampoco por propugnar una superación del marco político vigente. (...). Nuestro sistema no se identifica con aquellos otros que hacen de la democracia militante una de sus señas de identidad» (SSTC 91/2021, FJ 11; 106/2021, FJ 11; y 121/2021, FJ 12).

Sin embargo, esta consideración de que la exaltación del franquismo estaría constitucionalmente protegida por las libertades ideológica y de expresión por no ser la democracia española una democracia militante, vinculando así la opinión sobre un ayer ya pretérito con una postura contraria al sistema político de hoy, revela, a mi juicio, una identificación inexacta entre la apología del franquismo y la difusión de ideas contrarias a la Constitución sin tener en cuenta el distinto plano temporal en el que se desenvuelven.

Exaltar, glorificar, enaltecer, justificar o cualquier otra conducta expresiva de un juicio de valor favorable al levantamiento armado del 18 de julio de 1936 y al régimen instaurado tras la Guerra Civil no es equiparable, en abstracto, al ataque al sistema constitucional de 1978. Sencillamente, porque en el primer caso las libertades ideológicas y de expresión se proyectan hacia el pasado sin necesariamente cuestionar los principios y valores de la vigente Constitución. Naturalmente que pueden coincidir la apología del franquismo y el rechazo al orden político del presente, y así será en muchas ocasiones, pero al entender que, por el mero hecho de emitir «juicios o evaluaciones personales y subjetivas (...) sobre hechos históricos (STC 214/1991, FJ 7) u «opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos (SSTC 214/1991, FJ 7; y 235/2007, FJ 4), se están difundiendo ideas y opiniones contrarias al ordenamiento constitucional actual supone aplicar retrospectivamente los parámetros y cánones políticos contemporáneos a circunstancias y contextos sociales, políticos e históricos de hace más de 50 años.

Si no existe en nuestro ordenamiento constitucional una democracia militante que proscriba la libre transmisión de opiniones hostiles a la Constitución vigente, menos aún puede pretenderse una «democracia militante retrospectiva» que proclame, como hace el Preámbulo, «la incompatibilidad de la democracia española con la exaltación del alzamiento militar o el régimen dictatorial» (apdo. IV)⁴¹. La

⁴¹ En sentido contrario, Rallo considera que las restricciones impuestas por la Ley a derechos y libertades constitucionales tendrían como fundamento constitucional definitivo la «defensa de la supervivencia del propio orden constitucional» frente a la exaltación y reivindicación del franquismo: «una democracia constitucional, por muy neutral ideológicamente que se pretenda, no puede amparar su propia destrucción y el probado proselitismo ideológico dirigido a derrocarla y sustituirla por su opuesto: un régimen autoritario. Cuando la 'democracia neutral' se convierte en 'democracia inerte', lejos de propugnar una democracia militante resulta irrenunciable una 'democracia resistente' frente a enemigos declarados y persistentes» (*op. cit.*, 144).

democracia española no puede ser incompatible con ninguna opinión sobre el alzamiento de 1936 o la dictadura franquista —esto es, sobre el pasado histórico—, sino con los alzamientos y dictaduras del presente y con las actividades que puedan llevarse a cabo hoy, aquí y ahora, por medios violentos o ilegales, contra la Constitución, contra las instituciones y contra el sistema de derechos y libertades.

La cuestión no es, pues, que la democracia española sea o no beligerante con la mera comunicación pacífica de ideas u opiniones contrarias al vigente orden constitucional pero formalmente respetuosas con los procedimientos establecidos, sino que no está legitimada para castigar la disidencia discursiva pública con la interpretación histórica de la Guerra Civil y el franquismo que el legislador memorialista pretende blindar estableciendo, no una democracia militante contra las amenazas actuales a la Constitución, sino una «memoria militante» frente a cualquier relato histórico discrepante.

Title:

«Democratic memory» versus ideological freedom: militant democracy in retrospect

Summary:

I. INTRODUCTION: «DEMOCRATIC MEMORY» AND QUALIFIED APOLOGY FOR FRANCOISM. II. IDEOLOGICAL FREEDOM, POLITICAL PLURALISM AND NEUTRALITY OF THE STATE. CONSTITUTIONAL CASE-LAW AND ITS APPLICATION TO THE CASE. III. THE LAW'S PRECAUTIONARY RESPONSE: THE APOLOGY OF FRANCOISM WITH HUMILIATION OF THE VICTIMS AS HATE SPEECH. IV. FINDINGS. V. EXCURSUS: HISTORICAL DEBATE AND RETROSPECTIVE MILITANT DEMOCRACY.

Resumen:

El trabajo analiza el conflicto entre las disposiciones de la reciente Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, relativas a la exaltación o apología del franquismo, y, por otra parte, los derechos fundamentales a las libertades ideológica (art. 16 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE].

Así, después de relacionar las cuestiones más problemáticas y exponer los conceptos legales de memoria democrática y apología del franquismo, se aborda en primer lugar la jurisprudencia constitucional dictada sobre la libertad ideológica, su relación con la neutralidad del Estado y el valor su-

perior del pluralismo político y las conductas vulneradoras de este derecho, estableciendo conclusiones sobre la aplicación de los criterios del Tribunal Constitucional a las restricciones previstas en la Ley.

A continuación se examina la respuesta cautelar de la Ley a una eventual inconstitucionalidad de las medidas restrictivas previstas con la finalidad explícita de impedir la libre expresión y difusión de opiniones calificables de apología del franquismo; en este sentido, a los efectos de evitar que dichas restricciones puedan considerarse contrarias a la protección constitucional de las libertades ideológica y de expresión adopta una doble estrategia: no sancionar directamente la apología del franquismo sino las omisiones o actos de terceros que la posibiliten; y recurrir al elemento adicional del «des crédito, menosprecio o humillación de las víctimas» para vincular la exaltación del franquismo al discurso del odio pretendiendo así excluir el discurso apologético de la protección constitucional.

En el apartado de conclusiones se examina si esta exigencia adicional de un componente de humillación a las víctimas al tipificar la infracción administrativa de apología del franquismo garantiza que las previsiones legales no vayan a ser aplicadas vulnerando las libertades ideológica y de expresión, teniendo en cuenta para ello las circunstancias de su concreta configuración legal que generan un riesgo de imposición de sanciones por apología pacífica del franquismo sin exigir la Ley para ello incitación directa o indirecta al odio o a la violencia y un riesgo o peligro para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades (elementos ambos necesarios, según la jurisprudencia constitucional, para la existencia de discurso de odio punible).

El trabajo finaliza con un excursus sobre dos aspectos conexos con el eje principal del artículo: la libre expresión y opinión en los debates sobre la historia y el recurso al carácter no militante de la democracia española para criticar el régimen sancionador de la Ley.

Abstract:

This paper analyses the conflict between the provisions of the recent Law 20/2022, of 19 October, on Democratic Memory, concerning the exaltation or apology of Francoism, and the fundamental rights to ideological freedom (art. 16 CE) and freedom of expression [art. 20.1 a) CE].

Thus, after listing the most problematic issues and explaining the legal concepts of democratic memory and apology of Franco's regime, it is first addressed the constitutional case-law on ideological freedom, its relationship with the neutrality of the State and the higher value of political pluralism, and the conducts that violate this right, drawing conclusions on the application of the Constitutional Court's criteria to the restrictions laid down in the Law.

The following section examines the Law's precautionary response to the possible unconstitutionality of the restrictive measures envisaged with the explicit aim of preventing the free expression and dissemination of

opinions that could be classified as apology for Francoism; in this sense, in order to prevent these restrictions from being considered contrary to the constitutional protection of ideological freedom and freedom of expression, it adopts a two-fold strategy: not sanctioning directly the apology of Francoism but rather the omissions or acts of third parties that make it possible; and resorting to the additional element of «discrediting, belittling or humiliating the victims» to link the exaltation of Francoism to hate speech, thereby seeking to exclude apologetic discourse from constitutional protection.

The conclusion section examines whether this additional requirement of a component of humiliation of the victims when classifying the administrative offence of apology for Francoism guarantees that the legal provisions will not be applied in violation of ideological freedom and freedom of expression, taking into account the circumstances of its specific legal configuration, which generate a risk of imposing sanctions for peaceful apology of Francoism without the law requiring direct or indirect incitement to hatred or violence and a risk or danger to the persons or rights of third parties or to the system of freedoms itself (both necessary elements, according to constitutional jurisprudence, for the existence of punishable hate speech).

The paper ends with an excursus on two aspects related to the main focus of the article: free expression and opinion in debates on history, and the recourse to the non-militant nature of Spanish democracy to criticise the punitive regime of the Law.

Palabras clave:

Memoria democrática; libertad ideológica; franquismo.

Key words:

Democratic memory; ideological freedom; Francoism.

