



O F I C I O

S/REF.
N/REF. 18N 84/2018
FECHA 15/02/2019
ASUNTO Notificación resolución

[Redacted text]

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en mi condición de Ministra-Secretaria del Consejo de Ministros en virtud del artículo 18.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y artículo 1.3 del Real Decreto 816/2018, de 6 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, se procede a notificar, mediante documento adjunto, el texto literal e íntegro del *Acuerdo por el que se resuelve el procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 16.3 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura* (expediente 18N 84/2018).

LA VICEPRESIDENTA DEL GOBIERNO Y MINISTRA DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD



Carmen Calvo Poyato



REF.:

REF.C.M.:

Acuerdo por el que se resuelve el procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 16.3 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 27 de diciembre de 2007, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura (en adelante Ley de la Memoria Histórica).

SEGUNDO.- Con fecha 25 de agosto de 2018, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre. Mediante esta reforma se añadió un apartado 3 al artículo 16, con la siguiente redacción: «3. *En el Valle de los Caídos sólo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda*»; y una nueva disposición adicional sexta bis, que describe el procedimiento para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16.3.

TERCERO.- Con fecha 31 de agosto de 2018, el Consejo de Ministros adoptó el Acuerdo por el que: se dispuso la iniciación de oficio del procedimiento de exhumación y traslado de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.3; se designó instructor del procedimiento a la persona titular de la Subsecretaría de Justicia; y se concedió un plazo de quince días hábiles a la familia y demás interesados a fin de que se personasen en el procedimiento y formularan alegaciones. Tal acuerdo fue debidamente notificado a los interesados y publicado en el BOE de 13 de septiembre de 2018, nº 222.

CUARTO.- Se recibieron en la citada fase de alegaciones y, una vez finalizada esta, a lo largo del procedimiento y hasta la apertura del trámite de audiencia, los escritos que a continuación se relacionan con la documentación adjunta a los mismos, todo lo cual ha sido oportunamente incorporado al expediente:

1.- Dña. María del Carmen, Dña. María de la O, Dña. María del Mar, D. José Cristóbal, Dña. María Aránzazu, D. Jaime Felipe Martínez-Bordiú Franco, y D. Francisco Franco Martínez-Bordiú, presentaron sus correspondientes escritos de alegaciones con idéntico contenido que, en síntesis, recogen cuanto sigue:





-Inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 10/2018, de 24 de agosto, por falta de los presupuestos de extraordinaria y urgente necesidad habilitantes del mismo, explicando prolijamente su postura. Entendían que estamos ante una situación estable y consentida durante décadas no afectada por ninguna circunstancia que exija una inmediata y urgente actuación por lo que consideran que la norma vulnera el artículo 86.1 de la Constitución, vicio que, a su juicio, alcanza al presente expediente de exhumación y traslado de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde.

-Vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar, garantizada por el artículo 18 de la Constitución, en relación con la naturaleza jurídica del cadáver y el poder de disposición de la familia del difunto sobre el mismo. Alegaron que la voluntad de la familia ha sido unánime y clara en un sentido contrario a la exhumación, por lo que no existiendo motivos sanitarios o excepcionales, sino solo ideológicos para la exhumación, se vulnerarían los derechos señalados.

-Quiebra del derecho fundamental a la libertad religiosa, reconocido en el artículo 16 de la Constitución, en concreto de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, que establece el derecho a recibir sepultura de acuerdo con las convicciones religiosas y consiguiente derecho a no ser removido o privado de la misma, salvo por razones de orden público, que consideraban inexistentes. En su opinión, la exhumación únicamente se lleva a cabo por motivos ideológicos y políticos, todo lo cual, según alegaron, vicia de inconstitucionalidad el real decreto-ley por afectar a derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

-Nulidad radical del Acuerdo de incoación por carecer manifiestamente la Administración de jurisdicción sobre la Basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, por lo que no podía procederse a la exhumación sin contar con la autorización del Prior Administrador como único competente dado el régimen de la Abadía como monasterio autónomo. Se invocaba lo dispuesto en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado Español y la Santa Sede, así como los cánones 1213 y 1214 del Código Canónico vigente y el informe de la comisión de expertos sobre el futuro del Valle de los Caídos y de la Abogacía del Estado de 7 de septiembre de 2011, que reconocen la inviolabilidad de la Basílica y la necesaria colaboración con la Iglesia Católica.

-Invasión del ámbito competencial de la Comunidad de Madrid y de las entidades locales en materia de sanidad mortuoria por parte del Real Decreto-ley 10/2018.

-Violación del artículo 26 del Reglamento de Sanidad mortuoria de la Comunidad de Madrid que, según los mismos, impide la exhumación de un cadáver embalsamado sin la autorización sanitaria, que solo puede ser solicitada por la familia del difunto o un allegado.

-Carácter singular del procedimiento y del Real Decreto-ley 10/2018 que, según los interesados, es contrario al principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, al referirse únicamente a los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde.

-Discordancias en el Real Decreto-ley 10/2018 entre la exposición de motivos, que alude a la exhumación de Francisco Franco Bahamonde, y el articulado, que se refiere a la exhumación de quienes no murieron a consecuencia de la Guerra Civil española, lo cual conlleva, según los interesados, la consecuencia jurídica de prevalencia del articulado sobre la exposición de motivos por carecer esta última de valor normativo, sino simplemente interpretativo.

Por otra parte, argumentaron la existencia de supuestas deficiencias en el propio procedimiento administrativo:





-Debería existir un solo procedimiento para todos los enterrados que no cumplan con lo dispuesto en el artículo 16.3. Sostuvieron que ningún precepto de la ley en la parte dispositiva faculta para realizar separadamente el procedimiento de exhumación y la extraordinaria y urgente necesidad debe ser aplicada para todos los casos.

-El procedimiento puede terminar con una decisión favorable o contraria a la exhumación, dado que no se establecen límites a las posibles alegaciones.

-El procedimiento tiene una naturaleza asimilable a la sancionadora administrativa que supondría, según los interesados, resolver posibles dudas a favor de los mismos.

También alegaron una falta de determinación del hecho jurídico determinante de la exhumación, esto es, «fallecido a consecuencia de la Guerra Civil». Y alertaron de los riesgos de incurrir en un delito de profanación de cadáveres, señalando que las responsabilidades en la eventual comisión del mismo alcanzarían no solo a los autores materiales del mismo, sino a quienes lo facilitasen por acción u omisión.

Por último, manifestaron ser conocedores de que la declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley solo puede ser realizada por el Tribunal Constitucional, si bien mediante las referidas alegaciones habían dejado patente tanto que, a su juicio, suponía una irregularidad iniciar un procedimiento con relación a uno solo de los afectados, como la interpretación que del real decreto-ley debería hacerse para su acomodación a la Constitución.

Por todo lo anterior, solicitaron que se declarase la improcedencia de la exhumación de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde.

En los mismos escritos de alegaciones, por otrosí, solicitaban la recusación de la instructora del procedimiento, con base en la causa recogida en el artículo 23.2 a) de la Ley 40/2015, 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que se invoca y reproduce literalmente en los distintos escritos, argumentando que la Subsecretaría de Justicia no es un órgano neutral sino un órgano de carácter político nombrado mediante real decreto, con dependencia jerárquica directa de la Ministra de Justicia, y de quien depende la recientemente creada Dirección General para la Memoria Histórica. En suma, la Instrucción recaía en el órgano directivo del Ministerio de Justicia encargado de redactar la norma que debe dar lugar a un propósito político: exhumar a Francisco Franco Bahamonde, con o sin la conformidad de sus familiares. Asimismo, se hacía alusión a los previos nombramientos de la titular de la Subsecretaría de Justicia como Vicesecretaría General y, por algunos meses, Secretaria General de Presidencia de Gobierno, bajo la presidencia de D. José Luis Rodríguez Zapatero, lo que, al parecer de los interesados, denotaba su adscripción ideológica al partido del Gobierno y la inhabilitaba para la instrucción del procedimiento.

Por otrosí segundo solicitaban que, para el caso que se llevase a cabo la exhumación pese a la falta de legitimación y jurisdicción de la Administración, y en contra de los deseos de su familia, se procediese a la inmediata entrega del féretro conteniendo su cadáver embalsamado a su familia en la propia Basílica para su inhumación en la Cripta de la Catedral de la Almudena de Madrid.

Con fechas 4 y 5 de octubre y 2 de noviembre de 2018, fueron resueltos por sendas resoluciones de la Ministra de Justicia los tres procedimientos incidentales para la resolución de las recusaciones instadas por la familia Franco, todas ellas en sentido de desestimar las solicitudes





entendiendo que no queda acreditada la existencia de un interés personal en el asunto por parte de la instructora del procedimiento.

Con fecha 1 de octubre de 2018, tuvo entrada nuevo escrito de los interesados a través de su representante, en el que se pedía vista del expediente y ampliación del plazo para formular alegaciones para cada uno de los interesados. La ampliación fue concedida por acuerdo de la instructora de 3 de octubre, añadiéndose tres días para cada representado a contar desde la fecha de finalización del plazo para cada uno.

2.- El Consejo de Administración de Patrimonio Nacional, como Patronato de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, con fecha 20 de septiembre de 2018, remitió Acuerdo del mismo de 18 de septiembre de 2018, por el que se decidió no formular alegaciones.

3.- D. Juan Chicharro Ortega, como representante en su condición de Presidente ejecutivo de la Fundación Nacional Francisco Franco, presentó varios escritos de alegaciones:

3.1 Con fecha 1 de octubre de 2018, presentó «ad cautelam» escrito de comparecencia en el procedimiento en calidad de interesado como representante de la citada fundación, y de alegaciones que, en síntesis, recogían cuanto sigue:

-Inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 10/2018, por las siguientes razones:

- Por no cumplirse los requisitos habilitantes.
- Por tratarse de una norma singular que no cumple con las exigencias constitucionales para ese tipo de norma.
- Por inconstitucionalidad del Real Decreto-ley y de los actos derivados en cuanto violan un Tratado Internacional de rango superior.
- Por nulidad del procedimiento incoado por transgresión a la ley y a los principios constitucionales que, según la fundación, se manifestaría en los siguientes aspectos:
 - Por contradicción entre la urgente necesidad inherente al tipo de norma, y el plazo de caducidad de 12 meses para la tramitación del procedimiento, que de cumplirse tal plazo superaría a la tramitación parlamentaria de una ley.
 - Que este plazo de caducidad se inicia desde la publicación del Acuerdo de inicio y no, como entiende dice el propio Acuerdo, desde su publicación. A su juicio con ello se infringe el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Por todo lo anterior, solicitaba tener por instada la recusación, tener por presentado el escrito de alegaciones y traslado del expediente.

Por otro sí, se proponían seis medios de prueba:

- Se librase oficio al Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial para que expidiese certificación del historial de las fincas nº 203 IDUFIR28131000166161, nº 12468 IDUFIR 28131000361429 y de cuantas se refieran a las que integraban el Valle de Cuelgamuros y/o sean titularidad de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos.





- Se requiriese del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional para que certificase sobre la titularidad del Valle de los Caídos y los inmuebles ahí ubicados, en especial la Basílica y el Monasterio.
- Se oficiase al Abad de la Comunidad benedictina del Valle de los Caídos para que certificase: (i) sobre las funciones y competencias de dicha Comunidad respecto de la Basílica del Valle de los Caídos y su carácter sagrado; (ii) sobre las razones del enterramiento en su interior del cadáver embalsamado de Francisco Franco Bahamonde; (iii) sobre si existe voluntad manifestada de los herederos de Francisco Franco Bahamonde respecto a posible exhumación del cadáver embalsamado de este.
- Se oficiase a Su Santidad el Papa para que desde la Santa Sede se certificase si ha sido denunciado el Acuerdo jurídico con el Estado español de 3 de enero de 1979.
- Se oficiase al Tribunal Constitucional para que se certificase si se ha presentado recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 10/2018 y si el mismo ha sido admitido a trámite y si se ha acordado alguna medida cautelar.
- Se oficiase al Arzobispo de Madrid para que certificase sobre las competencias eclesiásticas y de culto en la Basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos.

3.2 Con fecha 29 de octubre de 2018, tuvo entrada en el Departamento nuevo escrito de alegaciones de la fundación que nombra como escrito de alegaciones ante la falta de respuesta, en el que alegaba incongruencia omisiva de la resolución de 18 de octubre de 2018 (*sic*) de la Ministra de Justicia por no resolver sobre la recusación instada el 5 de octubre, por falta de acuerdo sobre su condición de interesada en el procedimiento y no habersele dado traslado del expediente y, solicitaba, que se resolviera de forma expresa a favor de su solicitud de tener condición de interesada en el procedimiento y se diera traslado de la prueba en el procedimiento o se llevase a cabo de no haberse practicado.

Con fecha 5 de octubre de 2018, se recibieron nuevas alegaciones referidas a la aparición en prensa de una visita a la Basílica Pontificia del Valle de los Caídos de la Instructora del procedimiento y el Subsecretario de Presidencia, reiterando por esta causa su recusación.

Mediante oficio fechado el 2 de noviembre de 2018, la instructora comunicó a la representación de la Fundación Nacional Francisco Franco la aceptación de su solicitud de personación en el expediente, formulada mediante los escritos de 1 y 5 de octubre y reiterada mediante el de 29 de octubre, con el consiguiente reconocimiento de la condición de interesada en los términos del artículo 4.1 c) de la LPACAP, y a los efectos previstos en el artículo 53 de la misma norma.

3.3 Con fecha 28 de noviembre de 2018, D. Juan Chicharro Ortega presentó un nuevo escrito en el que solicitaba que, tras el Acuerdo de Consejo de Ministros de continuación del procedimiento, de 8 de noviembre de 2018, se le diese traslado de todas las actuaciones realizadas y de las que en un futuro se pudieran realizar en la Basílica del Valle de los Caídos con relación al procedimiento de contratación de cualquier clase de obra y de posibles concesiones de licencia de obra mayor relativas al levantamiento de losa y reposición de canalizaciones subterráneas existentes antes de la inhumación de Francisco Franco Bahamonde.





Con fecha 30 de noviembre de 2018 se dictó por la instructora resolución por la que se denegó la práctica de las pruebas solicitadas en el escrito de alegaciones de 1 de octubre de 2018, por resultar las mismas improcedentes e innecesarias, en los términos expuestos en dicha resolución.

No conforme con la anterior resolución, con fecha 2 de enero de 2019, la Fundación Nacional Francisco Franco interpuso el recurso de alzada, alegando la improcedencia de tal rechazo y solicitando la práctica de las pruebas instadas.

Con fecha 11 de enero de 2019, se dictó por la Ministra de Justicia resolución de inadmisión del aludido recurso con fundamento en que tal rechazo cumplía el mandato legal previsto en el apartado 3 del artículo 77 de la LPACAP, mediante la motivación cumplida de su causa, basada en la manifiesta improcedencia o innecesaridad de las pruebas solicitadas. Asimismo, se entendió que el acto denegatorio de la prueba no era susceptible de recurso, toda vez que no predeterminaba la resolución final ni generaba un perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos, teniendo en cuenta que no creaba una situación jurídica concreta, ni prejuzgaba el fondo del asunto.

3.4 Con fecha 4 de diciembre de 2018, se presentó nuevo escrito de alegaciones en relación al proyecto elaborado por los Servicios Técnicos de Patrimonio Nacional, así como al informe del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial. La fundación invocaba el artículo 1.5 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos (AAJ) entre el Estado Español y la Santa Sede para concluir que ninguna obra o acto puede llevarse a cabo en el interior de la Basílica por su condición de lugar de culto. También exponía que la exhumación requería de obra mayor con un proyecto técnico, sin que se hubieran tenido en cuenta circunstancias como: condiciones del féretro que pudieran requerir de maquinaria pesada; posibles trastornos en la puerta de la Basílica; que no se cuenta con esquemas o diseños sobre lo que se hará con conducciones subterráneas; que no consta informe de impacto interior arquitectónico y en esculturas y otros ornamentos; que no se acompaña estudio de seguridad y salud a favor de los operarios y, por último alegan que no se establece informe económico de gastos de la obra. Todo ello, en opinión de la entidad interesada, iba en contra de la normativa de ordenación de territorio y urbanismo y atentaba contra los derechos fundamentales y libertades públicas; además, la omisión de entrega del proyecto ponía de nuevo de manifiesto la falta de imparcialidad de la instructora.

Terminaba el escrito solicitando la recusación de la instructora por interés político directo, así como el traslado de todo documento que formase parte del expediente.

3.5 Con fecha 3 de enero de 2019, tuvo entrada en el Registro del Departamento un nuevo escrito de alegaciones de la fundación interesada en relación al informe de la Delegación del Gobierno solicitado de oficio por la instructora durante la tramitación, que recoge, en síntesis, cuanto sigue:

-Que, a pesar de tener condición de interesada, la instructora venía negando a la fundación toda la información relativa al procedimiento.

-Que la instrucción del mismo estaba plagada de irregularidades.

-Que había sido recabado un informe al Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid, pese a no estar dicho trámite recogido en la norma reguladora del procedimiento.





-Que tal informe constituía una irregularidad invalidante, por carecer de cobertura legal y estar sujeta la petición de informes a que sean preceptivos por ley.

-Que la petición de cualquier informe ha de recoger el precepto que lo exija o fundamentarse la necesidad de reclamarlo, expresando los motivos que así lo requiera.

-Que, según datos publicados en prensa, fue solicitado el día 7 de diciembre de 2018 y evacuado el día 21 de diciembre de 2018, razón por la cual, al no ser un informe excesivamente complejo, no debería ser tenido en cuenta con base en el artículo 80 de la LPACAP.

La fundación reiteró sus alegaciones sobre la falta de imparcialidad de la instructora, a la que instaba a que se abstuviera de continuar desempeñando dicha función. Por último, solicitaba el traslado del informe del Delegado del Gobierno de la Comunidad de Madrid, sobre cuyo contenido realizaba una serie de razonamientos a la espera de conocerlo oficialmente.

En sucesivos escritos de alegaciones se ha solicitado por la fundación interesada, en cinco ocasiones, la recusación de la instructora del procedimiento:

-Con fecha 1 de octubre de 2018, se instaba la recusación de la Subsecretaria como instructora del citado expediente, alegando la causa recogida en el artículo 23.2 a) de LRJSP. Dicha solicitud se fundaba en que *«no puede, instruir un expediente quien tiene interés personal en el asunto, como lo es el simple deseo de mantenerse en el puesto de libre designación sin riesgo de ser cesada por falta de confianza: claro interés en dictar una resolución que acuerde la exhumación, por mucho que los afectados e interesados digan lo que tengan por conveniente.»* Con fecha 4 de octubre de 2018, la Ministra dictó resolución por la que se desestimaba la citada petición de recusación, por no concurrir la causa alegada. Se razonaba en ella que la mera ocupación del cargo de Subsecretaria del Departamento no debía ser considerada por sí misma una causa por la que se perdiese la objetividad exigible para la instrucción del expediente. En este sentido y a mayor abundamiento, se consideraba que las alegaciones vertidas en el escrito de recusación llevarían al absurdo de concluir que ningún funcionario con un puesto cuyo nombramiento se efectuase mediante un sistema de libre designación podría hacerse cargo de la instrucción del procedimiento con garantía de objetividad; es más, dada la estructura jerarquizada de la Administración, independientemente de su forma de nombramiento, ningún funcionario podría considerarse apto, siendo en todo caso la cúspide la Ministra de Justicia, por lo que cualquiera que fuese el instructor del procedimiento pudiera resultar recusado.

-Con fecha 5 de octubre de 2018, se reiteró la recusación de la instructora alegando textualmente que es *«prueba evidente e indiscutible del interés de la instructora en la exhumación del cadáver embalsamado del Excmo. Sr. DON FRANCISCO FRANCO BAHAMONDE, su visita a la Basílica Pontificia del Valle de los Caídos, -de forma sorpresiva, repentina e inesperada para los monjes benedictinos que gestionan el culto de aquella- para ver cómo llevar a cabo esa exhumación, aún sin haberse resuelto todas las cuestiones jurídicas y formales que legalmente exigen la misma y que pone de relieve la disposición y ademán de prejuzgar una cuestión cuya decisión no le compete. Además de lo expuesto, es innegable que la instructora organizó esa visita con una idea preconcebida llena de parcialidad y subjetividad sobre lo que hacer respecto a una exhumación tan delicada y que demanda, sin lugar a duda mayor neutralidad y ecuanimidad, a la espera, al menos, de las conclusiones del trámite de alegaciones.»* Con fecha 11 de octubre de 2018, la Ministra dictó resolución desestimando la citada petición de recusación, por no concurrir la causa alegada. Conforme a esta resolución, para que procediese estimar la recusación, debería haberse alegado y acreditado un interés propio, particular, individualizado y directo de la



instructora, cosa que no se había hecho, dado lo cual, teniendo en cuenta lo aportado por recusante y recusada, se concluyó negando la concurrencia en la instructora, Dña. Cristina Latorre Sancho, del interés personal aducido.

-Con fecha 7 de noviembre de 2018, se reiteró otra vez la recusación de la instructora con base en el artículo 23.2.a) de la LRJSP. En este escrito se aducía textualmente que, bajo la pertenencia de la instructora al Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, *«se cerraron el 23 de noviembre de 2009 por decisión oficial las visitas públicas [a la Basílica del Valle de los Caídos] por unas obras de conservación que nunca existieron ni se ejecutaron»*, situación que se prolongó, según se afirmaba, hasta el 19 de diciembre de 2010. Finalmente, con cita del artículo 74 de la LRJSP, se pedía la suspensión del procedimiento hasta la resolución de la recusación. Con fecha 8 de noviembre de 2018, la Ministra dictó resolución que inadmitió *«a limine»* la citada petición de recusación, dado que se invocó la causa del artículo 23.2 a) de la LRJSP, sin acreditar indicio alguno de existencia de un interés propio, particular, individualizado y directo de Dña. Cristina Latorre Sancho en el expediente y entenderse, por tanto, que se trató de una petición formulada sin ningún fundamento ni contraste de los hechos que se alegaban apreciando en la petición de recusación abuso del Derecho.

-Un nuevo escrito de D. Juan Chicharro Ortega, en nombre de la Fundación Nacional Francisco Franco tuvo entrada en el Departamento el día 4 de diciembre de 2018, en el que de nuevo instó la recusación de la instructora, alegando en esa ocasión que: *«...ignoramos la determinación y el propósito del Ministerio de Justicia en la omisión de la entrega del proyecto necesario para llevar a cabo, en su caso, la exhumación del cadáver embalsamado del Excmo. Sr. DON FRANCISCO FRANCO BAHAMONDE remitido por este al Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2018, pero queda acreditada una vez más que el nombramiento de la Instructora del expediente de la exhumación del que este escrito trae causa, lejos de ser un órgano técnico, se trata de un órgano político que obedece a razones políticas ajenas a la independencia y neutralidad que debe imperar en cualquier actuación administrativa conforme a lo contemplado en nuestra Constitución en su artículo 103.1 C.E. y confirmado expresamente en el artículo 52 del Estatuto Básico del Empleado Público, razones por las que reiteramos su recusación por interés político directo en la exhumación.»* Con fecha 10 de diciembre de 2018, la Ministra dictó nueva resolución inadmitiendo la petición de recusación de plano, con efectos inmediatos y sin reconocer a la misma virtualidad suspensiva del procedimiento, por tratarse, como en la anterior recusación, de una petición formulada sin ningún fundamento ni contraste de los hechos que se alegaban y apreciando la existencia de abuso del Derecho, pues se entendió claro el ánimo de entorpecer y dilatar la tramitación del expediente, provocando su suspensión a través de la solicitud reiterada de la recusación de la instructora, de la que no se acreditó la realización de ninguna actuación que pudiera haber comprometido su neutralidad y ecuanimidad, ni que hubiera prejuzgado la resolución que ponga fin al procedimiento, no concurriendo por tanto en la misma un interés personal en el asunto que hiciera procedente su recusación.

-El 29 de diciembre de 2018, con entrada en el registro del Departamento el día 3 de enero de 2019, la fundación presentó un escrito en el que recogía, respecto a la recusación que ahora interesa cuanto sigue: *«...debemos insistir en la parcialidad de la instructora del procedimiento administrativo, que afecta a los derechos reconocidos en la Unión Europea y en Tratados Internacionales de los que España es parte -vid. Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 20 de septiembre de 2018 en el asunto Solska y Rybycka contra Polonia-, así como a los previstos en ordenamiento jurídico español, y reiterar que debe abstenerse de seguir en su condición de Instructora por las causas ya relatadas y acreditadas en anteriores escritos, que, por*



del expediente con los informes recabados del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial y la Comunidad de Madrid.

Con fecha 10 de diciembre, la instructora se dirigió a la asociación para poner de manifiesto que el expediente correspondiente al procedimiento 18N 84/2018 se encontraba indexado desde su inicio con incorporación documental por estricto orden cronológico, como así pudo comprobar dicha entidad en la vista del mismo que tuvo lugar el día 14 de noviembre de 2018.

5.- D. Santiago Cantera Montenegro, como representante de la Abadía Benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, presentó varios escritos de alegaciones:

5.1 Con fecha 4 de octubre de 2018, presentó escrito en el que hacía referencia a diecinueve monjes benedictinos fallecidos con posterioridad a la Guerra Civil española, respecto a los cuales, manifestaba, no les está permitido autorizar su exhumación. Así mismo, se adjunta listado de todos los fallecidos a partir de un año después de finalizada la contienda y hasta 1959, a fin de solicitar el consentimiento a sus familiares para proceder a su exhumación, alegando que, en caso contrario, se estaría llevando a cabo con infracción del Derecho Canónico.

5.2 Con idéntica fecha, presentó nuevo escrito que se refería a la imposibilidad del Estado de entrar en la Basílica Pontificia sin autorización de su Abad, a falta de la cual se vulneraría la libertad religiosa de esa comunidad y el derecho fundamental a la inviolabilidad de los lugares de culto. Para sostener la anterior afirmación, se hacía alusión al informe de 29 de noviembre de 2011, de la Comisión de Expertos para el futuro del Valle de los Caídos, así como a un informe de la Abogacía del Estado de 7 de septiembre de 2011. Por otra parte, se hacía mención a la carta enviada por los descendientes de Francisco Franco Bahamonde mostrando su oposición a la exhumación, lo cual, según manifiestan, hacía imposible una autorización permitiéndola por parte de la Abadía. Respecto a la declaración de utilidad pública e interés social, a que se refiere el Real Decreto-ley 10/2018, alegan que esta norma no prevalece sobre los Tratados Internacionales, la Constitución, ni sobre Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa.

Solicitaba en ambos escritos la declaración de la falta de jurisdicción del Consejo de Ministros y cualesquiera poderes del Estado en el interior de un lugar de culto, con el consiguiente sobreseimiento del procedimiento y archivo del expediente.

Con fecha 9 de octubre de 2018, la Abadía Benedictina del Valle de los Caídos interpuso recurso de reposición contra el Acuerdo de Consejo de Ministros de 31 de agosto de 2018, por el que se acordaba el inicio del procedimiento, por entender que se trataba de acto de trámite cualificado que producía indefensión y perjuicios a los interesados, solicitando, así mismo, la suspensión de la ejecución del acto. Con fecha 2 de noviembre de 2018, el Consejo de Ministros acordó su inadmisión a trámite por tratarse de un acto no susceptible de recurso.

6.- Dña. María Felicidad Dolado Pablo y D. Julio Martín Rabanal, como hermanos de monjes benedictinos de la Santa Cruz del Valle de los Caídos enterrados en el Valle de los Caídos, presentaron sendos escritos que tuvieron entrada en el Departamento el 8 de octubre de 2018, a través de los que pedían su personación en el expediente y solicitaban se les tuviera como comparecidos y parte. Tales solicitudes fueron denegadas por resolución de la Instructora de fecha 7 de noviembre de 2018, dado que los derechos e intereses que hacían valer Dña. Felicidad Dolado Pablo y D. Julio Martín Rabanal no podían resultar afectados en el presente procedimiento.





QUINTO.- Con fecha 8 de noviembre de 2018, el Consejo de Ministros adoptó el Acuerdo por el que: se dispuso la continuación del procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 16.3 de la Ley 52/2007; y se ordenó a la Ministra de Justicia que: remitiese al Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial el proyecto necesario para llevar a cabo, en su caso, la exhumación, para su tramitación con arreglo a lo previsto en la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre; que solicitase al órgano de la Comunidad Autónoma de Madrid competente en materia de sanidad mortuoria informe no vinculante sobre el proyecto de exhumación; y que se promoviesen las actuaciones oportunas para el acceso a la Basílica, al objeto de efectuar, en su caso, la referida exhumación. Tal Acuerdo se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 16 de noviembre de 2018.

SEXTO.- Con fecha 13 de noviembre de 2018, y conforme al citado Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2018, se solicitó al Presidente del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional que encargase a los Servicios Técnicos del Patrimonio Nacional el proyecto necesario para llevar a cabo, en su caso, la exhumación de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde. El proyecto fue evacuado el 14 de noviembre de 2018, y remitido por la Ministra de Justicia, el 16 de noviembre, al Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial y a la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid, a los efectos previstos en el referido Acuerdo de continuación.

Con fecha 26 de noviembre de 2018, tuvo entrada en el Registro general del Departamento el informe del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, que concluía cuanto sigue: *«las actuaciones pretendidas se consideran urbanísticamente admisibles habida cuenta de que son obras de recuperación encaminadas a la restitución de las condiciones originales del elemento catalogado en la zona en la que se propone la intervención, sustituyendo la losa de granito actual por las losas de mármol originales; todo ello, sin perjuicio de las autorizaciones que deban recabarse, en su caso, de cualesquiera otras administraciones.»*

Por su parte, la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid informó con fecha 17 de diciembre de 2018, en el siguiente sentido: *«Una vez revisada la documentación del expediente remitido, teniendo en cuenta que han transcurrido más de cinco años desde el fallecimiento, la exhumación de los restos de Francisco Franco Bahamonde no está sometida a ningún requisito administrativo sanitario, de conformidad con la normativa de sanidad mortuoria de la Comunidad de Madrid.»*

SÉPTIMO.- Con fecha 7 de diciembre de 2018, fue solicitado informe a la Delegación del Gobierno en Madrid, como órgano competente en materia de protección de la seguridad ciudadana y el orden público (artículo 73.3 de la LRJSP), en relación a posibles problemas de orden público que pudieran ocasionarse con una eventual inhumación de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde en la Cripta de la Catedral de la Almudena, como lugar indicado por la familia a tal fin, y a efectos de asegurar condiciones adecuadas de dignidad y respeto a la citada sepultura tal y como requiere el Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto.

El informe fue evacuado el día 21 de diciembre siguiente, en el sentido de desaconsejar la inhumación en la Cripta de la Catedral de la Almudena y aconsejar que se explorase la posibilidad de inhumar sus restos mortales en un lugar que no presentase los problemas que, para los derechos fundamentales, la seguridad ciudadana y el orden público, plantea la Cripta de la Catedral de la Almudena.





OCTAVO.- Con fecha 29 de noviembre de 2018, se interpuso por la representación procesal de Dña. María del Carmen, Dña. María de la O, Dña. María del Mar, D. José Cristóbal, Dña. María Aránzazu, D. Jaime Felipe Martínez-Bordiú Franco y D. Francisco Franco Martínez-Bordiú, recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2018, por el que se dispuso la continuación del procedimiento. En dicho recurso se solicitaba la suspensión de la ejecución del acto impugnado. Tal solicitud de suspensión fue denegada por Auto del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2018.

NOVENO.- Con fecha 11 de diciembre de 2018, la Ministra de Justicia solicitó a D. Santiago Cantera Montenegro, como Prior Administrador de la Abadía de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, autorización para el acceso a la Basílica. Tal solicitud fue contestada el 3 de enero de 2019, en sentido de no otorgar dicha autorización motivando su decisión en la falta del consentimiento de los familiares del finado, pues se incumplirían principios religiosos y morales, y se afectarían derechos fundamentales de los familiares, sin perjuicio de acatar la decisión que, eventualmente, pudiera adoptar la autoridad judicial.

DÉCIMO.- Con fecha 2 de enero de 2018, se procedió a la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

La Fundación Nacional Francisco Franco solicitó ampliación de dicho plazo, que fue denegada por la instructora dado su carácter improrrogable conforme a lo dispuesto en la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007. El acuerdo de denegación fue recurrido en alzada ante la Ministra de Justicia, que lo inadmitió a trámite, con fecha 23 de enero de 2019, con base en el carácter no recurrible del acuerdo denegatorio de la referida ampliación.

Con fecha 25 de enero de 2019, la Fundación Nacional Francisco Franco presentó nuevo escrito que calificaba de alegaciones a la resolución de la Ministra de Justicia de 23 de enero de 2019, manifestando en el mismo que las alegaciones del trámite de audiencia, no obstante previendo la desestimación del recurso, fueron presentadas el 24 de enero de 2019, dentro del plazo de 10 días siguientes a la vista del expediente.

Con fecha 28 de enero de 2019, la fundación interesada presentó un escrito que calificaba como error material al escrito de alegaciones del pasado 25 de enero de 2019, que deja el párrafo enmendado en los siguientes términos: *«el funcionario que le atendió por teléfono el jueves día 3 de enero de 2019 le dijo expresamente que dadas las fechas navideñas y el periodo vacacional- habiendo tenido otra cita apalabrada con otro interesado- le cita para el martes día 8 de enero 2019 a las 12:00 horas.»*

UNDÉCIMO: Se han recibido en fase de audiencia los siguientes escritos y documentos, que han sido oportunamente incorporados al expediente:

1.- D. Luis Felipe Utrera Molina, como representante de Dña. María del Carmen, Dña. María de la O, Dña. María del Mar, D. José Cristóbal, Dña. María Aránzazu, D. Jaime Felipe Martínez-Bordiú Franco y D. Francisco Franco Martínez-Bordiú presentó escrito de alegaciones con entrada en el Departamento con fecha 24 de enero de 2019. Tras ratificarse en sus anteriores alegaciones, aducían el carácter fraudulento del procedimiento, ya que, según los interesados, el Real Decreto-ley 10/2018 se refiere a todos los inhumados en el Valle de los Caídos, que no fallecieron a consecuencia de la Guerra Civil española, no obstante lo cual se había configurado como un expediente singular para exhumar únicamente a Francisco Franco Bahamonde. Además,





consideraban que la decisión final del procedimiento había sido tomada desde el inicio, lo que, a su juicio, suponía un vicio de origen en el expediente.

Respecto de los informes recabados durante la instrucción, señalaron:

-Que se había vulnerado la legalidad urbanística en la elaboración del proyecto de exhumación, toda vez que i) no se trata de obra menor; ii) las obras de recuperación, como se califica por el proyecto, requieren, según señalan, de un plan especial; iii) no se incluyen actuaciones técnicas necesarias dado el carácter de la obra; iv) el proyecto carece del preceptivo visado colegial. Tales deficiencias señaladas se consideraban extensibles al informe del Ayuntamiento, dado que partía del proyecto presentado y, además, según los interesados, no había sido suscrito por un técnico competente, al estar firmado por un aparejador.

-Que habían sido conculcadas las normas en materia de sanidad mortuoria, concretamente, el Reglamento de Sanidad Mortuoria de la Comunidad de Madrid, considerando que el embalsamamiento del cadáver, según los interesados, requeriría para su exhumación autorización de los familiares del difunto.

-Respecto al informe del Delegado del Gobierno obrante en el expediente, manifestaban que se había realizado con defectos tanto de planteamiento como de desarrollo. No compartían sus conclusiones contrarias a una posible inhumación de los restos mortales en la Cripta de la Catedral de la Almudena, entendiéndolo que la zona es segura y no entrañaría mayores riesgos ni provocaría mayores concentraciones populares que otros eventos y lugares de interés, que detallaban en su escrito. Señalaban, así mismo, que tanto la posible exhumación como la decisión del Gobierno sobre el destino de los restos contra el deseo de la familia supondrían una doble violación de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la libertad religiosa.

Por último, estimaban razón suficiente para concluir el procedimiento declarando la improcedencia de llevar a cabo la exhumación la falta de competencia del Gobierno para acordarla, unida a la falta de autorización del Prior Administrador de la Abadía como único competente, dada su condición de lugar de culto.

Por todo lo anterior, solicitaban declarar la improcedencia de la exhumación y, subsidiariamente, en caso de llevarse a cabo, se hiciese entrega de los restos mortales a la familia para su inhumación en la sepultura que tienen en propiedad en la Cripta de la Catedral de Santa María de la Almudena de Madrid.

2.- D. Juan Chicharro Ortega, como Presidente de la Fundación Nacional Francisco Franco, presentó en su nombre escrito de alegaciones con entrada en el Departamento el día 24 de enero de 2019.

Comenzaba su escrito de alegaciones reiterando que se le ha limitado injustificadamente el plazo dado para la audiencia. Consideraba que ha de iniciarse desde el momento en que se puede acceder real y efectivamente al expediente. En segundo lugar, exponía las razones por las que presentaba su escrito de alegaciones una vez agotado el plazo marcado por la Administración. Estimaba que el plazo otorgado limitaba su derecho de defensa, lo cual suponía, según la entidad interesada, incurrir en nulidad de pleno derecho por vulneración de derechos susceptible de amparo constitucional y por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.





Así mismo, alegaba que mediante la instrucción del expediente se trataba de otorgar formalidad a una decisión tomada previamente por el Gobierno. Además, la instructora era, a su juicio, parcial, lo que había llevado a instar su recusación en cinco ocasiones. Hacía también referencia a otros pretendidos defectos procedimentales: la denegación de la prueba propuesta, según la entidad interesada, con inconsistencia de argumentos para motivar su carácter innecesario, y la falta de participación en las distintas gestiones con Patrimonio Nacional, el Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, la Comunidad de Madrid o la Delegación del Gobierno. En este sentido, se aludía a los escritos dirigidos a Patrimonio Nacional, el Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, y la Comunidad de Madrid, para que la fundación fuera considerada parte en los expedientes abiertos en relación con el asunto y le fuera remitida la oportuna documentación, sin que hubiera obtenido la información pretendida.

El resto de alegaciones vertidas se referían a la pretendida inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 10/2018, basándose en una serie de puntos que han sido desarrollados profusamente en el citado escrito de alegaciones, que se exponen a continuación:

- Inexistencia, según la entidad, de una situación de extraordinaria y urgente necesidad.
- Carácter de ley singular que infringe el principio de igualdad reconocido en la Constitución.
- Infracción del Derecho de la Unión por grave afectación a los derechos humanos protegidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales y europeos, entendiéndose vulnerado el derecho de defensa, a la intimidad personal y familiar, la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial, el principio de igualdad y de proporcionalidad, así como la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
- Vulneración del derecho de los tratados internacionales y, en particular, el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, que regula la inviolabilidad de los lugares sagrados y de culto.

Por último, solicitaba la incorporación al expediente los documentos aportados, al tiempo que se proponía la apertura de un periodo extraordinario de prueba, consistente en la toma de declaración a varios testigos. También pedía la elevación de propuesta de resolución en que se declarase la improcedencia de llevar a cabo la referida exhumación. Subsidiariamente, reclamaba la retroacción de las actuaciones al momento del nombramiento de la instructora por incurrir, según la entidad interesada, en causa de recusación, o bien al momento de recepción del informe remitido por el Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, para que redactase uno nuevo suscrito por un técnico competente ajustado a la normativa urbanística aplicable al lugar de enterramiento.

Con fecha 30 de enero de 2019, la citada fundación presentó nuevo escrito de alegaciones en el que ponía de manifiesto que no le había sido contestada su petición en la que instaba que se abriera un periodo de prueba; y que, por aplicación supletoria de la LPACAP, la instructora del procedimiento tiene que elaborar propuesta de resolución, cuya notificación se pedía con anterioridad a la elevación al Consejo de Ministros del expediente.





3.- D. Pablo Linares Clemente, como Presidente de la Asociación para la Defensa del Valle de los Caídos, ha presentado escrito de alegaciones con entrada en el Departamento el 18 de enero de 2019 en el que, además de reiterar lo manifestado en su anterior escrito de alegaciones de 3 de octubre de 2018, señalaba que por prejudicialidad penal el procedimiento debía suspenderse hasta la finalización del proceso penal en curso, instado por la asociación contra D. Victor Manuel Cageao Santa Cruz y D. Alfredo Pérez de Armiñán y de la Serna, por un presunto delito de usurpación de funciones. Adjuntaban para su incorporación al expediente copia de la querrela y última resolución dictada en la misma.

Alegaba que el procedimiento carecía de garantías al comenzar, según la asociación interesada, con la resolución decidida, utilizando el procedimiento para la ejecución, con un expediente sin foliar, en que pueden cambiar su contenido y sin que se haya podido en ningún momento tener acceso a su contenido íntegro, lo que había supuesto indefensión total.

También indicaba que Francisco Franco Bahamonde fue fundador y principal promotor de El Valle de los Caídos y por tanto tiene derecho a permanecer inhumado en la Basílica creada.

Se proponía prueba testifical (interrogatorio) de los autores de los informes obrantes en el expediente, por considerar su contenido como ideológico y político, para que pudieran aclarar o ampliar los mismos.

4.- D. Santiago Cantera Montenegro, como representante de la Abadía Benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, presentó escrito de alegaciones con entrada en el Departamento con fecha 18 de enero de 2019 que recordaba, en primer lugar, la denegación por parte de la Abadía de la autorización solicitada por la Ministra de Justicia para el acceso a la Basílica a fin de llevar a cabo, en su caso, la exhumación de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde, dada su naturaleza de lugar sagrado, y al existir manifiesta oposición por parte de la familia. Por ello, afirmaba la imposibilidad de decretar la exhumación sin tal autorización, entendiendo que lo contrario supondría una colisión entre el Real Decreto-ley 10/2018 y el AAJ, que se solucionaría a favor del Tratado según el artículo 86 de la Constitución. Ponía de manifiesto, así mismo, que no se requiere una autorización de acceso sino una autorización para la exhumación, que tendría que facilitar la autoridad eclesiástica según el Código Canónico vigente de 25 de enero de 1983, citando, así mismo, el «informe de expertos» sobre el futuro del Valle de los Caídos y un dictamen del Abogado General del Estado de 9 de marzo de 2017. En tales condiciones (sin autorización), entendía que el acuerdo de exhumación atentaría contra el principio de libertad religiosa y de culto de la comunidad benedictina y de los familiares de los fallecidos.

Por otra parte, se aducía que cualquier acuerdo que se pudiera adoptar sería nulo por razón de la inconstitucionalidad en que, a su juicio, incurre el Real Decreto-Ley 10/2018, por los motivos siguientes:

- Por incumplimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 86 de la Constitución para la utilización de este tipo de norma que, además entiendo afecta a derechos fundamentales, circunstancia esta proscrita por el citado artículo.
- Por tratarse de una norma legislativa singular como se desprende, según aduce, de la propia exposición de motivos. No cumplía con los requisitos jurisprudencialmente exigidos





para este tipo de normas, provocando con ello vulneración de los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de la tutela judicial efectiva.

- Por vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por exhumar por razones ideológicas o políticas a Francisco Franco Bahamonde y a 20 monjes benedictinos y 172 personas más, lo cual entrañaba el ejercicio de arbitrariedad, discriminación e irracionalidad y la consiguiente quiebra del citado principio recogido en el artículo 9.3 de la Constitución.
- Por vulneración del derecho a la libertad religiosa, no solo de familiares de Francisco Franco Bahamonde, sino de las familias del resto de fallecidos allí inhumados.
- Por la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar de los descendientes de Francisco Franco Bahamonde, citando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que exige para una injerencia en este derecho, tres requisitos: que este previsto por ley, que persiga fines legítimos, y que sea una medida necesaria en una sociedad democrática, requisitos que, según señalaban, no se cumplen en el caso actual.
- Por vulnerar los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales, por entender que se está ante una norma con finalidad sancionadora a la que se otorga carácter retroactivo.

Por todo lo anterior, D. Santiago Cantera Montenegro, como representante de la Abadía interesada, solicitaba que, por las razones expuestas, especialmente por la falta de autorización eclesiástica, la falta de consenso con la familia del difunto y la inconstitucionalidad de la norma aplicable, se dictase acuerdo de no exhumación de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde ni de ninguna persona inhumada en el Valle de los Caídos en lugar sagrado.

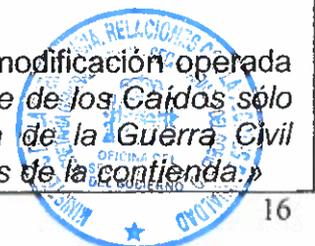
DUODÉCIMO. - A la fecha del presente Acuerdo el referido plazo de alegaciones ha finalizado para todos los interesados.

DECIMOTERCERO.- Vistas las actuaciones practicadas en el expediente, la instructora emitió propuesta de resolución el 6 de febrero de 2019. Dicha propuesta fue informada favorablemente el día 8 siguiente por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Justicia, en informe ratificado, a través de la Subdirección General de lo Consultivo, por la Abogacía General del Estado.

DECIMOCUARTO.- El texto de la propuesta de Acuerdo del Consejo de Ministros ha sido informado favorablemente y sin observaciones por la Abogacía General del Estado el día 11 de febrero de 2019.

FUNDAMENTOS

PRIMERO.- El artículo 16.3 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, tras la modificación operada por el Real Decreto-Ley 10/2018, de 24 de agosto, dispone que: «en el Valle de los Caídos sólo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda.»





Los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde reposan, desde su inhumación el día 23 de noviembre de 1975, en el interior de la Basílica Menor de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, en un sepulcro situado en el Presbiterio entre el Altar Mayor y el Coro de la Basílica. Así se deriva del Acta Notarial levantada por el Ministro de Justicia, como Notario Mayor del Reino, el 23 de noviembre de 1975. También consta en Acta Notarial de 20 de noviembre de 1975 su fallecimiento por causas naturales y no tiene, por consiguiente, la condición de víctima de la Guerra Civil española. Esta falta de condición de víctima impone la necesidad de proceder a la exhumación y traslado de sus restos mortales, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 16.3 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

Corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, asegurar el cumplimiento de este mandato legal en condiciones adecuadas de dignidad y respeto, siguiendo el procedimiento regulado en esa misma disposición.

De acuerdo con el apartado 4 de la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007, una vez concluidas las actuaciones previstas en los apartados anteriores, se dará traslado a los interesados antes de la resolución para que, en el plazo improrrogable de diez días, aleguen lo que estimen oportuno sobre las mismas.

Transcurrido dicho plazo corresponde al Consejo de Ministros, mediante Acuerdo motivado, resolver sobre la exhumación y el traslado, con indicación del destino de los restos mortales, en su caso, de Francisco Franco Bahamonde de acuerdo con los apartados 2 y 6 de la citada disposición adicional sexta bis.

El examen de la relevancia que poseen las alegaciones realizadas por los interesados a los efectos de la adopción de la decisión sobre la exhumación debe ir precedido de una somera exposición del régimen jurídico a que está sujeto el lugar de enterramiento de Francisco Franco Bahamonde, pues algunas de esas alegaciones asumen como hecho indiscutible que, sobre ese lugar, el Estado no posee título alguno que justifique la intervención que supone la realización de la exhumación que puede llevarse a cabo como resultado del procedimiento contemplado en la disposición adicional sexta bis de Ley 52/2007 y a consecuencia de la decisión que adopte el Consejo de Ministros para poner término a dicho procedimiento.

A propósito de ello es obligado tener presente, ante todo, que la actuación del Consejo de Ministros goza del correspondiente amparo legal, pues es la propia disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007 la que le atribuye la competencia para adoptar la decisión de exhumación y traslado tras la tramitación del procedimiento que en ella se regula, y en el curso del cual se prevé que el Consejo de Ministros ordene al Ministerio competente en materia de Justicia que remita el proyecto necesario para llevar a cabo la exhumación al Ayuntamiento, y que solicite informe no vinculante al órgano de la Comunidad Autónoma competente en materia de sanidad mortuoria. Quiere ello decir que es el propio legislador el que ha asumido que el Gobierno puede llevar a cabo todas estas actuaciones en relación con el lugar de enterramiento de Francisco Franco Bahamonde, autorizándole expresamente para ello, y no ha sido, por el contrario, el Gobierno el que se ha atribuido, sobre ese lugar, facultades que, en Derecho, no le corresponden, como parece sugerir alguno de los interesados obviando el hecho de que la misma Ley 52/2007 legitima las actuaciones cuya regularidad está discutiendo.





En el expediente está incorporada, además, toda la normativa que, desde la erección del conjunto monumental del Valle de los Caídos, ha regido su construcción y posterior administración, y del examen de la misma resulta que dicha administración corresponde al Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, Entidad de Derecho Público a la que, por esta razón, se le ha dado la consideración de interesada en el procedimiento.

En concreto, mediante Decreto-ley de 23 de agosto de 1957 se constituyó la denominada Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, y se atribuyó su Patronato, es decir, su órgano de gobierno, al Jefe del Estado, integrándolo en el Patrimonio Nacional (entonces regido por la Ley de 7 de marzo de 1940).

Con arreglo al artículo tercero del citado decreto-ley, en la dotación de la Fundación se incluyeron, entre otros bienes y derechos, *«el Valle de Cuelgamuros con todos sus edificios, terrenos y derechos accesorios»*, atribuyéndoles la condición de bienes de dominio público con el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

En los artículos quinto y séptimo del decreto-ley se preveía, además, que la Fundación, representada por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, concertase con la Abadía Benedictina de Silos el establecimiento de una Abadía Benedictina independiente en el Valle de Cuelgamuros, que se denominaría Abadía de la *«Santa Cruz del Valle de los Caídos»*, y a la que corresponderían como mínimo las obligaciones que enumera el propio artículo quinto.

El 27 de mayo de 1958 el Papa Pío XII decretó la erección y constitución de la Abadía exenta de la Santa Cruz del Valle de los Caídos y dos días después se suscribió el Convenio entre Patrimonio Nacional y el Abad de la Abadía Benedictina de Silos para el cumplimiento de los fines de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos. En él se establecía que la Abadía tendría derecho a permanecer en la Fundación mientras cumpliera con las obligaciones establecidas en el Decreto-ley de 23 de agosto de 1957 y en el propio Convenio, y se disponía también, en el artículo sexto, la entrega a la Abadía de la Basílica y edificios, incluyendo enseres y muebles, encomendándole, en el artículo séptimo, la administración de los mismos. Ahora bien, esta prescripción convencional quedó superada por la nueva normativa aprobada el 15 de enero de 1959 por el Jefe del Estado como Patrono de la Fundación, y en ejecución del Decreto-ley de 23 de agosto de 1957: el Reglamento de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos.

El artículo 5 del citado reglamento dispuso que la Abadía sería beneficiaria de la Fundación, a condición de cumplir con las obligaciones establecidas en ese precepto y el artículo 8 estableció que corresponde al Consejo de Administración del Patrimonio Nacional la administración de los bienes adscritos a la Fundación, sin perjuicio de la posibilidad de delegarla, total o parcialmente, en la Abadía Beneficiaria, y remitiendo al Convenio suscrito con ésta y al futuro Reglamento que se dictase para su ejecución, la definición del *«ámbito conceptual de la Administración que se delegue.»*

Finalmente, la disposición final tercera de la Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional estableció, en su apartado 1, lo siguiente: *«Las funciones atribuidas al Jefe del Estado por el Decreto-ley de veintitrés de agosto de 1957, en el Patronato de la Fundación que se constituye, se entenderán referidas al Consejo de Administración del Patrimonio Nacional.»*

De todo lo expuesto debe concluirse, pues, que el lugar de enterramiento de Francisco Franco Bahamonde se encuentra ubicado en un conjunto monumental cuya administración corresponde al Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, ejerciendo esta administración, por



delegación, la Abadía Benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos en su condición de beneficiaria de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos. Ello es perfectamente compatible con la condición de lugar de culto de la Basílica, extremo éste que el legislador ha tenido muy presente (artículo 16.1 de la Ley 52/2007) y que en el procedimiento no ha sido tampoco ignorado, pero lo es también, desde luego, pese a las alegaciones de algunos de los interesados, con la atribución legal al Gobierno de la competencia para adoptar la decisión de exhumación y traslado y con todas las actuaciones que se han llevado a cabo en el curso del procedimiento dirigidas a la cumplimentación de los trámites legalmente ordenados (remisión del proyecto al Ayuntamiento y solicitud de informe a la autoridad sanitaria).

No hay, por tanto, impedimento jurídico alguno para que el Consejo de Ministros pueda adoptar la decisión sobre la exhumación y traslado de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde por razón del régimen jurídico al que se sujeta el lugar donde se halla enterrado.

Por último, las consideraciones señaladas suponen también, obviamente, que deba rechazarse la pretendida falta de competencia alegada por alguno de los interesados para que el Consejo de Ministros pueda adoptar la decisión de exhumación y traslado con fundamento en una pretendida «falta de jurisdicción» sobre la Basílica, ya que ello supone confundir la garantía de la inviolabilidad de los lugares de culto, a que más adelante se hará referencia, con la pretendida inexistencia de habilitación para que el Consejo de Ministros pueda, con pleno respeto a esa garantía, llevar a cabo las actuaciones que la propia Ley le ha encomendado realizar.

SEGUNDO.- En cuanto hace al procedimiento, procede comenzar el análisis a partir de una somera exposición del cauce diseñado a nivel legal para la adopción del presente acuerdo, previsto en la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007, introducida por el Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto.

Dicho procedimiento consta de tres fases diferenciadas, que se han desarrollado asegurando los derechos de los interesados, transcurridas las cuales corresponde al Consejo de Ministros, como se ha señalado en el fundamento primero, poner fin al mismo mediante resolución motivada.

Tales fases han sido las siguientes:

- El Consejo de Ministros inició el expediente mediante el correspondiente acuerdo de incoación, en el que designó Instructora y concedió plazo a los interesados a fin de que formularan alegaciones.
- En una segunda fase, el Consejo de Ministros ordenó la continuación del procedimiento, lo que se concretaba en la solicitud de los informes pertinentes para la instrucción. Así, se recabó informe sobre el proyecto necesario para llevar a cabo la exhumación, tanto del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial para su tramitación con arreglo a lo previsto en la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, como del órgano de la Comunidad Autónoma de Madrid competente en materia de sanidad mortuoria; también se dispuso la promoción de las actuaciones oportunas para el acceso a la Basílica, que se han concretado en la solicitud de autorización al Prior Administrador de la Abadía de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, con el resultado expuesto en antecedentes. Así mismo, ha sido solicitado informe a la Delegación del Gobierno en Madrid, en relación a posibles problemas de orden público que pudieran ocasionarse con una eventual inhumación de los restos mortales en la Cripta de la





Catedral de la Almudena, como lugar señalado por la familia a tal fin, y a efectos de asegurar condiciones adecuadas de dignidad y respeto a la citada sepultura.

- Concluidas las actuaciones anteriores, se ha dispuesto la apertura del trámite de audiencia.

Sin perjuicio del inmediato análisis de las cuestiones formales suscitadas a lo largo de la instrucción, particularmente de aquellas que han sido reiteradas en las alegaciones finales por los interesados, cabe adelantar que el expediente se ha desarrollado con plena sujeción al cauce procedimental diseñado a nivel legislativo, en el que los interesados han tenido sucesivas ocasiones de intervenir y alegar aquello que han considerado conveniente a sus respectivos derechos.

A lo largo del procedimiento descrito se han planteado alegaciones y solicitado práctica de prueba por los interesados, cuyo análisis ahora se aborda:

i) En lo que atañe a la incoación del expediente, la principal objeción que ha sido suscitada está relacionada con el alcance del presente procedimiento. Así, por varios interesados se ha entendido vulnerado el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución, por el hecho de tratarse de un procedimiento que se ha tramitado con el único objeto de la exhumación de Francisco Franco Bahamonde, y no así del resto de fallecidos enterrados en el Valle de los Caídos, invocándose al respecto el artículo 16.3 de la Ley 52/2007, de constante referencia, que dispone que: *«En el Valle de los Caídos sólo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda.»* De este tenor ha querido deducirse que debería existir un solo procedimiento para todos los enterrados que pudieran no encontrarse en la situación referida.

Frente a tales alegaciones, conviene subrayar que la citada norma en ningún momento establece la obligación de tramitar todos los casos de modo simultáneo, sin perjuicio de que se hayan establecido requisitos de carácter general para todos ellos. No se pueden, por tanto, compartir las manifestaciones efectuadas por los interesados, en el sentido de que la legislación de cobertura obliga a la tramitación de un único procedimiento, común y simultáneo para todos los afectados, esto es, para todos los fallecidos por causas distintas de la Guerra Civil. Por el contrario, nada hay en la ley que obligue a la tramitación de un único procedimiento de exhumación, es más, el preámbulo del Real Decreto-ley 10/2018, que modifica la Ley 52/2007 y regula el procedimiento, da por supuesto que existirá una exhumación preferente; de esta forma, cuando emplea la locución «el procedimiento» no quiere decir ni está imponiendo o prejuzgando el número de procedimientos de exhumación que hayan de seguirse, sino que sólo está diciendo que en todos ellos el procedimiento será el mismo; es la técnica habitual en la redacción de las normas jurídicas (por todas, LPACAP).

El principio constitucional de igualdad impide tratamientos desiguales cuando no concurren razones objetivas que los justifiquen suficientemente, de modo que la infracción de ese principio solo tendría lugar, en el ámbito de que se trata, en el caso de que se acordase únicamente la exhumación de los restos de Francisco Franco Bahamonde y no, en el futuro y eventualmente, de otras personas que constase que se encuentren en sus mismas circunstancias.

Dado lo anterior, no puede aceptarse la existencia de quiebra alguna del principio de igualdad ante la ley, considerando que, como ha sido expuesto, la parte expositiva del Real Decreto-ley 10/2018 justifica de forma objetiva y razonable el cumplimiento preferente de la exhumación





(haciendo referencia a la Proposición no de ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 11-5-2017, con un único voto en contra, y a las recomendaciones que el Gobierno ha venido recibiendo desde hace tiempo desde diversas instancias, tanto nacionales como internacionales), cuyo objeto constituye el procedimiento en que se ha dictado el presente acuerdo, sin que ello entrañe, obviamente, que no puedan tramitarse otras exhumaciones cuando ello sea pertinente a la luz del artículo 16.3 de la Ley 52/2007.

ii) Respecto a la fase iniciada con el acuerdo de continuación, se ha aducido en ocasiones la falta de información y puesta a disposición de las actuaciones que se han ido realizando. Al respecto, cabe señalar que lo actuado en la tramitación del procedimiento se ha llevado a cabo siguiendo las pautas establecidas en el propio Real Decreto-ley 10/2018, y sin que se haya negado, en ningún caso, el acceso al expediente a ninguno de los interesados en el mismo, de modo que todos ellos han podido tomar efectivo conocimiento de las actuaciones según se han ido produciendo. Ahora bien, la Administración no venía obligada a darles traslado de cada actuación, como, al parecer, pretendían los interesados, lo cual además no es el proceder habitual en la práctica administrativa. En este sentido, la LPACAP recoge en su artículo 53.1 a) como derecho de los interesados en los procedimientos administrativos a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los mismos. Dado lo anterior, no pueden aceptarse los reproches formulados, habida cuenta de que no ha quedado acreditado, en ningún momento, vulneración del derecho de los interesados al conocimiento, acceso y copia del expediente de los que gozan por su condición.

Por otra parte, en relación a la alegación efectuada por la Asociación para la Defensa del Valle de los Caídos, en el sentido de indefensión total ante la existencia de un expediente sin foliar, cabe recordar lo comunicado por la instructora en el curso del procedimiento: el expediente se encontraba indexado desde su inicio, con incorporación documental por estricto orden cronológico, como así había podido comprobar la entidad interesada en la vista que había tenido del mismo. Esta realidad no ha sido desvirtuada por dicha asociación en sus alegaciones formuladas en trámite de audiencia, en la medida en que se ha limitado a realizar manifestaciones genéricas que no aportan dato alguno que permita tenerlas por ciertas.

Respecto de los informes solicitados en esa segunda fase del procedimiento, la Fundación Francisco Franco ha aducido que el informe de la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid fue recabado pese a no estar dicho trámite recogido en la norma reguladora del procedimiento, lo cual, según dicha entidad, constituía una irregularidad invalidante, por carecer de cobertura legal y estar sujeta la petición de informes a que sean preceptivos por ley. Sostuvo adicionalmente que, dado el tiempo transcurrido entre la solicitud de este informe y su emisión, no debería ser tenido en cuenta con base en el artículo 80 de la LPACAP.

Para el análisis de tales objeciones, se ha de partir del artículo 79 de la citada LPACAP, conforme al cual: *«1. A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por las disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos. 2. En la petición de informe se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita.»*

La petición del informe a la Delegación de Gobierno se formuló por la instructora por juzgarse necesario para garantizar la dignidad y el respeto a las que se refiere la disposición adicional sexta bis del Real Decreto-ley 10/2018, teniendo en cuenta que, tal y como está previsto en el





apartado 6 de dicha disposición, corresponde al Consejo de Ministros resolver sobre el traslado, con indicación del destino de los restos mortales. En la solicitud del informe de referencia se expresaron con claridad los extremos acerca de los cuales se solicitaba y la conveniencia de su emisión, como ha quedado reflejado en el expediente, que, como ya se ha dejado sentado, ha estado en todo momento a disposición de los interesados.

A la vista del procedimiento establecido en la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007, cabe distinguir, en la resolución que se dicte para ponerle término, un contenido necesario y un contenido que, aun siendo consecuencia obligada del primero, no predetermina a éste ni, por tanto, tiene que responder a los mismos presupuestos que aquél. El primero no es sino el propio acuerdo por el que se decida la exhumación; el segundo, la determinación del lugar de inhumación. Así las cosas, no puede desconocerse la facultad que asiste al Consejo de Ministros para determinar el lugar de inhumación bien en los supuestos previstos en el apartado 3 de dicha disposición adicional (discrepancia entre los familiares o falta de manifestación por éstos de su voluntad), bien cuando, habiendo señalado los familiares un determinado lugar, éste no resulte adecuado en razón de la posible afectación a otros derechos o bienes jurídicos dignos de especial protección. No cabe duda de que, en este último supuesto, y precisamente por esta razón, el órgano al que corresponda la instrucción del procedimiento ha de considerarse facultado para solicitar el criterio del órgano o servicio competente *ratione materiae*, cuando razonablemente se aprecie que el lugar propuesto por los familiares para la reinhumación puede afectar a esos derechos o bienes jurídicos.

En cuanto al plazo de evacuación de dicho informe, solicitado el día 7 de diciembre, procede subrayar que fue evacuado el día 21 siguiente, esto es, justo el día que cumplía el plazo otorgado por la Administración, si bien tuvo entrada en el Registro General del Departamento con fecha 26 de diciembre y fue incorporado al expediente. En cualquier caso, interesa recordar que el invocado artículo 80 de la LPACAP establece que, de no emitirse los informes en el plazo señalado, 10 días hábiles en este caso, se pueden proseguir las actuaciones y puede no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución, si bien deja la decisión en manos de quien instruye tal decisión. Por tanto, nada cabe objetar a la incorporación del informe en el expediente, menos todavía cuando el momento en que ha sido evacuado, además de ser en plazo, no ha afectado en ningún modo a la realización de actos subsiguientes.

iii) En lo que atañe al trámite de audiencia, procede examinar, en primer lugar, la alegación efectuada al cómputo del propio trámite por parte de la Fundación Nacional Francisco Franco, en cuya opinión ha existido limitación injustificada del plazo otorgado a tal fin. En este sentido, consideraba la fundación interesada que tal plazo ha de iniciarse desde el momento en que se puede acceder al expediente, por lo que presentó su escrito de alegaciones una vez agotado el plazo marcado por la Administración. Ponía de manifiesto, así mismo, que el plazo otorgado limitaba su derecho de defensa, lo cual suponía, según la misma, incurrir en nulidad de pleno derecho por vulneración de derechos susceptibles de amparo constitucional, y por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Al respecto, ha de tenerse presente el sentido de las resoluciones, tanto de la Instructora, de denegación de ampliación de plazos, como la de la Ministra de Justicia, de resolución al recurso de alzada interpuesto contra la misma, conforme a las cuales no se puede confundir el trámite de audiencia con la vista del expediente, siendo ambos conceptos diferenciados y sin que el segundo sea condición o requisito indispensable para el primero. Buena prueba de ello es que no siempre se lleva a cabo por parte de los interesados vista del expediente para realizar alegaciones en el trámite de audiencia, sin que por ello se produzca o pueda alegarse por los





mismos indefensión o imposibilidad de efectuar el trámite. De sostenerse la tesis opuesta, esto es identificar ambos trámites, llevada a sus últimas consecuencias, el plazo de audiencia en un procedimiento comenzaría cuando el interesado (en este caso interesados) tuviera a bien comparecer en las dependencias donde se encuentre el expediente para tomar vista del mismo, que podría incluso ser el último día dado para la audiencia, lo cual supondría, de hecho, una ampliación de plazos, sin que en este caso ello sea posible por ser el plazo improrrogable por establecerlo así la ley especial que regula el procedimiento.

En cualquier caso, procede resaltar que en estos momentos el debate sobre el referido cómputo de plazos es estéril, puesto que, como la propia entidad reconoce, ha presentado sus alegaciones y documentos fuera del plazo marcado por la Administración, pese a lo cual y en virtud del principio *pro accione* que ha de regir la actuación de la Administración, todas ellas han sido estudiadas, incorporadas al expediente y tenidas en cuenta a la hora de dictar el presente acuerdo.

Por otra parte, es de destacar que tanto la entidad recurrente como el resto de interesados en el procedimiento han tenido acceso al expediente en tantas ocasiones como han deseado desde su inicio, y en todas ellas han sido atendidos con diligencia, facilitándose una sala para el examen del expediente y cuantas copias han sido necesarias, así como un índice documental completo del expediente indicándole que se le facilitarían aquellos documentos que fueran de su interés. Por ningún interesado se ha acreditado lo contrario, más allá de generales manifestaciones de falta de acceso a informes y demás documentación obrante en el expediente, o al expediente mismo en su totalidad, razón por la que no pueden ser aceptadas las alegaciones formuladas.

Por otra parte, en el trámite de audiencia se ha propuesto tanto por la Asociación para la Defensa del Valle de los Caídos, como por la Fundación Nacional Francisco Franco, la práctica de nueva actividad probatoria.

En relación a ello, cabe señalar que la prueba se sitúa dentro del marco de las actividades de instrucción, concretamente en el grupo de actividades de comprobación de datos. Tal calificación de la prueba como acto de instrucción aparece claramente recogida en la LPACAP, al regularla dentro de su Título IV «*De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo*» y dentro del mismo, en su Capítulo IV, «*Instrucción del procedimiento*».

Por su parte, el trámite de audiencia se abre precisamente, una vez instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, tal y como establece el artículo 82 de la citada LPACAP, que dispone que durante ese trámite los interesados podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, como así se ha hecho por los distintos interesados, alegaciones que han sido tenidas en cuenta en la adopción de este acuerdo y documentos y justificantes que han sido oportunamente incorporados al expediente. Pero el trámite de audiencia es claramente un momento intempestivo para proponer actividad probatoria, habida cuenta de que su estimación supondría realizar nuevos actos de instrucción, lo cual obligaría a la apertura de un nuevo trámite de audiencia, lo que, de repetirse la referida propuesta, podría conducir a prolongar indefinidamente la instrucción.

Por lo demás, a efectos meramente dialécticos, cabe señalar que el análisis sobre la pertinencia de la prueba ahora propuesta habría conducido a un resultado igualmente desestimatorio en cuanto a su práctica. El artículo 77 de la LPACAP, que regula los medios y el periodo de prueba, recoge cuanto sigue:





«(...) 2. Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días.

3. El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada (...).»

Ahora bien, esta norma no significa que el derecho a la prueba, en cuanto manifestación del derecho de defensa, sea absoluto o incondicionado, ni puede entenderse desapoderado el órgano competente para decidir sobre la pertinencia de los medios propuestos, sino que la decisión contraria a la admisión ha de fundarse en la falta de relación con el objeto del procedimiento o en la carencia de relevancia para la decisión, que no cambiaría cualquiera que fuera el resultado del medio de prueba solicitado (SSTC 22/1990, de 15 de febrero).

El Tribunal Constitucional viene a señalar en relación a la proposición de la prueba, por todas, SSTC 10/2009, de 12 de enero, cuanto sigue: «Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la prueba (art. 24.2 CE) exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado tal derecho en los supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable. Igualmente se ha señalado que para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración de este derecho es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos y que la prueba sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas (por todas, SSTC 66/2007, de 27 de marzo, FJ 5; 71/2008, de 23 de junio, FJ 5).»

Así, la prueba solicitada por la Fundación Nacional Francisco Franco, relativa a la toma de declaración de varios testigos, habría sido igualmente rechazada por no resultar necesaria su práctica, al no concurrir circunstancia alguna que la justifique.

Del mismo modo, la prueba solicitada por la Asociación para la Defensa del Valle de los Caídos, relativa a la comparecencia de los firmantes de todos los informes solicitados por la Administración con objeto de que puedan ser interrogados por las partes en acto contradictorio con objeto de aclarar o ampliar los informes que han presentado, habría sido igualmente rechazada por no resultar necesaria su práctica al tratarse de hechos acerca de los cuales no se alberga dudas por el órgano que ha de resolver y que justifiquen la práctica de pruebas sobre ellos.

Cabe añadir además que la LPACAP, siguiendo los precedentes textos legales, distingue, en la fase de instrucción del procedimiento, dos tipos de actos de trámite: prueba e informes, como lo pone de manifiesto la circunstancia de que unos y otros actos se regulen en secciones distintas del Capítulo IV del Título I de aquel texto legal. Si la prueba tiene por finalidad acreditar hechos relevantes para la decisión del procedimiento (artículo 77.1), el informe tiene por finalidad ilustrar al órgano competente para decidir el procedimiento a fin de garantizar la legalidad y acierto de la resolución (cfr. artículo 79). Esta diferente configuración jurídica de la prueba y del informe impide trasladar a éste la posibilidad de que, evacuado un informe, el interesado pueda solicitar la





ratificación de quien o quienes lo emitieron, pues esta forma de proceder, siendo admisible en la prueba, no lo es, precisamente por esa distinta configuración jurídica, respecto del informe.

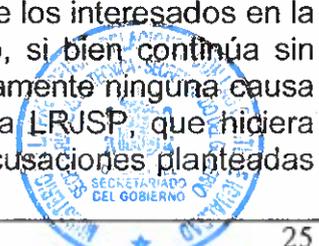
En atención a las razones expuestas, se rechazan las pruebas propuestas en el trámite de audiencia –y, por ende, extemporáneamente– por las entidades interesadas.

Respecto a las alegaciones vertidas por la fundación interesada en el trámite de audiencia, sobre la denegación del resto de pruebas propuestas en el procedimiento, donde afirma que la denegación se ha llevado a cabo con inconsistencia de argumentos para motivar la innecesariedad, se ha de estar a lo dispuesto en las resoluciones tanto de la Instructora que denegó la práctica de la prueba motivando cumplidamente cada uno de los rechazos, como de la Ministra de Justicia, que resolvió el recurso contra tal denegación. Ambas resoluciones cumplieron el mandato legal previsto en el apartado 3 del artículo 77 de la LPACAP, esto es, denegaron las pruebas propuestas motivando la causa del rechazo, basada en su manifiesta improcedencia o innecesariedad. La inadmisión del recurso contra la denegación de las pruebas se fundó en que ésta no predeterminaba la resolución final ni generaba un perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos, porque no creaba una situación jurídica concreta, ni prejuzgaba el fondo del asunto. El contenido de estas resoluciones no queda desvirtuado en trámite de audiencia, pues ninguna alegación concreta de indefensión se recoge en las alegaciones ahora formuladas o argumento que de modo convincente exponga en qué sentido le hubiera sido favorable la prueba presentada y rechazada, como exige la jurisprudencia constitucional citada. Por todo lo anterior, no pueden aceptarse las alegaciones respecto al rechazo de la práctica de prueba.

Finalmente, ha de hacerse referencia a aquellas cuestiones incidentales que han sido resueltas en el curso del procedimiento, si bien vuelven a ser planteadas por los interesados en el trámite final, por lo que merecen respuesta en el presente acuerdo.

En primer lugar, se ha reiterado la falta de imparcialidad de la Instructora, planteada formalmente en doce ocasiones a través del instrumento de la recusación, nueve de las cuales con los efectos suspensivos que le son propios. En estos nueve casos el incidente de recusación ha finalizado con las correspondientes resoluciones de la Ministra de Justicia, que la han rechazado entendiendo que no queda acreditada la existencia de un interés personal en el asunto por parte de la Instructora del procedimiento. El resto de las recusaciones planteadas han sido inadmitidas «a limine» por tratarse de peticiones formuladas sin ningún fundamento ni contraste de los hechos alegados en cada caso, apreciándose, por ello, la existencia de abuso del Derecho, pues se entendió que subyacía el ánimo de entorpecer y dilatar la tramitación del expediente provocando su suspensión a través de la solicitud reiterada de la recusación de la instructora, de la que no podía entenderse, por no quedar en ningún caso acreditado, que hubiera efectuado ninguna actuación comprometedora de su neutralidad y ecuanimidad, ni que prejuzgase el presente acuerdo que pone fin al procedimiento cuya adopción además no es de su competencia, no concurriendo por tanto en la misma un interés personal en el asunto que hubiera hecho procedente su recusación en la forma exigida por la ley y la jurisprudencia en que se han fundamentado los citados rechazos en el curso del procedimiento.

Con ocasión del trámite de audiencia, se ha seguido insistiendo por parte de los interesados en la parcialidad de la actuación de la Instructora a lo largo del procedimiento, si bien continúa sin recogerse causa concreta que motive de recusación ni se invoca específicamente ninguna causa legal de recusación de las referidas taxativamente en el artículo 23 de la LRJSP, que hiciera perder su virtualidad a las resoluciones que han venido rechazando las recusaciones planteadas y que han sido detalladas en los antecedentes del presente acuerdo.





Como ya se citó en esas resoluciones, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que por más que en este ámbito de las instituciones de la abstención y de la recusación se haya reconocido que las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar, *«no basta para apartar a un determinado juez [en este caso la Subsecretaria de Justicia como instructora del procedimiento], del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusara, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una conciencia que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas»* (entre otras, STC de 17 de marzo de 2001). Dado lo anterior, para haber podido aceptar las alegaciones de imparcialidad, debería haberse alegado y acreditado por los interesados, que insisten en ello, el interés propio, particular, individualizado y directo de la instructora, si bien no se ha hecho, dado lo cual, teniendo en cuenta lo aportado en las alegaciones al respecto efectuadas en el trámite de audiencia, no puede sino concluirse que no se puede entender que haya concurrido en la instructora, Dña. Cristina Latorre Sancho, causa alguna de recusación a lo largo del procedimiento.

Finalmente, respecto a lo alegado por la Asociación para la Defensa del Valle de los Caídos, que señalaba en trámite de audiencia que por prejudicialidad el procedimiento debía suspenderse hasta la finalización del proceso penal en curso, instado por la asociación contra D. Víctor Manuel Cageao Santa Cruz y D. Alfredo Pérez de Armiñán y de la Serna, por un presunto delito de usurpación de funciones, tal razonamiento no puede acogerse.

En efecto, aunque se alegue por la asociación que una querrela interpuesta por la misma tiene efectos suspensivos sobre el procedimiento administrativo en curso, ello no así. Ningún precepto lo sostiene en la LPACAP. Por otro lado, el presente procedimiento administrativo tiene su origen en una ley formal como es la Ley 52/2007 a la que se pretende dar desarrollo concreto en un aspecto puntual. La asociación querellante alega como causa de suspensión del procedimiento administrativo la supuesta prejudicialidad penal a que se refieren los artículos 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que cita expresamente. Sin embargo, el artículo 111 Ley de Enjuiciamiento Criminal no tiene nada que ver con el caso, ya que se refiere al supuesto de que las acciones que nazcan de un delito o falta puedan ejercitarse junta o separadamente. Por su parte, el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal manifiesta que *«promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho.»* No es el caso tampoco. El procedimiento administrativo no tiene la naturaleza de pleito, que va referido a acciones jurisdiccionales, y, además, en el presente caso, el procedimiento administrativo es anterior a la acción penal, lo que es relevante a efectos del 114 Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no resulta de aplicación.

Claramente la querrela trata de constituir una razón aparente que sirva de excusa formal a la suspensión, es una querrela instrumentada para obstaculizar el procedimiento administrativo; pero este planteamiento táctico carece de virtualidad legal para forzar la suspensión pretendida, máxime cuando el resultado del procedimiento penal en curso no afecta directamente a la resolución final contenida en el presente acuerdo, por lo que nunca podría hablarse de pronunciamientos contradictorios.

A mayor abundamiento podría hacerse la siguiente doble consideración:

1) En primer lugar, el procedimiento a que se refiere la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, no constituye en modo alguno un procedimiento administrativo





sancionador que se siga por los mismos hechos a que la querrela se refiere, supuesto en el que, en aplicación del principio *ne bis in idem*, no podría continuarse el procedimiento administrativo hasta la resolución de la cuestión penal. Aunque esta regla o principio no está expresamente establecido ni en la LPACAP ni en la LRJSP, es indudable que ha de reputarse subsistente, como lo prueban las numerosas normas sectoriales de Derecho administrativo sancionador en las que expresamente se recoge esta regla.

2) En segundo lugar, y puesto que se trata de un procedimiento administrativo no sancionador, no puede desconocerse la regla del artículo 10.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial según la cual un procedimiento judicial no podrá suspenderse por la existencia de una cuestión prejudicial penal a menos que sea imprescindible para la debida decisión que haya de adoptarse en ese procedimiento o condicione directamente el sentido de ésta, regla que es perfectamente trasladable al procedimiento administrativo. Así las cosas, no concurre en el caso que se examina esa condición de que la resolución de la cuestión penal sea imprescindible para la resolución del procedimiento administrativo o condicione ésta última.

En mérito de lo expuesto, una vez realizado el examen de cuantas cuestiones procedimentales han surgido en la tramitación y han sido puestas de manifiesto por los interesados, cabe concluir con rotundidad que la tramitación del expediente ha sido ajustada a Derecho y que los interesados han gozado, como no podía ser de otro modo, de un pleno derecho de defensa.

TERCERO.- El procedimiento regulado en la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, tiene por objeto dar cumplimiento a la previsión establecida en el apartado 3 del artículo 16 de la propia Ley, según el cual *«En el Valle de los Caídos sólo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda.»*

El presupuesto determinante de la incoación del procedimiento lo constituye, por tanto, el hecho de que Francisco Franco Bahamonde, enterrado en la Basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, no falleció como consecuencia de la contienda civil que se desarrolló en España entre 1936 y 1939, siendo este un extremo fáctico que, por notorio y no controvertido, no ha sido preciso investigar ni acreditar en el curso del procedimiento.

Debe destacarse que no asiste a los familiares de Francisco Franco Bahamonde un derecho a exigir que su pariente permanezca en el lugar de enterramiento que le fue originariamente asignado al ser tal lugar de enterramiento un espacio de titularidad pública y corresponder, por consiguiente, a los propios poderes públicos, decidir libremente el uso que haya de dársele. Se trata de la misma facultad que se reconoce a las autoridades municipales en relación con los cementerios públicos cuando se extingue el título en virtud del cual se produjo en ellos la inhumación de determinada persona, como consta expresamente reconocido en abundante normativa (autonómica y local), y según se ha puesto de manifiesto, recientemente, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de enero de 2019 (recurso apelación nº 390/2018). La exhumación resulta, en tales casos, preceptiva, pues es consecuencia de que no hay ya título que legitime la permanencia de los restos en el cementerio público y lo obligado es, desde luego, recabar el parecer de la familia si bien en relación con el futuro destino de tales restos, y no para exhumarlos. De manera semejante, una vez que el legislador ha tomado la decisión de no seguir destinando la Basílica del Valle de los Caídos a lugar de enterramiento de Francisco Franco Bahamonde, como puede hacer





sin necesidad de recabar el consentimiento de los familiares por tratarse de un lugar de titularidad pública, la exhumación constituye la lógica consecuencia de aquella decisión, y el parecer de la familia solo ha de recabarse antes de tomar la decisión sobre el lugar a que se trasladarán los restos exhumados.

Por lo tanto, la titularidad pública del inmueble en que se encuentran enterrados los restos de Francisco Franco Bahamonde y la inexistencia de título jurídico que confiera derecho a su mantenimiento en aquél (no puede reputarse como tal la propia situación fáctica tolerada por la Administración) justifican que pueda acordarse la exhumación, máxime cuando ello es dispuesto por una norma con rango de ley que, por su condición de tal, podría incluso remover los obstáculos que supondría la existencia de aquel título jurídico.

Siendo indiscutible la concurrencia del presupuesto material que justifica la procedencia de incoar e instruir el procedimiento previsto en la disposición adicional sexta bis respecto de Francisco Franco Bahamonde, resulta que la decisión de llevar a cabo la exhumación será asimismo procedente a menos que las actuaciones practicadas en el curso del citado procedimiento hayan revelado la existencia de alguna circunstancia que pueda erigirse en obstáculo para ello, bien sea de tipo jurídico o de carácter material, y en el entendido de que el presente fundamento se refiere únicamente a las circunstancias de naturaleza sustantiva, pues el análisis del procedimiento desde el punto de vista de la adecuada cumplimentación de los trámites que lo integran ha sido ya realizada en el fundamento anterior.

En las alegaciones realizadas por los interesados en el trámite de audiencia se han puesto de manifiesto algunas de las referidas circunstancias, de modo que resulta procedente realizar un examen de las mismas para llegar a una conclusión definitiva sobre su eventual relevancia a efectos de adoptar la decisión procedente sobre la exhumación, con carácter previo a dicha adopción:

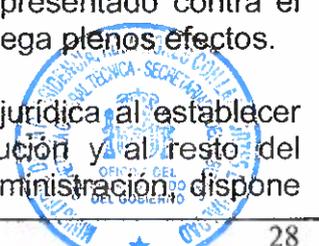
Respecto a las alegaciones sobre la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, es oportuno recordar que dicha disposición de urgencia, tras su publicación en el BOE n.º 206, de 25 de agosto, fue remitida al Congreso de los Diputados para la tramitación preceptiva.

Tras su inclusión en el orden del día del Pleno del Congreso, el Real Decreto-ley 10/2018 fue convalidado en sesión celebrada el 13 de septiembre de 2018 y se aprobó, igualmente, su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución, publicándose dicha convalidación en el BOE n.º 228, de 20 de septiembre de 2018.

Por último, en cuanto a la tramitación parlamentaria de este real decreto-ley, tan solo cabe añadir que su tramitación se ha atribuido a la Comisión de Justicia del Congreso y se encuentra en la fase de enmiendas al articulado (núm. expte. 121/000026).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que ha transcurrido el plazo sin que ninguno de los sujetos legitimados para ello, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 31 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, haya presentado contra el mismo recurso de inconstitucionalidad. Por lo tanto, el real decreto-ley despliega plenos efectos.

El artículo 9.1 del Texto Fundamental consagra el principio de seguridad jurídica al establecer que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y el artículo 103.1, refiriéndose en particular a la Administración, dispone





que actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Estos principios constitucionales imponen, entre otras consecuencias, que el Gobierno no pueda, sin que una ley haya sido declarada inconstitucional por el órgano que en nuestro Estado de Derecho ostenta la competencia exclusiva para ello, es decir, el Tribunal Constitucional (artículo 161 de la Constitución), ignorar los mandatos de esa ley, si tales mandatos le incumben directamente, como es el caso.

La inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, tanto lo sea por razones formales (inexistencia del presupuesto constitucional habilitante), como por razones sustantivas (infracción de límites a la potestad legiferante excepcional del Gobierno u otra razón), en modo alguno puede ser apreciada y, por tanto, declarada por ningún órgano administrativo, incluido el Consejo de Ministros. En este sentido, y aunque el anterior aserto resulte obvio, han de hacerse las siguientes consideraciones:

1) El artículo 161.1 de la Constitución y el artículo 2.1 a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, reservan a la exclusiva competencia del Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad.

2) El ordenamiento jurídico español no sigue el sistema de jurisdicción constitucional difusa, sino el sistema de jurisdicción constitucional concentrada; es por ello por lo que tan solo los órganos judiciales de los distintos órganos jurisdiccionales son los únicos competentes para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sin que, por tanto, esta facultad corresponda a los órganos de la Administración ni, por tanto, con mayor motivo, la apreciación y declaración de inconstitucionalidad de la norma legal.

3) Las anteriores consideraciones no quedan desvirtuadas por la circunstancia de que el artículo 32.4 de la LRJSP aluda a la alegación de inconstitucionalidad en vía administrativa, pues esta exigencia lo es a los únicos y exclusivos efectos de poderse reconocer responsabilidad patrimonial por la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal.

En este punto es procedente recordar la presunción de constitucionalidad de que gozan las leyes, presunción a la que se ha referido la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2013 (Ar. 5634), que, a su vez, cita abundante jurisprudencia del propio Tribunal Supremo y también del Tribunal Constitucional que expone justificadamente la razón de ser del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Por otra parte, el Tribunal Constitucional se remite de manera constante en sus decisiones sobre la suspensión de la vigencia de las leyes que ante él se impugnan (por todos, ATC 105/2010, de 29 de julio; ATC 205/2014, de 22 de julio), y a la que el Consejo de Estado ha hecho referencia igualmente en varios de sus dictámenes, como el dictamen 2608/2004, de 28 de octubre.

Una vez precisado que no hay impedimento jurídico alguno que pueda examinarse en el presente expediente desde la perspectiva de una eventual inconstitucionalidad del referido real decreto-ley, es obligado llegar a la misma conclusión si se examina esa posibilidad a luz del respeto a los derechos fundamentales (intimidad personal y familiar, libertad religiosa y de culto, tutela judicial efectiva) y principios constitucionales (seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad), que han sido invocados por los interesados en sus alegaciones.

La aproximación a esta cuestión debe realizarse intentando aislar, entre las vulneraciones alegadas, las que, en hipótesis, podrían ser atribuidas únicamente, de manera directa e inmediata, a la decisión que adopta el Consejo de Ministros en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 16.3 y en la disposición adicional sexta bis de la Ley 62/2007, porque si las infracciones que se denuncian proceden, supuestamente, de la propia norma que proporciona





amparo legal a la actuación del Gobierno, convirtiéndola en contraria a la Constitución, es obvio que no corresponde al propio Gobierno examinarlas y resolverlas.

Pues bien, aunque no puede dejar de advertirse, en algunas de las alegaciones presentadas, el intento de hacer pasar las infracciones de derechos fundamentales y principios constitucionales que se invocan por vulneraciones producidas por el propio procedimiento y por la decisión que en él haya de dictarse y no tanto por la norma que ha diseñado el procedimiento y los trámites que lo integran, lo cierto es que el referido intento no puede tener éxito.

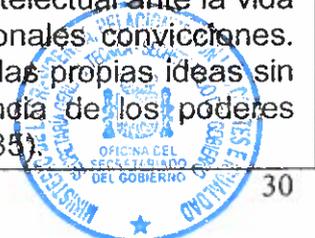
Así, el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18 de la Constitución y, artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH), como eventual obstáculo para la adopción de la decisión de exhumación se vincula, principalmente, en las alegaciones de los interesados, al hecho de que dicha decisión se adoptará sin haber recabado previamente el parecer favorable de la familia. Sin embargo, la disposición adicional sexta bis no contempla la necesidad de obtener el consentimiento de los descendientes de Francisco Franco Bahamonde para que el Gobierno acuerde su exhumación, de suerte que la ausencia de ese consentimiento no puede producir la ilegalidad de la decisión.

En cualquier caso, no está de más recordar que en la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), no se otorga a la ausencia de consentimiento de los parientes el carácter de impedimento absoluto para la actuación de las autoridades en casos sobre exhumaciones (véase la reciente sentencia *Solska y Rybicka v. Polonia*, de 20 de septiembre de 2018), pues el análisis de la existencia de una eventual vulneración del artículo 8 del CEDH requiere un proceso mucho más complejo, en el cual, lo determinante para apreciar si ha existido injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar es la consideración de otros parámetros (cualquier injerencia debe ocurrir de conformidad con la legislación, perseguir uno de los legítimos objetivos enumerados y ser necesaria en una sociedad democrática: *Pretty v. Reino Unido*, núm. 2346/02, párrafo 68, TEDH 2002-II, y *Glass v. Reino Unido*, núm. 61827/00, párrafo 73, TEDH 2004-II).

Por lo que se refiere a la pretendida incompatibilidad entre el acuerdo de exhumación y el principio de libertad religiosa consagrado en el artículo 16.1 de la Constitución, llama la atención en primer lugar que esta alegación se haya vertido para un supuesto que no se ha producido y que tampoco se han planteado en ningún momento del procedimiento ni el órgano instructor ni el competente para resolver, a saber: que la exhumación pueda llevarse a cabo sin la autorización eclesiástica o de la autoridad judicial competente.

La descripción que realizan a continuación las alegaciones acerca del contenido de la libertad religiosa omite elementos esenciales que matizan las afirmaciones realizadas, que dibujan un derecho cuasi ilimitado y que pretenden en suma convertir un derecho individual -recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos- en un derecho colectivo.

Más concretamente, en las alegaciones de los interesados se recoge el contenido de la libertad religiosa al que se refiere el Tribunal Constitucional en jurisprudencia consolidada: «Ciertamente, la libertad ideológica, como así viene a latir en el planteamiento de los recurrentes, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos» (STC 120/1990, FJ 10; en igual sentido, STC137/1990; STC 19/1985).





La misma sentencia añade, sin embargo, una importante precisión acerca de cuándo se entiende que existen injerencias en este derecho: «Ahora bien, también advertimos que, para que los actos de los poderes públicos puedan ser anulados por violaciones de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 C.E., es cuando menos preciso, de una parte, que aquéllos 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 art. 20.1 a) C.E.-; de otra, se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad suficiente para articular la imputación del ilícito constitucional.»

La garantía de inmunidad de coacción se traduce, por tanto, en que los poderes públicos no pueden interferir en la adopción o no de una determinada ideología o religión, no pueden obligar a profesar o no profesar una determinada religión, o a recibir sepultura en contra de las propias convicciones, por solo mencionar a título de ejemplo uno de los contenidos del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa (LOLR), y que es destacado en las alegaciones de los interesados. Nada de eso se produce en este caso, donde la exhumación no impide una posterior inhumación conforme a las convicciones del finado o de su familia.

Respecto de los sujetos de la libertad religiosa supuestamente vulnerada, se produce una importante imprecisión en las alegaciones presentadas cuando la Abadía pretende arrogarse derechos que no le corresponden, dado que el citado artículo 2.1 reconoce los derechos individuales, no los colectivos que están recogidos en el artículo 2.2, resultando así claramente diferenciados. Se afirma que la Abadía tiene un derecho «inalienable e inmune a la coacción de los poderes públicos» a que se respete el derecho de sus miembros a ser enterrados en la misma. No alcanza sin embargo a explicar en qué afecta a este derecho el procedimiento de exhumación de los restos de Francisco Franco, que no era miembro de la Abadía, por lo que esta última no puede arrogarse los derechos del fallecido, ajeno a dicha Abadía. Tampoco si se refieren a los derechos de los miembros de la comunidad, que son de ellos mismos no de la comunidad. El artículo 2.1 de la LOLR contempla el derecho de toda persona a recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos, pero no a que dicho enterramiento deba ser en un lugar u otro, lo que se protege es en suma el respeto a las convicciones del difunto. Si por disposición de la ley o como consecuencia del deterioro del lugar fuera necesario exhumar los restos y trasladarlos, no se vulneraría con ello el derecho de libertad religiosa del difunto. Solo cabría, por tanto, invocar este precepto si en algún momento se hubiera planteado una inhumación sin dignidad o en contra de las creencias religiosas de los difuntos o sus familias, circunstancias estas que en ningún caso se han derivado, ni pueden derivarse, de la aplicación de la Ley 52/2007.

Por último, la apelación de los interesados a la neutralidad del Estado resulta asimismo improcedente en este caso, ya que no concurre la vulneración alegada. La neutralidad, junto con la separación, forman parte del contenido del principio de laicidad tal y como ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional. La separación implica que el Estado no confiesa ninguna religión de manera que, por un lado, se veda cualquier confusión entre funciones religiosas y estatales (STC 177/1999), y por otro, las entidades religiosas ni forman parte del Estado ni son equiparables a las entidades públicas (STC 24/1982; 340/1993; 46/2001). La neutralidad supone que el Estado es imparcial y neutral frente a las opciones religiosas o no de sus ciudadanos, siempre que se respeten los valores fundamentales del Estado (STC 5/1981, FJ 9). Además, implica una mutua independencia: ni el Estado interviene en los asuntos internos de las entidades religiosas, ni los criterios o valores religiosos pueden ser parámetros para medir la legitimidad o la



justicia de las decisiones de los poderes públicos (STC 24/1982, FJ 1), sin perjuicio lógicamente de la posibilidad de que los valores religiosos hayan pasado a formar parte de los valores comunes, del «mínimo común ético de una sociedad acogido por el Derecho» (STC 62/1982, FJ 3).

En las alegaciones sin embargo se da la vuelta al principio y se afirma que se está vulnerando la neutralidad porque la decisión de exhumar los restos de Francisco Franco Bahamonde es ideológica y afecta a la libertad religiosa de la comunidad benedictina y de sus familiares. Y para ello argumentan con sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional que se refieren a cuestiones diferentes: la intervención del Estado en el reconocimiento de las entidades religiosas y su autonomía interna, que son derechos colectivos.

Así, la STEDH de 26 de octubre de 2000 se dicta con motivo de una decisión administrativa que sustituye a unos dirigentes religiosos por otros, lo que es considerado por el Tribunal como una injerencia en la autonomía organizativa de la entidad religiosa. En la STC 46/2001, se interpretaron las facultades del Registro de Entidades Religiosas respecto de la inscripción en el mismo, entendiéndose que la denegación de la misma solo era posible en caso de que sus fines fueran ajenos a los religiosos o atentaran contra el orden público (art. 3 LOLR), ya que, de otro modo, se estaría restringiendo el derecho de la entidad a su personalidad jurídica y al pleno ejercicio de su derecho colectivo de libertad religiosa.

Afirmar por tanto, como hacen las alegaciones, que la posible exhumación de los restos del difunto supone una injerencia en la libertad religiosa de la Abadía por la vulneración de la neutralidad del Estado porque la decisión de la exhumación tenga una motivación política, es desenfocar el concepto mismo de neutralidad, que no impide las decisiones políticas, sino que impide que el Estado privilegie o discrimine unas creencias sobre otras, o intervenga en asuntos internos de las confesiones (por ejemplo, nombrando a sus dirigentes, como ocurrió en el caso resuelto por el TEDH), o adopte decisiones conforme a parámetros de una determinada confesión. Nada de ello sucede en el presente caso. Es más, la decisión de suscribir un acuerdo con una confesión religiosa y disponer un régimen especial para la misma que contemple, por ejemplo, la inviolabilidad de sus lugares de culto es una decisión política, porque no es obligada para el Estado, y esa decisión política e ideológica no atenta contra la neutralidad ni la libertad religiosa, cuyo ejercicio se ve favorecido precisamente por dicho acuerdo.

En definitiva, la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, no desconoce la naturaleza de lugar de culto que tiene la Basílica donde reposan los restos mortales a exhumar y reconoce su carácter inviolable, por lo que se solicitó la autorización eclesiástica para acceder al lugar y exhumar los restos. No existe vulneración de la libertad religiosa ni del difunto ni menos aún de la comunidad benedictina, que no puede arrogarse derechos que son individuales tal y como dispone el artículo 2.1 de la LOLR. No existe por otra parte colisión normativa entre la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, y el AAJ, porque no se contradice ni en la Ley ni en el procedimiento subsiguiente el carácter sagrado de la Basílica. Por último, tampoco cabe apreciar vulneración del principio de neutralidad del Estado, ya que la exhumación prevista en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, no supone una injerencia en la libertad religiosa de la comunidad benedictina ni de terceros al obedecer a una motivación política. Sí impide la neutralidad que los poderes públicos privilegien o discriminen unas creencias sobre otras, pero no las decisiones políticas, porque política e ideológica es también la decisión del Estado de suscribir un acuerdo de cooperación con una confesión religiosa (que prevé la inviolabilidad del lugar de culto, por ejemplo) y que tiene como fundamento desarrollar el ejercicio más pleno de la libertad religiosa de sus creyentes.





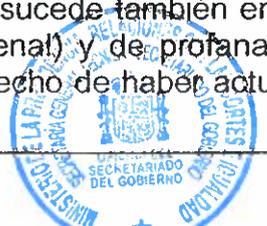
En cualquier caso, la libertad religiosa de los familiares de Francisco Franco Bahamonde, entendida por los interesados como derecho a decidir que su pariente reciba una digna sepultura de conformidad con los ritos y prácticas de la religión que profesó, en modo alguno se ve amenazada o menoscabada por el hecho de que el lugar de enterramiento sea cambiado, que es a la postre lo único que sucederá al acordar la exhumación y el posterior traslado. No es, por tanto, contraria a la libertad religiosa la exhumación de Francisco Franco, toda vez que la exhumación, permitida por la religión católica, no es en sí misma un acto de culto. Por otra parte, en este caso, no está en cuestión el derecho a prestar y recibir unos servicios funerarios de acuerdo con sus convicciones religiosas, con el único límite del imperio de la Ley y del orden público, desde el momento en que su círculo cercano podría venerar el enterramiento y honrarlo según sus creencias y conforme a los ritos que profesan, sin que dicho derecho a la libertad religiosa y de culto pueda en modo alguno subordinarse a la interpretación subjetiva que los interesados puedan tener del mismo.

Por último, respecto de la invocación del principio de interdicción de la arbitrariedad, ya se ha señalado que no puede apreciarse arbitrariedad alguna por el hecho de que el procedimiento para dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 16.3 se haya iniciado respecto de una única persona, ya que la regulación legal en modo alguno impone la tramitación única de un procedimiento singular para adoptar las decisiones sobre la exhumación de todos cuantos se encuentren, eventualmente, en la situación contemplada por el citado precepto. Cabe añadir a ello que la arbitrariedad siempre supone una actuación carente de justificación objetiva y razonable, y en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 10/2018, por el cual se modificó la Ley 52/2007, se encuentran expuestos sobrados motivos para que el primero de los procedimientos tramitados para dar cumplimiento al artículo 16.3 tuviera por objeto decidir sobre la exhumación de D. Francisco Franco Bahamonde, como ya se ha recordado con anterioridad (Proposición no de ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 11-5-2017, con un único voto en contra, y a las recomendaciones que el Gobierno ha venido recibiendo desde hace tiempo desde diversas instancias, tanto nacionales como internacionales).

También se alega una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e indefensión, pues se ha aprobado una ley singular sin cumplir con los requisitos que para este tipo de leyes requiere el Tribunal Constitucional, lo que produce a su juicio, indefensión de los afectados, abuso de poder, discriminación y arbitrariedad.

Como pone de manifiesto el preámbulo del citado Real Decreto-ley 10/2018, los afectados participan en el procedimiento y tienen a su disposición, como no podía ser de otra manera, los recursos que estimen oportunos contra las actuaciones administrativas ante los órganos jurisdiccionales.

Resta señalar que todo lo expuesto acerca de la imposibilidad de apreciar vulneración alguna de derechos fundamentales o de principios constitucionales que pueda imputarse directamente a la decisión de acordar la exhumación, puede predicarse igualmente respecto de la alegada infracción del artículo 46 de la Constitución, y de la presunta comisión de los delitos a que se ha referido, en sus alegaciones, la Asociación para la Defensa del Valle de los Caídos. En ningún caso una actuación amparada e, incluso, con mayor motivo, obligada por una norma legal, como es el caso, merecería reproche penal alguno ya que, por definición, y así sucede también en los delitos contra el patrimonio histórico (artículos 321 a 323 del Código Penal) y de profanación (artículo 526), a los que concretamente se refiere aquella Asociación, el hecho de haber actuado





en vulneración de la legalidad es circunstancia determinante para apreciar la concurrencia del elemento objetivo del tipo penal.

La viabilidad jurídica de la exhumación, cuya procedencia a la luz del artículo 16.3 de la Ley 52/2007, no arroja dudas, ha sido constatada a través de la instrucción del procedimiento, que ha puesto de manifiesto la idoneidad del proyecto realizado, tanto desde la óptica de la normativa urbanística (en atención al informe del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial), como desde la perspectiva de la normativa de sanidad mortuoria (a partir del informe de la Comunidad de Madrid).

Ninguna de las alegaciones formuladas por los interesados frente a tales actos de instrucción puede ser acogida.

Se alegan diversas irregularidades del proyecto de exhumación, así: que no se trata de obra menor; que las obras de recuperación como se califican en el proyecto requieren, según señalan, de un plan especial; por último, alegan respecto al proyecto, que carece del preceptivo visado colegial. Por otra parte, añaden que las deficiencias señaladas son extensibles al informe del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, pues parte del proyecto remitido y, además, según los mismos, no se encuentra suscrito por un técnico competente al estar firmado por un aparejador.

El Consejo de Ministros con fecha 8 de noviembre de 2018, dictó el Acuerdo de continuación del procedimiento en los siguientes términos:

«Segundo.- Ordenar a la Ministra de Justicia que remita al Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, el proyecto necesario para llevar a cabo, en su caso, la exhumación, cuya redacción habrá de encargarse a los Servicios Técnicos del Patrimonio Nacional, en su calidad de Patrono de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, para su tramitación con arreglo a lo previsto en la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.»

El proyecto necesario para llevar a cabo, en su caso, la exhumación, se encargó a los Servicios Técnicos del Patrimonio Nacional, en su calidad de Patrono de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, para su tramitación con arreglo a lo previsto en la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, referida a los actos promovidos por la Administración General del Estado que resulta aplicable, así: *1. Cuando la Administración General del Estado o sus Organismos Públicos promuevan actos sujetos a intervención municipal previa y razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con la ordenación urbanística en vigor.*

El Consejo de Administración del Patrimonio Nacional administra temporalmente la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, creada por el Decreto Ley de 23 de agosto de 1957, en tanto no sean desarrolladas por el Gobierno las previsiones legales contenidas en la disposición final tercera de la Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional. En consecuencia, el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional se encarga, entre otras, de la realización de actuaciones de mantenimiento y





rehabilitación del recinto monumental del Valle de los Caídos, en el marco de lo previsto en la normativa propia de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos.

Este proyecto elaborado por los Servicios Técnicos del Patrimonio Nacional en forma de memoria valorada, contiene los documentos necesarios para llevar a cabo los trabajos arquitectónicos precisos para la retirada de la losa sepulcral de Francisco Franco Bahamonde y la posterior reposición del solado en la Basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, en el caso de que el Consejo de Ministros acuerde la realización de dichas actuaciones.

Según la Dirección de Inmuebles y Medio Natural los trabajos contemplados en la memoria valorada no implican alteración alguna sobre las condiciones de volumen, ocupación o edificabilidad de la Basílica, por lo que no suponen modificación urbanística. Y dada la entidad de la intervención, los trabajos definidos en esta memoria tendrían la consideración de obra menor.

Por otra parte, el conjunto del Valle de los Caídos está incluido dentro del Catálogo de Bienes Protegidos de las Normas Subsidiarias del municipio de San Lorenzo de El Escorial, cuya aprobación definitiva fue adoptada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el 2 de septiembre de 1999. Concretamente, goza del grado de protección integral global, correspondiendo a la ficha de catálogo 1-40.

En los bienes incluidos en la categoría de protección Integral, únicamente se permiten actuaciones de mantenimiento, consolidación y recuperación, quedando excluidas las de acondicionamiento, ampliación u obra nueva.

De acuerdo con las valoraciones realizadas por Patrimonio Nacional tomando como referencia trabajos de movimiento de piezas pétreas en condiciones similares, el importe de los trabajos de retirada de la losa de granito se estima en 3.090 € (IVA no Incluido). La ejecución de este trabajo, así como las tareas de exhumación que, en su caso, se llevasen a efecto de acuerdo con la legislación vigente, debería ser contratada a una empresa de servicios funerarios.

Los trabajos de reposición del solado podrían ser ejecutados con el personal propio de Patrimonio Nacional, que ya dispone además de acopio de los materiales necesarios para su ejecución (mármol, ladrillo, cemento, arena y agua), para la realización de trabajos de mantenimiento en los edificios que se hallan a su cargo, por lo que no supondrían un coste adicional ni la realización de un expediente administrativo al efecto.

Siguiendo el procedimiento establecido, dicho proyecto se remitió al Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial que es el competente para el otorgamiento de la licencia de obras, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.1.q) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local que atribuye al Alcalde como Presidente de la Corporación, la competencia para el otorgamiento de las licencias.

También resulta aplicable la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid que en su artículo 152 precisa sobre la intervención municipal: *«se circunscribe estrictamente a la comprobación de la integridad formal y la suficiencia legal del proyecto técnico con arreglo al cual deben ser ejecutadas las obras, así como de la habilitación*





legal del autor o autores de dicho proyecto y de la conformidad o no de lo proyectado o pretendido a la ordenación urbanística vigente de pertinente aplicación.»

En la página web del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial se recoge la documentación que debe acompañarse:

- Croquis acotado o plano en planta estado actual y reformado.
- Presupuesto detallado de las obras a realizar. (Se puede sustituir por una fotocopia del presupuesto realizado por un profesional).
- Liquidaciones del Impuesto sobre Instalaciones, Construcciones y Obras y de las Tasas correspondientes y depósito en la Tesorería Municipal de fianzas, cuando proceda. (Información en los Servicios Económicos).

Y el proyecto elaborado por los Servicios Técnicos de Patrimonio Nacional cumple sobradamente con estas previsiones.

Se alega en el trámite de audiencia que las obras necesarias han de ser consideradas obras mayores. Sobre este punto, el artículo 2.29 de las Normas Urbanísticas que forman parte de las Normas Subsidiarias del Planeamiento de San Lorenzo de El Escorial define como obras menores, entre otras, la *«ejecución de pequeñas obras interiores en locales no destinados a viviendas que no modifiquen su estructura y mejoren las condiciones de higiene y estética»*

En este caso:

- Se trata, evidentemente, de la ejecución de pequeñas obras, dada su escasa entidad y presupuesto.
- Son interiores, pues el espacio en que se realizarán está cerrado.
- Tiene lugar en local no destinado a viviendas.
- No modifican su estructura, pues se trata de sustituir una losa de piedra por un solado sobre un pequeño tablero de cerámica, protegido por una capa de mortero de cemento con una ligera armadura, para salvar la escasa luz que corresponde al pozo existente, cuyas dimensiones son de solamente 1,19 x 2,26 m. (si bien en el proyecto se denomina "forjado" a este tablero, tal denominación no conlleva la ejecución de un elemento estructural).
- Mejoran las condiciones de higiene, pues cabe considerar que la eliminación de un sepulcro mejora las condiciones sanitarias del local donde este se ubica.
- Mejora las condiciones estéticas, pues la restitución del solado original contribuirá a recuperar el carácter unitario del espacio arquitectónico donde se plantea la actuación.

Por consiguiente, las obras tienen, sin duda, la consideración de menores.

Por tanto, se ha cumplido con lo exigido por el artículo 2.25 de las Normas Urbanísticas.

Respecto a la contradicción de las condiciones expresadas en la ficha I-40, la citada ficha califica la edificación del Valle de los Caídos con un grado de protección integral. En las condiciones particulares, la ficha limita las obras permitidas a las de *«rehabilitación y mantenimiento»* y exige



para el «resto de las obras» la elaboración de un Plan Especial que valore el impacto de las mismas.

A su vez, el capítulo 2 de las Normas Urbanísticas define las clases de obras «admisibles en los elementos incluidos en el catálogo.»

La lista, cerrada en su enumeración, contiene las siguientes:

- mantenimiento
- consolidación
- recuperación
- acondicionamiento
- reestructuración
- ampliación
- demolición

El 26 de noviembre de 2018 se emite informe favorable por los servicios técnicos del Ayuntamiento, pues «las actuaciones pretendidas se consideran urbanísticamente admisibles habida cuenta de que son obras de recuperación.»

Según reiterada jurisprudencia, el significado de obra menor es un concepto jurídico indeterminado que se ha de precisar caso por caso y en consideración al volumen de la obra a la trascendencia y a la complejidad o sencillez del proyecto. Y el supuesto que nos ocupa, como ha quedado expuesto, se trata de una licencia de obra menor, es decir, aquella que no afecta a la estructura o elementos sustanciales de un inmueble, pues en el supuesto de que la obra prevista afectase a los elementos estructurales ya no tendría la naturaleza jurídica de obra menor sino de obra mayor, y, en este caso, si sería necesario proyecto firmado por arquitecto superior, además de otros requisitos.

La licencia urbanística es un acto administrativo de carácter reglado por el cual se autoriza la ejecución de cualquier tipo de construcción. Si todo acto administrativo debe ajustarse al ordenamiento jurídico, el específico, al que debe ajustarse una licencia es el que regula la ordenación urbanística. Por tanto, una licencia urbanística no puede denegarse por consideraciones de índole distinta ni podrá utilizarse la potestad interventora de la administración en esta materia para satisfacer fines diferentes.

Por otra parte, resulta aplicable el artículo 39.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según el cual: «Las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observadas por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración.»

Esta previsión es consecuencia ineludible del principio de competencia que determina la eficacia de las disposiciones y actos administrativos, consistente en que toda disposición o acto debe ser respetado por cualquiera incluidas las otras Administraciones cuando se ha dictado en el marco de la propia competencia del órgano y así mismo, del principio de presunción de legalidad, y consiguiente eficacia inmediata del acto administrativo, como, por otra parte, pone de manifiesto la regla del apartado 1 del





propio artículo 39: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos...».

En este caso, como ha quedado expuesto, la competencia para el otorgamiento de la licencia urbanística se atribuye a la Alcaldesa del Municipio de San Lorenzo de El Escorial, y dicho acto administrativo en el legítimo ejercicio de una competencia debe ser respetado no solo por los órganos jerárquicamente ordenados dependientes de aquel que dictó el acto, sino también por los órganos de la misma Administración no dependientes jerárquicamente de aquel y también por los órganos de otras Administraciones, en este caso, de la Administración del Estado.

Respecto a la vulneración de las normas en materia de sanidad mortuoria, concretamente, del Reglamento de Sanidad Mortuoria de la Comunidad de Madrid, dada la circunstancia de embalsamamiento del cadáver que, según los interesados, requeriría para su exhumación autorización de los familiares del difunto.

En relación con esta alegación, procede tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1) En primer lugar, la referencia a la solicitud de un familiar o allegado del difunto se justifica en la contemplación del supuesto normal o típico, lo que no impide que esta regla pueda quedar excepcionada en los casos que, precisamente por su propia excepcionalidad, escapan a la previsión del legislador o titular de la potestad reglamentaria.

2) En segundo lugar, el principio de jerarquía normativa permite que el régimen dispuesto por la norma reglamentaria quede modificado o excepcionado en los casos en que así lo disponga una norma con rango de ley que, además, es posterior y específica (se cumple así la doble exigencia de la derogación o modificación normativa: *lex posterior* y *lex specialis*). Así las cosas, no cabe formular ninguna objeción al hecho de que el Real Decreto-ley 10/2018 posibilite la exhumación sin necesidad de que la soliciten los familiares o allegados del difunto, ya que la posibilidad de exhumación mediante acuerdo del Consejo de Ministros es precisamente lo que dispone dicha norma legal.

3) No puede entenderse en modo alguno que el Real Decreto-ley 10/2018 invada, en el extremo de que aquí se trata, la competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid en materia sanitaria, desde el momento en que la exigencia de que la autorización la soliciten los familiares o allegados del difunto no es propiamente una exigencia impuesta por razones sanitarias; el respeto, por parte de la Administración del Estado, a la competencia autonómica se pone claramente de manifiesto en la petición de informe a la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

El apartado tercero del acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2018, de continuación del procedimiento dispone:

«Tercero.- Ordenar a la Ministra de Justicia que solicite a la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad, como órgano de la Comunidad Autónoma de Madrid competente en materia de sanidad mortuoria, informe no vinculante sobre el proyecto de exhumación, que deberá ser emitido en el plazo máximo de un mes.»

Efectivamente la materia sobre policía sanitaria mortuoria está incluida dentro de la competencia de Sanidad e Higiene y es una competencia que corresponde a las Comunidades Autónomas de acuerdo con el artículo 148.1.21ª de la Constitución. Y que la Comunidad Autónoma de Madrid asumió en el artículo 27.4 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero. Así, la Ministra de Justicia solicitó a la Dirección General de Salud Pública de la





Consejería de Sanidad, como órgano de la Comunidad Autónoma de Madrid competente en materia de sanidad mortuoria, un informe no vinculante sobre el proyecto de exhumación, que debería ser emitido en el plazo máximo de un mes.

Resulta aplicable el Reglamento de Sanidad Mortuoria de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 124/1997, de 9 de octubre, y dicho informe es evacuado en el sentido de que la exhumación no está sometida a ningún requisito administrativo sanitario de conformidad la normativa de esta Comunidad. Concretamente, el órgano competente afirma en su informe que, «teniendo en cuenta que han transcurrido más de cinco años desde su fallecimiento, la exhumación de los restos de Francisco Franco Bahamonde no está sometida a ningún requisito administrativo, de conformidad con la normativa de sanidad mortuoria de la Comunidad de Madrid.»

El informe, que goza de la presunción de validez y legalidad recogida en el artículo 39.1 de la LPACAP es válido en sus elementos formales, ha sido emitido a efectos de protección de la sanidad mortuoria y utiliza los criterios objetivos contenidos en el Decreto 124/1997 a la hora de determinar la clasificación y requisitos par al exhumación de los restos objeto del procedimiento.

CUARTO.- Según el apartado tercero de la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007: *«(...) Los familiares podrán disponer en dicho plazo [de quince días otorgado a los interesados por el acuerdo de incoación del procedimiento] sobre el destino de los restos mortales indicando, en su caso, el lugar de reihumación, debiendo aportar en ese plazo los documentos y autorizaciones necesarias. En caso de discrepancia entre los familiares, o si estos no manifestasen su voluntad en tiempo y forma, el Consejo de Ministros decidirá sobre el lugar de reihumación, asegurando una digna sepultura. A estos efectos, queda legitimado para solicitar la asignación del correspondiente título de derecho funerario y para realizar el resto de actuaciones que procedan.»*

Tal y como se ha expuesto en los Antecedentes de hecho, mediante escrito presentado con fecha de entrada de 28 de septiembre de 2018 por D. Francisco Franco Martínez-Bordiú, nieto de Francisco Franco Bahamonde, se indica mediante otrosí segundo que, en caso de que llegase a acordarse la exhumación: *«(...) Deberá procederse (...) a darles cristiana sepultura en la Cripta de la Catedral de la Almudena de Madrid, donde mis hermanos y yo disponemos de un derecho de inhumación perpetua tal y como se acredita mediante la certificación que se acompaña como Documento nº 6».*

Con fecha de 7 de diciembre de 2018, y al amparo de lo previsto en la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007 y en el artículo 79.1 de la LPACAP, la instructora del procedimiento formuló solicitud de informe al Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid acerca de *«los posibles problemas de orden público que pudiera generar, en caso de acordarse la exhumación, la eventual reihumación de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde en la Sepultura B7 de la Cripta de la Catedral de la Almudena, sita en la Calle Mayor número 90 de Madrid, como lugar indicado por la familia a tal fin, en sus escritos de alegaciones en este expediente, y a efectos de asegurar las condiciones adecuadas de dignidad y respeto para la citada sepultura como recoge el Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto».*

Con fecha de 21 de diciembre de 2018, el Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid, como órgano competente para salvaguardar la seguridad ciudadana y el orden público en dicho territorio de conformidad con el artículo 73.3 de la LRJSP, emitió informe en el cual se concluía lo siguiente:





«Existen claras y evidentes razones de seguridad y de orden público que obligarían al Gobierno, a través de esta Delegación, a ejercitar sus potestades generales de policía de seguridad y de salvaguarda de los derechos fundamentales y las libertades públicas para impedir los desórdenes públicos que se producirían si los restos mortales de Francisco Franco se inhumasen en la Cripta de la Catedral de La Almudena. Estas actuaciones provocarían paradójicamente una limitación significativa de derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, en especial los de integridad física y moral (artículo 15 CE), libertad religiosa (artículo 16 CE), libertad y seguridad (artículo 17 CE) y manifestación y reunión (artículo 21).

En consecuencia, desde esta Delegación del Gobierno en Madrid SE DESACONSEJA la inhumación de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de La Almudena y SE ACONSEJA explorar la posibilidad de inhumar sus restos mortales en un lugar que no presente los problemas que para los derechos fundamentales, la seguridad ciudadana y el orden público plantea la Cripta de la Catedral de La Almudena.»

De dicho informe se dio traslado a los interesados en el procedimiento, quienes formularon alegaciones al mismo, sin que, tal y como se ha expuesto, su contenido haya sido suficiente para desvirtuar el contenido del informe del Delegado del Gobierno. No se comparten estas alegaciones, por considerarlas meramente valorativas al hacer referencia a la parcialidad del órgano y a opiniones de diversos analistas expertos en seguridad que no se identifican.

En el mismo sentido, se vierten opiniones sin suficiente sustento técnico o profesional sobre la falta de riesgo de amenaza terrorista, sobre la escasa importancia del incremento de la afluencia de personas que implicaría la inhumación de los restos de Francisco Franco Bahamonde en la Cripta de la Catedral de la Almudena y sobre la conflictividad social vinculada al lugar designado por la familia. Además, se realizan comparaciones con actividades de carácter eventual y con lugares o actividades de contenido lúdico o turístico, sin atender a los criterios señalados en el informe que son esenciales en la valoración de los riesgos en juego.

El Consejo de Ministros, a la vista del contenido y la motivación del informe del Delegado del Gobierno, de 21 de diciembre de 2018, y de las alegaciones planteadas de contrario por los interesados, considera que, efectivamente, la inhumación de los restos mortales de D. Francisco Franco Bahamonde en la Cripta de la Catedral de La Almudena plantearía serios riesgos de perturbación grave de la seguridad ciudadana y del orden público, bienes jurídicos ambos de rango constitucional, que operan como presupuesto indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y cuya tutela corresponde primariamente al Estado (artículos 17 y 104 de la Constitución y artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana). Además, como señala el informe del Delegado del Gobierno se produciría una limitación de otros derechos fundamentales.

A efectos de lo previsto en el artículo 88.6 de la LPACAP, procede en este punto reproducir de modo literal los fundamentos del Informe del Delegado del Gobierno de 21 de diciembre de 2018 relativos a los problemas de seguridad ciudadana y orden público que derivarían de una eventual inhumación de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde en la Cripta de la Catedral de La Almudena:

I

«El objeto de este informe es identificar los problemas de seguridad ciudadana y orden público que podrían producirse de acordarse la inhumación de los restos mortales de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena, situada en la Calle Mayor número 90 de Madrid.





II

La seguridad ciudadana y el orden público son un bien jurídico de rango constitucional, que está protegido por el derecho fundamental a la seguridad reconocido por el artículo 17 de la Constitución Española y que el Tribunal Constitucional ha tratado y puesto en valor en numerosa jurisprudencia, por ejemplo en la STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ2.

El artículo 104 de la Constitución Española atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, bajo la dependencia del Gobierno, la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Como se desprende de este artículo, la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana son dos misiones que tienen una vinculación directa. Así, la finalidad del mandato de tutela de la seguridad ciudadana es, precisamente, salvaguardar las condiciones materiales que hagan posible el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Tomando como marco ambos preceptos constitucionales, el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, dispone que «La seguridad ciudadana es un requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las Leyes».

El artículo 3 de esta Ley enumera los fines de la acción del Gobierno y de los poderes públicos, que son los siguientes:

- a) La protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico.
- b) La garantía del normal funcionamiento de las instituciones.
- c) La preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas.
- d) El respeto a las Leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades.
- e) La protección de las personas y bienes, con especial atención a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.
- f) La pacífica utilización de vías y demás bienes demaniales y, en general, espacios destinados al uso y disfrute público.
- g) La garantía de las condiciones de normalidad en la prestación de los servicios básicos para la comunidad.
- h) La prevención de la comisión de delitos e infracciones administrativas directamente relacionadas con los fines indicados en los párrafos anteriores y la sanción de las de esta naturaleza tipificadas en esta Ley.
- i) La transparencia en la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad ciudadana.

El Delegado del Gobierno es partícipe del mandato de garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y de tutelar la seguridad ciudadana y el orden público. Según el artículo 73.3 de la Ley 40/2015 "Corresponde a los Delegados del Gobierno proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, a través de los Subdelegados del Gobierno y de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, cuya jefatura corresponderá al Delegado del Gobierno, quien ejercerá las competencias del Estado en esta materia bajo la dependencia funcional del Ministerio del Interior."





III

El primer problema de seguridad ciudadana y orden público que plantearía la inhumación de los restos mortales de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena es la dificultad material de que, dada su ubicación, este espacio permita absorber con normalidad el elevado volumen de visitas que inevitablemente atraería esta sepultura. Además, esta ubicación plantearía graves problemas de seguridad desde el punto de vista del riesgo terrorista.

El problema de absorber el elevado número de visitas se deduce fácilmente si se atiende al volumen de visitantes que el conjunto monumental y la sepultura en su ubicación actual reciben, 366.202 personas sólo en 2018, según Patrimonio Nacional.

En este sentido, es importante señalar que el flujo de visitas no es constante, coincidiendo la mayor parte de las mismas con efemérides de acontecimientos vinculados con la Guerra Civil o el Franquismo, tales como el 1 de abril, el 18 de julio, o el 20 de noviembre, pero también con los meses estivales o los periodos de vacaciones, 150.000 personas sólo entre los meses de julio a septiembre de este año. Y esto sucede en un lugar al que hay que ir expresamente, necesariamente en vehículo particular o en transporte público, situado a 60 km de la ciudad de Madrid.

Si pensamos en la Cripta de la Catedral de la Almudena, una ubicación urbana, céntrica y bien comunicada, las visitas sin duda se multiplicarían, a lo que habría que añadir la presencia numerosa habitual de turistas en la Catedral y su entorno. Los asistentes al homenaje a Franco del pasado 20 de noviembre se expresaron en este sentido: "Cuando lo llevan a la Almudena iremos más" (El Diario.es, 20/11/2018).

La ubicación de la Cripta de La Almudena plantea, también, evidentes problemas desde la perspectiva de la eventual actividad terrorista, puesto que se encuentra situada a menos de 1000 metros de puntos tan importantes como la Plaza de la Puerta del Sol, la Plaza Mayor, la Plaza de España o la Gran Vía y junto a edificios e instalaciones emblemáticas, como el Palacio Real, donde se celebran visitas de Estado al más alto nivel, la Capitanía General del Ejército, el Senado o el Consejo de Estado. A todo esto hay que añadir que nos encontramos desde hace años en un nivel alto de riesgo terrorista, el 4 del Plan de Prevención y Protección Antiterrorista, reafirmado el pasado 11 de diciembre, que obliga a prestar singular atención a, entre otros:

c) "Los edificios, centros o instalaciones emblemáticas en cada una de las ciudades que puedan ser objeto de una especial afluencia de ciudadanos...

d) y, en general, todos aquellos lugares o edificios en los que se prevea la existencia de especiales concentraciones de ciudadanos y que, por ello, puedan ser considerados como potenciales objetivos de actuación de los citados elementos terroristas" (Reforzamiento de Especial Intensidad de las Medidas Correspondientes al Nivel 4 del Plan de Prevención y Protección Antiterrorista, 12 de diciembre de 2018).

Los problemas descritos en este apartado, consecuencia de la ubicación de la Cripta de la Catedral de la Almudena, son incompatibles con los fines previstos en los apartados a), c), d), e) y f) del art. 3 de la Ley 4/2015.

IV

El segundo problema que plantearía la inhumación de los restos mortales de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena es el riesgo de que, como consecuencia de su ubicación, genere un colapso en las calles y vías adyacentes y que de





ello resulte una elevada congestión o paralización de la circulación en la zona, condicionando de forma muy seria la movilidad.

La estimación de estos riesgos se basa en la concurrencia de los siguientes factores. En primer lugar, el elevado volumen de visitas que atraería la sepultura de Francisco Franco, señaladas más arriba, provocaría una presión evidente sobre el entorno del lugar donde se encuentra. En segundo lugar, dado que la puerta de acceso a la Cripta se halla en la vía pública, no existe ningún espacio adyacente que pueda diluir esa presión.

En este sentido, son particularmente preocupantes los efectos que esta situación podría producir sobre la Calle Bailén, una vía situada a muy pocos metros de la entrada a la Cripta, que se ha convertido en una de las arterias principales de la ciudad, al formar parte del anillo de circunvalación que rodea la Zona de Bajas Emisiones «Madrid Central». Además, la congestión generada en el entorno de la Cripta de la Catedral de la Almudena podría afectar a otras vías próximas, como la Avenida de la Virgen del Puerto o la autopista de circunvalación M30, que se sitúan relativamente cerca de la Cripta. Por consiguiente, existe un riesgo considerable de que la congestión generada en las inmediaciones de la Cripta de la Catedral de La Almudena afecte a algunas de las principales vías de acceso y circunvalación de Madrid.

Este riesgo de congestión circulatoria representa una amenaza importante desde el punto de vista de la seguridad ciudadana, incluido el ataque terrorista, y del orden público porque, por su volumen de tráfico y ubicación estratégica, la obstrucción de estas vías podría provocar colapsos circulatorios que dificultaran o imposibilitaran la adecuada prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes, como son los servicios de emergencias, ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este tipo de situaciones representan una amenaza importante para el orden público, lo cual justifica la adopción de medidas por parte de los poderes públicos (SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ3 y 136/2006, de 22 de mayo, FJ 3). Así, en la STC 66/1995, se avaló la decisión de la Delegación del Gobierno de prohibir una concentración convocada en la Plaza de Canalejas, toda vez que el lugar elegido por los convocantes "constituye una zona de elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos, debido a la realización de obras y, por consiguiente, cortes de tráfico en la calle Carrera de San Jerónimo y zonas adyacentes".

Los problemas enumerados en este apartado y derivados de la ubicación de la Cripta de la Catedral de la Almudena son incompatibles con los fines previstos en los apartados c), d) f) y h) del art. 3 de la Ley 4/2015.

V

El tercer problema que plantearía la inhumación de los restos mortales de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena es el riesgo de que se produzcan episodios de conflictividad social y política y desórdenes públicos.

La sepultura de Francisco Franco genera problemas de conflictividad social y política y la ubicación de sus restos en un lugar emblemático y de relevancia simbólica como la Catedral de Madrid podría espolear a la extrema derecha al tiempo que ofendería a sus víctimas y a muchos sectores sociales y políticos. Así lo demuestran los episodios de conflictividad registrados últimamente, entre los que destaca el producido el pasado 18 de noviembre. De acuerdo con el informe facilitado a esta Delegación por la Policía Nacional, Falange organizó ese día una manifestación en la Plaza de Oriente, en nombre de la



"Asociación por la Derogación de la Memoria Histórica" y conmemorando el aniversario del fallecimiento de Franco. En el transcurso de la manifestación, acudieron al lugar tres mujeres de la Asociación "Femen", las cuales comenzaron a corear la frase "fascismo legal, vergüenza nacional". Los allí reunidos comenzaron a increparlas, produciéndose un intercambio de insultos. Hubo también agresiones físicas que dieron pie a la intervención policial con el resultado de dos identificaciones y una detención. Por estos hechos se tramitaron diligencias en la Brigada Provincial de Información.

Esta conflictividad social aumentaría sin duda como consecuencia de la diversificación en el perfil de los visitantes que traería consigo la inhumación de los restos mortales de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena, derivada de su localización en una zona urbana tan céntrica y bien comunicada. Esto plantea el riesgo de que se produzca una convergencia de muchas personas con ideologías y motivaciones muy diversas, lo cual aumenta la probabilidad de que se produzcan provocaciones, conflictos, agresiones y altercados, en suma, violencia.

En este sentido, es aplicable la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en la Sentencia 361/2018, de 28 de mayo, a propósito de la prohibición de exhibir "esteladas" en la Final de la Copa de S.M. el Rey, celebrada el 20 de mayo de 2016 entre el F.C. Barcelona y el Sevilla F.C. en el Estadio Vicente Calderón en Madrid. Señala el Tribunal que, si bien la exhibición de las "esteladas" por sí sola no supone un problema de orden público, sí lo es si se considera el evento en su conjunto y el contexto en el que se produce. El fallo avala la decisión gubernativa de esta Delegación del Gobierno, entendiéndola que es objetiva y que está debidamente motivada la prohibición porque se ponderaron las circunstancias específicas concurrentes en el caso, valoradas con arreglo al principio de precaución, ya que dichas circunstancias tenían virtualidad para perturbar la seguridad y el orden público o incluso vulnerar la integridad física de los asistentes al encuentro.

Trasladando las razones de aquella prohibición y la resolución judicial que la avaló a este caso, podemos afirmar que, de inhumar los restos de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena, el riesgo de enfrentamiento sería evidente con el agravante de su carácter permanente e imprevisible, lo que generaría al tiempo incertidumbre para el buen hacer preventivo y reactivo de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad el Estado.

Como se acaba de comprobar, existen razones fundadas para sostener que la inhumación de los restos mortales de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena daría lugar a episodios de conflictividad, alterando seriamente la paz social y el orden público en pleno centro de la capital de España.

La conflictividad derivada de que los restos de Francisco Franco fueran inhumados en la Cripta de la Catedral de la Almudena comprometería la consecución de los fines previstos en los apartados a), c), d), e) y h) del artículo 3 de la Ley 4/2015.

VI

Los tres problemas de movilidad, seguridad ciudadana y orden público analizados en los apartados anteriores representan una amenaza significativa para los derechos y libertades de los ciudadanos reconocidos en la Constitución. Sin pretensión de exhaustividad, son varios los derechos y libertades que podrían verse clara y negativamente comprometidos como consecuencia de la inhumación de los restos mortales de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena.

En primer lugar, la inhumación de los restos mortales de Francisco Franco en la Cripta de la





Catedral de la Almudena supondría una amenaza para los derechos y libertades de los ciudadanos que deseen visitar esta sepultura. En concreto, se generaría un riesgo importante desde el punto de vista de su integridad física, que el Gobierno y los poderes públicos deben proteger en virtud del artículo 15 de la Constitución.

En segundo lugar, la inhumación de los restos mortales de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena supondría una amenaza para los derechos y libertades de los ciudadanos que deseen acceder a este espacio con una finalidad distinta de la de visitar la sepultura en cuestión. Además de poner en peligro su propia integridad física (artículo 15 CE), se comprometerían otras libertades protegidas por la Constitución, entre las cuales destaca por encima de otras, singularmente en el espacio de un lugar de culto, la libertad religiosa consagrada por el artículo 16 de nuestra Constitución. En efecto, la Cripta de la Catedral de la Almudena es un lugar de culto, donde se celebran varias misas y ceremonias religiosas casi a diario, por lo que los problemas de seguridad y orden público identificados en este informe podrían interferir e, incluso, hacer imposible el ejercicio de esta libertad fundamental. La libertad de cultos como expresión de la libertad de conciencia religiosa exige espacios de recogimiento y de respeto que se verían alterados significativamente con la presencia de los restos de Francisco Franco en ese lugar.

En tercer lugar, la inhumación de los restos mortales de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena supondría una amenaza para los derechos y libertades de los ciudadanos que residan o trabajen en las proximidades del templo y, en general, para todos los que deambulen por sus inmediaciones, comprometiendo el ejercicio de la libertad en condiciones de seguridad prevista en el artículo 17 de la Constitución. El elevado volumen de visitas de la Cripta o los enfrentamientos sociales o políticos tendrían un impacto sobre el exterior, que igualmente podría restringir considerablemente la libertad deambulatoria o circulatoria de los ciudadanos con suficientes garantías de seguridad.

En cuarto lugar, de inhumarse los restos de Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena, se vería también afectado el derecho de manifestación y de reunión del artículo 21 de la Constitución, singularmente en relación con lo señalado en el punto 2. La permanencia de los restos de Franco en la Cripta de La Almudena favorecería las manifestaciones espontáneas y no comunicadas previamente a esta Delegación, que además podrían ser de signo opuesto y enfrentado, lo que dificultaría su organización adecuada precisamente para garantizar el mejor ejercicio de las mismas, con libertad y seguridad para todos.

(...)

VII

El escenario descrito en los apartados precedentes obligaría a este Delegado del Gobierno a hacer uso, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 4/2015, de las actuaciones previstas en el Capítulo III de dicha Ley, que incluyen el establecimiento de restricciones de tránsito y de controles y registros en las vías públicas y el cierre o desalojo de locales o establecimientos.

La elevada intensidad de estas medidas afectaría, inevitablemente, al libre ejercicio de derechos y libertades que han sido descritos en el apartado anterior de este informe, concretamente los de integridad física (artículo 15 CE), libertad religiosa (artículo 16 CE), libertad y seguridad (artículo 17 CE) y derechos de manifestación y de reunión pacífica (artículo 21).

Por otro lado, muchas de estas actuaciones deberían ser adoptadas con





carácter recurrente, sin la imprescindible planificación previa, o incluso con carácter permanente, lo cual multiplicaría y prolongaría en el tiempo los efectos restrictivos que estas medidas tendrían sobre los derechos y libertades de los ciudadanos. En este sentido, no hay que olvidar que los riesgos para la seguridad ciudadana y el orden público identificados en este informe no se derivan del acto mismo de enterramiento de los restos mortales de Francisco Franco en la Cripta de la Catedral de la Almudena, sino de la permanencia de los mismos en dicho lugar, especialmente sensible también, tal y como hemos señalado, desde el punto de vista de la amenaza terrorista, aumentadas en lugares con aglomeraciones de personas y significados desde el punto de vista político.

Esta situación de riesgo permanente tendría el agravante de que no sería posible prever con suficiente adelanto y precisión el momento o los momentos exactos en los que podrían producirse perturbaciones de la seguridad ciudadana y el orden público, ni organizar y preparar los dispositivos de seguridad necesarios para que el ejercicio de los derechos de manifestación y de reunión puedan celebrarse de forma pacífica y libre, evitando que coincidan en el mismo lugar y al mismo tiempo expresiones enfrentadas.

Para acabar, debe añadirse el grave inconveniente que supone la circunstancia de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no pueden acceder al interior de la Cripta ni de la Catedral por tratarse de lugares de culto. Ello implica que todas estas medidas sólo podrían adoptarse en relación con hechos ocurridos fuera de la misma, lo que complicaría enormemente el mantenimiento de la seguridad y del orden público en el interior de aquélla, sin la presencia del Estado.»

Los fundamentos recién transcritos del informe del Delegado del Gobierno muestran con claridad y de manera motivada que la inhumación de Francisco Franco Bahamonde en la Cripta de la Catedral de La Almudena, plantea evidentes riesgos de alteración grave del orden público. A continuación conviene aclarar que no existe ningún bien jurídico contrapuesto de rango e importancia suficientes para justificar la asunción de tales riesgos.

La facultad de disposición sobre el destino de los restos mortales recogida en el apartado 3º de la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007, no puede entenderse como un derecho absoluto, sino que, al igual que el resto de posiciones jurídicas activas protegidas por el ordenamiento jurídico, su interpretación y aplicación ha de cohonestarse con la protección de otros bienes jurídicos contrapuestos.

Así, la facultad de disposición prevista en el precepto citado no puede entenderse como un derecho incondicionado a que el Consejo de Ministros traslade los restos mortales a cualquier lugar que plantee la familia, con abstracción total de las consecuencias que tal decisión podría provocar para otros bienes jurídicos, incluso de rango constitucional. Por el contrario, el Consejo de Ministros, como poder público, se encuentra vinculado por el mandato de proteger, de manera ponderada, los distintos bienes en juego, sin que le sea lícito desconocerlos.

A mayor abundamiento, la utilización de la Cripta de la Catedral de Madrid, que no es un lugar de culto privado ni aislado, sino accesible al público, puede convertir una tumba particular en un símbolo de la sublevación militar, la Guerra Civil y la represión de la Dictadura, consecuencia que no se compadece con los principios y objetivos de la Ley 52/2007. Ninguna virtualidad tendría la exhumación de los restos de Francisco Franco Bahamonde del Valle de los Caídos, con el fin de favorecer su uso como un lugar de concordia, si el significado conmemorativo se traslada a la Cripta de la Catedral de La Almudena, que no es un lugar privado sino de culto abierto al público, situado en una de las zonas céntricas más emblemáticas de Madrid y susceptible, por ello, de exaltación de quienes tuvieron un papel destacado y significado en la sublevación y en la Guerra Civil. Procede evitar que un lugar de culto se convierta por sí mismo y con el paso del tiempo en





un lugar de exaltación, en el convencimiento de que los lugares de culto no pueden ser símbolos de enfrentamiento, ofensa o agravio. Las actuaciones amparadas por la Ley 52/2007 han ido encaminadas a privar a los edificios del carácter de símbolo del régimen franquista y el paso del tiempo ha fomentado el cambio de destino, uso y significado. Inhumar los restos de Francisco Franco Bahamonde en un lugar preferente de la Cripta de la Catedral de la Almudena, además de tener una orientación opuesta a las mencionadas actuaciones, podría alterar el valor de culto y de patrimonio cultural del que actualmente goza.

Ello conduce a la conclusión de que la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007, interpretada en su contexto normativo, permite al Consejo de Ministros desestimar el destino de los restos mortales propuesto por la familia, siempre y cuando lo haga de manera justificada y proporcionada.

En primer lugar, hay que subrayar que el Derecho positivo no reconoce ningún derecho fundamental a elegir el lugar de enterramiento concreto de un pariente. Por el contrario, parecen existir únicamente ciertas facultades protegidas respecto de los restos mortales de familiares, configurado a nivel meramente jurisprudencial, como una facultad accesoria a ciertos derechos ligados a la esfera íntima de sus titulares, con unos contornos poco nítidos y en supuestos muy puntuales y netamente distintos del que se suscita en el caso de Francisco Franco.

Así, en el ámbito europeo, el TEDH ha dictado varias sentencias en las que ha conectado el tratamiento dado a los restos mortales de familiares con el derecho a la vida familiar protegido por el artículo 8.1 CEDH. Sin embargo, tales pronunciamientos del TEDH: i) no reconocen en términos rotundos la existencia de un «derecho a disponer de los restos mortales de familiares»; ii) no impiden en términos absolutos que se realicen exhumaciones contra la voluntad de la familia; iii) no reconocen en términos generales un derecho a recibir físicamente los restos mortales de un familiar, sino que a veces se limitan a proteger el derecho a conocer dónde están inhumados o a acompañarlos en el momento de la inhumación; iv) no se refieren a la elección de un lugar de inhumación específico; v) y tampoco aluden a relaciones familiares de segundo grado sino a supuestos de parentesco directo (relaciones paterno-filiales o entre cónyuges).

Ello se desprende de las siguientes sentencias del TEDH: STEDH, de 2 de junio de 2005, *Znamenskaya c. Rusia*; STEDH, de 30 de octubre de 2001, *Pannullo y Forte c. Francia*; STEDH de 11 de septiembre de 2007, *Yildirim c. Turquía*; STEDH, de 6 de junio de 2013, *Elli Poluhas Dödsbo c. Suecia*; STEDH, de 14 de febrero de 2008, *Hadri-Vionnet c. Suiza*; STEDH, de 8 de junio de 2013, *Sabanchieyeva y otros c. Rusia*; y STEDH, de 12 de junio de 2014, *Maric c. Croacia*.

En segundo lugar, cualquier bien jurídico o derecho, cualquiera que sea su rango, no es absoluto. Es jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional sostener el carácter relativo o modulable de los derechos, incluso respecto de derechos fundamentales, indicando que «no hay en nuestro ordenamiento derechos ilimitados y absolutos» (entre otras muchas, STC 181/1990).

En idéntica línea, el TEDH sostiene reiteradamente que ningún derecho es absoluto y ha tenido ocasión de aplicar esta doctrina al «derecho a la vida familiar» del artículo 8 del CEDH. Ciertamente, en los casos en que este Tribunal ha incluido en este derecho ciertas facultades relativas al tratamiento de los restos mortales de familiares, lo ha hecho dejando claro que tales facultades podían ceder por motivos de interés general y de forma proporcionada y, en particular, tomando en consideración y ponderando adecuadamente los distintos intereses en juego. Así, por ejemplo, en la STEDH, de 14 de febrero de 2008, *Hadri-Vionnet c. Suiza*, o en la STEDH, de 12 de junio de 2014, *Maric c. Croacia*.

En este punto, procede detenerse en la STEDH, de 20 de septiembre de 2018, *Sojska & Rybicka c. Polonia*, invocada por los familiares. Se trata del primer caso en que el TEDH enjuicia una





exhumación realizada contra la voluntad de la familia. El Tribunal ha señalado que es admisible, desde el punto de vista del artículo 8 CEDH, que el poder público actúe en contra del criterio de la familia en caso de exhumación, siempre y cuando la decisión esté justificada y sea proporcionada. Al realizar esta ponderación, el TEDH concluye que la decisión del Estado no estaba justificada, pero no porque la exhumación se hiciese en contra de la voluntad de los familiares, sino porque la ley que daba cobertura a la orden de exhumación no contenía ningún tipo de garantía para evitar la arbitrariedad, dado que no se establecía (i) ningún tipo de obligación de tener en cuenta el interés de los familiares ni (ii) ningún tipo de recurso contra las decisiones relativas a la exhumación.

Sin embargo, el procedimiento de exhumación y traslado de los restos mortales de Francisco Franco no adolece de estos vicios ya que, *ex ante*, se prevé la participación de familia en el marco del procedimiento de exhumación y traslado y, *ex post*, se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva de los familiares, toda vez que la presente resolución es susceptible de los recursos administrativos y judiciales legalmente previstos.

De lo expuesto hasta el momento se desprende, con claridad, que en el procedimiento de exhumación y traslado de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde concurren los presupuestos necesarios para modular la facultad de la familia Franco de decidir sobre el destino de los restos mortales. Así mismo se desprende que, tras esta modulación procede desestimar la petición de que los restos sean inhumados en la Cripta de La Almudena, ya que:

En primer lugar, y como se ha argumentado extensamente, existen fundadas razones de interés general para restringir la facultad de la familia, como son la protección del orden público y de otros derechos fundamentales que podrían verse afectados. En segundo lugar, la facultad de los familiares tiene una dudosa protección constitucional y, en todo caso, una garantía relativa también a nivel europeo.

En este marco, desestimar la petición de inhumación en la Cripta de La Almudena es una medida necesaria y adecuada, sin que, tal y como se desprende del informe del Delegado del Gobierno, existan alternativas igualmente eficaces y menos gravosas.

El carácter proporcionado de la decisión se refuerza por el hecho de que la desestimación de la petición de entierro en la Cripta no cercena la facultad de disposición que la disposición adicional sexta bis reconoce a los nietos de Francisco Franco Bahamonde, dado que se permitirá a éstos optar por otro lugar de inhumación acorde con sus preferencias, siempre que no plantee problemas de seguridad ciudadana y orden público como los derivados de la Cripta.

En virtud de cuanto antecede, procede tener en cuenta tanto la necesidad de conjugar la facultad de los familiares de Francisco Franco Bahamonde con la tutela del orden público y la seguridad ciudadana, como la protección de otros derechos fundamentales, que se verían clara y gravemente amenazados en caso de traslado de los restos mortales objeto de exhumación a la Cripta de la Catedral de La Almudena.

QUINTO.- De acuerdo con el fundamento tercero, procede la exhumación de los restos de Francisco Franco Bahamonde, a cuyo destino se dedica el fundamento cuarto.

La ejecución de estos acuerdos exige las correspondientes actuaciones en la Basilica del Valle de los Caídos, cuya naturaleza de lugar de culto no ofrece discusión. Así lo reconoce el propio acuerdo del Consejo de Ministros de continuación del expediente, en el que se encomendó a la Ministra de Justicia la promoción de las actuaciones oportunas para la entrada en el lugar de culto para, en su caso, proceder a la exhumación.





Como se ha hecho constar en antecedentes, el consentimiento para dicha entrada ha sido denegado por el Prior Administrador de la Abadía, lo que ha dado lugar al debate acerca de si el acuerdo mismo de exhumación es o no viable. Ello exige analizar esta cuestión, aunque ya referida a la futura ejecución del presente acuerdo.

Todas las alegaciones relativas a esta materia formuladas en diversos momentos de la instrucción del presente procedimiento por las partes interesadas en el mismo (en particular, escritos de alegaciones iniciales de los nietos de Francisco Franco Bahamonde, de la Fundación Nacional Francisco Franco, de la Asociación para la Defensa del Valle de los Caídos y de la Abadía Benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, así como escrito de 3 de enero de 2019 del Prior Administrador de la mencionada Abadía y escritos en fase de audiencia de todos los interesados que acaban de relacionarse), se centran en el alcance de la inviolabilidad de la referida Basílica por ser lugar de culto.

En las referidas alegaciones se da a entender que el canon 1213 del Código de Derecho Canónico (CIC) de 25 de enero de 1983 y el artículo 1.5 del citado AAJ vienen a establecer lo mismo sobre el concepto de inviolabilidad que sostienen las alegaciones de las partes interesadas: los lugares de culto son inviolables y, en consecuencia, están sujetos a la autoridad eclesiástica exclusivamente. Sin embargo, y pese a las referidas alegaciones, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

De un lado, el canon 1213 afirma literalmente que *«la autoridad eclesiástica ejerce libremente sus poderes y funciones en los lugares sagrados»*, pero no contiene una afirmación similar a la que establecía el canon 1160 del derogado Código Canónico de 1917, que afirmaba que los lugares sagrados estaban exentos de la jurisdicción civil, ejerciendo la autoridad eclesiástica libremente su jurisdicción en ellos y se admitía el «derecho de asilo en las iglesias» (canon 1179), dando lugar a una situación que se comparaba con el privilegio de la extraterritorialidad. Por su parte el artículo 1.5 AAJ dispone que los lugares de culto tienen garantizada su inviolabilidad «con arreglo a las Leyes» y añade que no podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter sagrado, y que en caso de su expropiación forzosa será antes oída la autoridad eclesiástica competente.

Tales leyes, a las que se refiere el mencionado precepto para configurar la inviolabilidad de los lugares de culto, no son otras que las del propio Estado que pueden disponer sobre el alcance de dicha inviolabilidad. Así, lo que se contempla expresamente en las leyes que pueda afectar al alcance de dicha inviolabilidad es por ejemplo lo dispuesto en el propio artículo 1.5 AAJ acerca de la necesidad de la previa desacralización del lugar de culto en caso de demolición y la audiencia de la Iglesia en el supuesto de expropiación. Otras disposiciones legales que se refieren a los lugares de culto o que afectan a cuantos bienes tienen esta naturaleza son el artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la entrada y registro de los templos y lugares de culto y, para el caso de las entidades religiosas inscritas en el Registro del Ministerio de Justicia, la tutela penal especial respecto de la interrupción de actos de culto y profanación prevista en los artículos 523, 524 y 526 del Código Penal.

Y es que la inviolabilidad es una característica atribuida a los lugares de culto en virtud de un acuerdo con el Estado y así se predica no solo de los lugares de culto de la Iglesia Católica, sino de los lugares de culto de las entidades pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (artículo 2 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España), a la Federación de Comunidades Judías de España (artículo 2 de la Ley 25/1992, de 10



de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España) y a la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España), extendiéndose dicha inviolabilidad, en el caso de las comunidades judías y musulmanas, a los cementerios. En cuanto al alcance de la inviolabilidad, estos acuerdos reproducen lo ya afirmado respecto de su demolición y expropiación, aunque se matiza en caso de peligro o urgencia. Es decir, que todo lo que se predique acerca de la inviolabilidad del lugar de culto hay que entender que se aplica a las iglesias evangélicas, a las sinagogas y a las mezquitas. Ello tiene interés a la hora de contextualizar las posibles interpretaciones de la inviolabilidad respecto de las consecuencias que pudieran tener para todos los lugares de los que se predica.

En cuanto a las funciones y poderes que la Iglesia Católica puede ejercer libremente en ellos según dispone el canon 1213, no son otras que las de enseñar, santificar y regir con autonomía el lugar, es decir, todo aquello que se recoge en los Libros II (La función de enseñar de la Iglesia) y el Libro III (La función de santificar de la Iglesia) del CIC vigente y que se refiere a la predicación de la palabra, formación catequética, la actividad misional, la enseñanza, la comunicación social, la administración de sacramentos y los demás actos de culto divino. Por tanto, en estas funciones que se desarrollan en los lugares de culto, la Iglesia tiene potestad para organizar, dirigir o administrar el lugar sagrado conforme a lo dispuesto en el derecho canónico. Y es precisamente esa actividad la que protege la inviolabilidad del lugar de culto frente a injerencias o intervenciones de terceros que contradigan su carácter sagrado o menoscaben la autoridad de la Iglesia para su organización o administración de sus funciones (caso, por ejemplo, de que una autoridad pretendiera utilizar el templo como si una dependencia administrativa se tratara, organizara las actividades sacramentales, el horario de misas, etc.).

Esta dedicación del lugar de culto se dispone en el canon 1210 CIC citado parcialmente en las alegaciones a las que se refiere el presente Fundamento: *«En un lugar sagrado sólo puede admitirse aquello que favorece el ejercicio y el fomento del culto, de la piedad y de la religión, y se prohíbe lo que no esté en consonancia con la santidad del lugar.»* Sin embargo, añade este mismo canon, y es importante destacarlo, que *«Sin embargo, el Ordinario puede permitir, en casos concretos, otros usos, siempre que no sean contrarios a la santidad del lugar.»* Es decir, que la «exclusiva competencia de la autoridad eclesial sobre el lugar de culto» que afirman las alegaciones hay que referirla a la disposición del lugar exclusivamente para aquello que favorece el ejercicio y el fomento del culto, la piedad y la religión, y excluye lo que sea contrario al mismo, salvo aquellas actividades que, aun no siendo de culto, no lo contradigan y tengan una naturaleza o fin religioso y el ordinario lo autorice (por ejemplo: un concierto de música sacra, una representación o una conferencia de temas religiosos). No es, por tanto, un lugar absolutamente ajeno a otros usos consecuentes con su carácter religioso.

En otras palabras: son los actos injuriosos los que violan la naturaleza sagrada del lugar y así, el canon 1211 afirma que *«los lugares sagrados quedan violados cuando, con escándalo de los fieles, se cometen en ellos actos gravemente injuriosos que, a juicio del Ordinario del lugar, revisten tal gravedad y son tan contrarios a la santidad del lugar, que en ellos no se puede ejercer el culto hasta que se repare la injuria por un rito penitencial a tenor de los libros litúrgicos.»*

En consecuencia, la inviolabilidad del lugar de culto prevista en los acuerdos firmados por el Estado con las confesiones religiosas no se puede entender en el sentido que parecen indicar las alegaciones, es decir que son lugares que están al margen, en todo caso, de la competencia de la autoridad civil, sino que se trata de un concepto que tiene por objeto proteger la naturaleza y





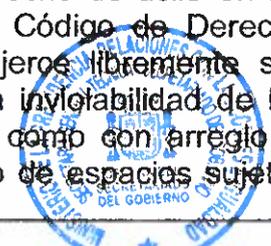
finalidad de ejercicio del culto, la libertad religiosa de los creyentes y la competencia de la autoridad eclesiástica para dedicarlos a orar, enseñar y santificar con autonomía respecto de la autoridad civil. El efecto que provoca es la necesidad de requerir la autorización eclesiástica o de la confesión respectiva para acceder al lugar de culto y dar cumplimiento de una disposición legal. En ningún caso se ha cuestionado este efecto, ni en el Real Decreto-ley 10/2018, ni en el procedimiento subsiguiente, y precisamente por ello se ha requerido la correspondiente autorización a la comunidad benedictina a cuyo cargo se encuentra la Basílica del Valle de los Caídos.

Por lo que se refiere a la posible colisión de normas y a la prevalencia de los tratados internacionales que impide, a juicio de las referidas alegaciones, la aplicación en este caso de lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, dado que los restos se encuentran en lugar sagrado protegido por la inviolabilidad salvo que exista autorización del Prior-Administrador, denegada por falta de consentimiento de los descendientes sin perjuicio de la decisión del órgano judicial competente, procede exponer cuanto sigue:

La referida alegación carece de sentido en la medida que el artículo 16.3 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, se limita a disponer que: «*En el Valle de los Caídos sólo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda.*» En consecuencia: i) el citado artículo 16.3 de la Ley 52/2007 no excluye, en el sentido que acaba de explicarse en este mismo Fundamento, lo dispuesto en el mencionado AAJ con la Santa Sede; y ii) el citado artículo 16.3 tampoco impide la aplicación del AAJ si fuera procedente, como ocurre respecto de la exhumación de restos que reposen dentro de la Basílica. Es decir, en dicho caso, resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 1.5 del AAJ sobre la inviolabilidad de los lugares de culto, sin que existiera contradicción alguna entre ambas normas.

Por tanto, la cuestión no es que el artículo 16.3 de la Ley 52/2007 no resulte aplicable porque los restos que se pretenden exhumar se encuentran dentro de la Basílica y esta es inviolable en cuanto lugar de culto, sino que la aplicación del artículo 16.3 de la Ley 52/2007 deberá respetar lo dispuesto en el AAJ cuando los restos que se decidan exhumar se encuentren en lugar sagrado. Y eso es, precisamente, lo que realiza el Acuerdo de 8 de noviembre de 2018.

En definitiva, procede subrayar la diferenciación que existe entre la garantía de inviolabilidad que se reconoce a los lugares de culto en atención a la necesidad de respetar el legítimo ejercicio de la libertad religiosa por medio de las manifestaciones que en aquellos lugares se producen, y la pretendida inmunidad de jurisdicción de tales lugares entendida como la afirmación de un ámbito o esfera completamente exenta de toda intervención del poder civil, esto es, como imposibilidad de que en ellos se desarrolle actuación alguna de los poderes públicos con pleno sometimiento a la legalidad y al control jurisdiccional, inmunidad de la que actualmente carecen esos lugares. Así lo pone de manifiesto, por una parte, el artículo 1.5 del AAJ, según el cual el alcance de la inviolabilidad de los lugares de culto es el que venga determinado por las leyes («los lugares de culto tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las leyes») y, por otra parte, la comparación entre el canon 1160 del derogado Código de Derecho Canónico de 1917, que declaraba rotundamente la exención de la jurisdicción civil de los lugares sagrados y el libre ejercicio en ellos de la jurisdicción eclesiástica (lo que posibilitaba el derecho de asilo en las iglesias que sancionaba el canon 1170), y el canon 1213 del vigente Código de Derecho Canónico, que se limita a establecer que «la autoridad eclesiástica ejerce libremente sus poderes y funciones en los lugares sagrados». En suma, el respeto a la inviolabilidad de los lugares de culto no supone, tanto con arreglo a la legislación canónica como con arreglo al ordenamiento jurídico propio de un Estado de Derecho, el reconocimiento de espacios sujetos



únicamente a la jurisdicción de las autoridades eclesiásticas, en el sentido antes indicado de ámbitos o esferas inmunes a la legítima intervención de las autoridades estatales, esto es, intervención ajustada a la legalidad vigente.

Como corolario de lo expuesto, la naturaleza de lugar de culto de la Basílica del Valle de los Caídos y el hecho de que no haya podido obtenerse durante la instrucción del expediente el consentimiento eclesiástico no impiden acordar la exhumación, sino que simplemente conducen a posponer a la fase de ejecución del acuerdo la habilitación correspondiente para la entrada en el referido lugar de culto de acuerdo con el ordenamiento jurídico, a partir del alcance expuesto de la inviolabilidad del mismo.

SEXTO.- De lo expuesto en los fundamentos anteriores se colige: i) la procedencia de la exhumación de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde a la luz del artículo 16.3 de la Ley 52/2007, para cuya ejecución habrán de tomarse las medidas oportunas derivadas de la naturaleza de lugar de culto de la ubicación donde yacen; y ii) la falta de idoneidad del destino designado por la familia como lugar de inhumación.

Es necesario, por consiguiente, analizar el adecuado modo de proceder para, al tiempo que se hace efectiva la exhumación, asegurar un destino para dichos restos mortales que resulte acorde con la voluntad de la familia y las exigencias de orden público, seguridad ciudadana y memoria histórica con la que aquélla ha de ser compatible.

A la hora de llevar a cabo el referido análisis, deviene imprescindible recordar las premisas sobre las que ha sido diseñado el cauce procedimental previsto en la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007. De un lado, el apartado 3 de dicha disposición dispone que, una vez incoado el procedimiento, se otorgue a los interesados un plazo de quince días en el que podrán disponer «sobre el destino de los restos mortales indicando, en su caso, el lugar de reinhumación, debiendo aportar en ese plazo los documentos y autorizaciones necesarias.» De otro lado, el mismo apartado señala a continuación que, «en caso de discrepancia entre los familiares, o si estos no manifestasen su voluntad en tiempo y forma, el Consejo de Ministros decidirá sobre el lugar de reinhumación, asegurando una digna sepultura. A estos efectos, queda legitimado para solicitar la asignación del correspondiente título de derecho funerario y para realizar el resto de actuaciones que procedan.»

De la exégesis de las previsiones transcritas es posible extraer dos conclusiones:

- Primera, que, en lo que concierne al destino de los restos mortales, se ha querido situar en primer término la voluntad de los familiares, sin que ello suponga, como se ha razonado detenidamente, otorgarles un derecho absoluto e incondicionado a que se preserve dicha voluntad, habida cuenta de que la misma ha de tener adecuado encaje en el resto del ordenamiento jurídico y ser viable atendiendo a parámetros de memoria histórica, orden público y seguridad ciudadana.
- Segunda, que, a falta de decisión de la familia, bien porque exista discrepancia entre sus miembros, bien porque la misma no sea tomada en tiempo y forma, corresponde al Gobierno la decisión sobre el lugar de inhumación. Por consiguiente, se habilita así al Consejo de Ministros para ejercitar una facultad decisoria subsidiaria, bajo la premisa de que la inacción de los familiares o sus discrepancias no pueden frustrar el objeto del procedimiento al que se refiere la disposición adicional sexta bis de la Ley 57/2007.





En otras palabras, se pretende otorgar prioridad a la familia para disponer sobre el destino de los restos mortales, pero también evitar bloqueos a través de la habilitación al Consejo de Ministros para decidir por sí mismo en caso de que tal bloqueo llegara a producirse.

Llegados a este punto, en el que es preciso abordar dicha cuestión, resulta pertinente hacerlo a partir de las premisas inspiradoras de la regulación examinada. Al extrapolar tales premisas al presente asunto, se considera procedente conceder a los familiares un plazo de quince días para que puedan disponer sobre el destino de los restos mortales de Francisco Franco Bahamonde, debiendo aportar en ese plazo los documentos y autorizaciones necesarias.

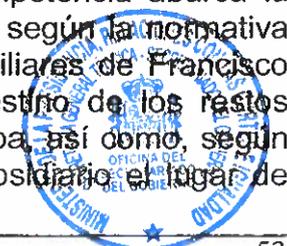
Así, atendiendo al espíritu y finalidad garantistas de la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007, se concede un nuevo plazo para tal pronunciamiento, dada la falta de idoneidad del expresado durante la instrucción del expediente. Esta opción es claramente respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se ha analizado en la presente resolución. El plazo de quince días es acorde con el máximo previsto para la duración del trámite de audiencia con carácter general en el artículo 82.2 de la LPACAP y coincide con el que fue otorgado al amparo del apartado 3 de la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007.

Esta vocación garantista del procedimiento debe respetar otros bienes jurídicos, siendo de especial importancia el respeto a la seguridad ciudadana y el orden público, en los términos expuestos en el informe del Delegado del Gobierno, así como la observancia de los objetivos de memoria histórica a los que obedece este expediente. Por este motivo, procede subrayar de nuevo que la facultad de los familiares de disponer sobre el destino de los restos mortales ha de ser compatible con los aludidos parámetros, lo que habrá de ser tenido en cuenta, una vez recibida la propuesta de los familiares, de cara a su determinación por el Consejo de Ministros.

En cualquier caso, procede advertir que, para la coyuntura de que no se realice propuesta unánime en tiempo y forma o la que se realice no sea viable, pervive la facultad del Consejo de Ministros de determinar con carácter subsidiario el lugar de inhumación.

En efecto, tal facultad es intrínseca al papel que otorga al Gobierno la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007, si bien con naturaleza subsidiaria, en defecto de disposición de la familia. Asimismo, ha de extenderse necesariamente al supuesto en el que el lugar designado por los familiares no resulte viable, como ha sucedido con el expresado originariamente, por los motivos que han sido desgranados. Y ello por cuanto corresponde al Gobierno asegurar la ejecución del presente acuerdo, para lo que resulta imprescindible que se designe un lugar de inhumación en el caso de que los familiares de Francisco Franco Bahamonde opten por no hacer uso de su facultad de señalar en tiempo y forma un destino de los restos mortales que no plantee problemas de seguridad ciudadana y orden público ni comprometa el objetivo de memoria histórica perseguido, en los términos señalados.

SÉPTIMO.- Finalmente, procede constatar la competencia del Consejo de Ministros para adoptar los actos que resulten necesarios para la ejecución de la presente resolución, mediante la que, una vez finalizada la instrucción, se pone fin al procedimiento. Dicha competencia abarca la ejecución tanto de los actos relacionados con el acceso a lugares de culto según la normativa vigente, como los que resulten oportunos a raíz de la concesión a los familiares de Francisco Franco Bahamonde de un plazo de quince días para que señalen el destino de los restos mortales, incluyendo la evaluación de la propuesta que, en su caso, se reciba, así como, según ha sido indicado, el ejercicio de la facultad de determinar con carácter subsidiario el lugar de





inhumación, para el caso de que no se formule propuesta unánime en tiempo y forma o sea inviable la que se realice.

En este sentido, debe invocarse de nuevo la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007, conforme a cuyo inciso final del apartado 3 el Consejo de Ministros «queda legitimado para solicitar la asignación del correspondiente título de derecho funerario y para realizar el resto de actuaciones que procedan». Se desprende con nitidez de la previsión reproducida la voluntad del real decreto-ley de encomendar al Consejo de Ministros, no sólo la incoación del expediente, la decisión de su continuación y su resolución final mediante acuerdo motivado, sino también la asunción de la ejecución del acuerdo que adopte. Así resulta, igualmente, del análisis del alcance de los actos de ejecución relacionados, en el bien entendido de que decisiones como la idoneidad de lugar de inhumación que, en su caso, se proponga o el ejercicio, en su defecto, de la facultad decisoria subsidiaria solamente pueden ser adoptadas por el Consejo de Ministros, como órgano competente para disponer en última instancia sobre el destino final de los restos mortales. Y es plenamente coherente con la atribución al Gobierno de la obligación de garantizar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 16.3 de la Ley 52/2007, asegurando en todo caso unas condiciones adecuadas de dignidad y respeto, tal y como afirma el apartado 1 de la disposición adicional sexta bis de dicha norma.

En suma, los argumentos anteriores, sumados a la trascendencia de los actos que la referida ejecución puede acarrear para la eficacia de esta resolución, lo que justifica por sí mismo su atribución al órgano que lo dicta, conducen a afirmar la competencia del Consejo de Ministros para adoptar los mencionados actos de ejecución. En la ejecución habrá de garantizarse, en todo caso, la dignidad y respeto en el tratamiento de los restos mortales, así como la intimidad y la libertad religiosa de los afectados, el derecho de los familiares a estar presentes en el momento de la exhumación, traslado e inhumación, así como la seguridad tanto de los restos mortales como del orden público.

En virtud de lo que antecede, a propuesta de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad y de la Ministra de Justicia, y previo informe de la Abogacía General del Estado, el Consejo de Ministros en su reunión del día 15 de febrero de 2019,

ACUERDA:

PRIMERO.- La exhumación de los restos de Francisco Franco Bahamonde de la Basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, procediendo para su ejecución de conformidad con lo dispuesto en el fundamento quinto.

SEGUNDO.- Conceder a los familiares de Francisco Franco Bahamonde un plazo de 15 días hábiles, a contar desde el día siguiente al de la notificación del presente acuerdo, para que señalen el destino de los restos mortales y, en su caso, un lugar de inhumación, distinto de la Cripta de la Catedral de la Almudena, inidóneo para este fin por las razones expuestas en el fundamento cuarto. En caso de que no se realice propuesta unánime en tiempo y forma o la que se realice no sea viable, pervive la facultad del Consejo de Ministros de determinar con carácter subsidiario el lugar de inhumación.

TERCERO.- Los actos que resulten necesarios para la ejecución de la presente resolución, incluyendo los relacionados con el acceso a lugares de culto según la normativa vigente, corresponderán al Consejo de Ministros.





El presente acuerdo se notificará a los familiares y demás interesados previstos en el artículo 4 de la LPACAP.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en el plazo de DOS MESES a contar desde el día siguiente al de su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPREMO, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; sin perjuicio del recurso de reposición que, con carácter potestativo, puede interponerse en el plazo de UN MES a contar desde el día siguiente al de dicha notificación, ante el Consejo de Ministros, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 123.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

ELÉVESE A CONSEJO DE MINISTROS

Madrid, ... de febrero de 2019

LA VICEPRESIDENTA DEL GOBIERNO Y

MINISTRA DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES
CON LAS CORTES E IGUALDAD

EL CONSEJO DE MINISTROS

aprobó la presente

propuesta en su reunión

del día 15 FEB 2019

Carmen Calvo Poyato

LA MINISTRA SECRETARIA

LA MINISTRA DE JUSTICIA,

Dolores Delgado García

DILIGENCIA: Para hacer constar que el documento que antecede, compuesto de 55 pag. es copia fiel del original que obra en el Archivo del Secretariado del Gobierno. 18 FEB 2019

Madrid.

LA DIRECTORA DE LA OFICINA

Cristina Carr

