

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/a) - 75/ 2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección CUARTA

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 4 de junio de 2019.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

HECHOS

PRIMERO.- Por escrito de 7 de marzo de 2019, la procuradora doña Dolores Martín Cantón, en representación de doña María del Carmen, doña María de la O, doña María del Mar, don José Cristóbal, doña María Aránzazu, don Jaime Felipe Martínez-Bordiu Franco y don Francisco Franco Martínez-Bordiu, bajo la dirección técnica del letrado D. Luis Felipe Utrera-Molina Gómez, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2019, por el que se pone fin al procedimiento tramitado al amparo de la Disposición Adicional 6.^a bis de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura para la exhumación de los restos mortales del que fuera Jefe del Estado Español, Excmo. Sr. don Francisco Franco Bahamonde; y, por otrosí digo, al amparo de los artículos 129 a 134 de la Ley de la Jurisdicción, solicitó, en virtud de las alegaciones expuestas en el citado escrito, la medida cautelar consistente en la suspensión de la eficacia del acuerdo y de los actos posteriores en ejecución de la misma, que pudieran ser adoptados por la Administración demandada.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en virtud del trámite conferido por diligencia de ordenación de 8 de marzo de 2019, formuló, por escrito de 25 de marzo siguiente, oposición a dicha solicitud de suspensión interesando su desestimación.

Por otrosí digo primero, alegó que contra el mismo acuerdo del Consejo de Ministros impugnado en este recurso se siguen los recursos 79/2019 y 88/2019, considerando que sería adecuada la deliberación y votación conjunta de las tres piezas. Y, por otrosí digo segundo, manifestó que esa Abogacía tiene conocimiento del acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de marzo de 2019, pero no dispone de copia del mismo y que procederá a su aportación en el momento en que le sea comunicado.

TERCERO.- Por providencia de 3 de abril de 2019 se dispuso requerir a la Administración, a través del Abogado del Estado, para que aportara a las

actuaciones los acuerdos dictados por el Consejo de Ministros con posterioridad al 15 de febrero de 2019, objeto de este recurso, y "en ejecución o en virtud del mismo, así como los antecedentes de ellos que no obren ya en el expediente remitido a la Sala".

CUARTO.- La procuradora Sra. Martín Cantón, en representación de los recurrentes, por escrito de 11 de abril de 2019, solicitó la ampliación del recurso al acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de marzo de 2019, por el que se adoptan medidas complementarias en el marco de lo previsto por el apartado segundo del acuerdo de 15 de febrero de 2019.

Y solicitó a la Sala que

«se pronuncie en los términos solicitados en el citado escrito de interposición sobre la medida cautelar allí instada, haciendo extensiva la misma al Acuerdo de 15 de marzo objeto de la ampliación que solicitamos en el presente escrito, por constituir el mismo un acto de ejecución del anteriormente dictado».

QUINTO.- Por auto de 7 de mayo del corriente, se acordó ampliar este recurso al acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de marzo de 2019.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *La cuestión a resolver en este incidente.*

En los antecedentes hemos recogido los datos relevantes de la tramitación de este recurso contencioso-administrativo. De ellos ahora importa solamente recordar que el recurso lo dirigen los nietos de don Francisco Franco Bahamonde contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2019 que acordó exhumarlo y contra el de 15 de marzo de 2019 que decidió proceder a la exhumación de sus restos el 10 de junio de 2019, a las 10:00 horas, y trasladarlos al cementerio de El Pardo-Mingorrubio.

Son notorios los hechos que han precedido a esos acuerdos y también el debate que ha originado su fundamentación. Por tanto, no consideramos preciso recoger en este momento ni los unos ni el otro más allá de en la medida en que resulte imprescindible para reflejar los argumentos de los recurrentes y del Abogado del Estado.

En cambio, sí es necesario precisar el objeto de este incidente: consiste en decidir si la preservación de la finalidad legítima del recurso interpuesto exige la adopción de la medida cautelar que solicitan los recurrentes o si, por el contrario, hay razones que imponen su denegación. Los restantes extremos suscitados en los escritos presentados por los nietos de don Francisco Franco Bahamonde serán afrontados en la sentencia que en su día dictemos.

Por último, es menester dejar constancia de que la Sala no ha resuelto con anterioridad la pretensión cautelar porque el acuerdo de 15 de febrero de 2019 no implicaba por sí mismo la exhumación ya que, expresamente, se remitía a ulteriores actuaciones y porque el de 15 de marzo de 2019 fijó en el 10 de junio de 2019, a las 10:00 horas esa exhumación.

No obstante, llegados al día de la fecha y manteniéndose la controversia, debemos pronunciarnos ya para que sea efectivo el derecho a la tutela judicial que asiste a recurrentes y recurrido.

SEGUNDO.- *Los argumentos de las partes.*

A) Las razones del escrito de interposición.

Los recurrentes aducen argumentos encaminados a poner de manifiesto que, de no acordarse la medida cautelar que piden, su recurso perderá la finalidad legítima y, también, sostienen que su pretensión de fondo goza de la apariencia de buen derecho.

En realidad, su escrito de interposición hace más hincapié en esto último pues expone, en primer lugar, las razones por las que les asiste el *fumus boni iuris*: se refiere al carácter radicalmente inconstitucional de la norma que sirve de fundamento a la adopción de los acuerdos --es decir 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, introducida por el Real Decreto-Ley 10/2018, de 24 de agosto--, a la que imputa la vulneración de los artículos 86, 14, 16 y 18.1 de la Constitución. Además, sostiene que la actuación gubernamental vulnera la legalidad ordinaria por la falta de competencia del Consejo de Ministros para acordar la exhumación de la Basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos sin el consentimiento eclesiástico. Imputa, también, al proyecto de exhumación gravísimos incumplimientos de la legalidad urbanística y de la normativa en materia de sanidad mortuoria por la condición de cadáver embalsamado de los restos mortales. Y niega todo fundamento a las razones aducidas por el Consejo de Ministros para rechazar la alternativa de trasladar los restos de don Francisco Franco Bahamonde a la sepultura que tiene su familia en propiedad en la catedral de La Almudena.

Sobre el *periculum in mora* aduce, después y de manera más concisa, que no suspender la decisión de exhumar a su abuelo y que esta se llevara a cabo privaría a su recurso, dirigido precisamente contra la exhumación, de su finalidad legítima. Añade que, siendo cierto que, de prosperar su recurso y declararse contraria a Derecho la actuación impugnada, sería materialmente posible, sepultar de nuevo los restos donde han estado y están en estos momentos, no se evitaría a los recurrentes el daño que a ellos, a sus allegados y al exhumado se les habría causado y tendrían que pasar por el amargo trago de ver cómo se procede a la exhumación de su ser querido. Afirma el escrito de interposición que no se puede exigir a una familia que soporte el desgarramiento que eso supone cuando, además, está guiado por el indisimulado deseo de humillar póstumamente la memoria de su pariente y se les impone el lugar del

nuevo enterramiento. A ninguna familia, concluye el escrito de interposición, se le debe obligar a pasar por dos exhumaciones y tres entierros.

Termina el escrito de interposición alegando la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 20 de septiembre de 2018 en el caso Solska y Rybicka contra Polonia.

(B) Las razones del Abogado del Estado.

Nos recuerda, en primer lugar, la motivación del acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2019 y los términos del debate que cabe en esta pieza de medidas cautelares. A continuación, niega que a los recurrentes les asista la apariencia de buen derecho, primero por el criterio restrictivo con el que la aprecia la jurisprudencia y, después, porque, según explica, ni la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007 incurre en inconstitucionalidad, ni los acuerdos se apartan de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Apunta, asimismo, que la decisión del Consejo de Ministros no desconoce la naturaleza de lugar de culto de la Basílica en que se halla la sepultura pero, dice, no está al margen de las competencias de la autoridad civil y señala que, para ejercerla en este caso, se ha requerido la autorización de la comunidad benedictina a cuyo cargo se encuentra la Basílica.

Rechaza, igualmente, que la actuación impugnada vulnere la legalidad urbanística ni en materia de sanidad mortuoria y concluye que las alegaciones de los recurrentes no permiten *ictu oculi* apreciar la apariencia de buen derecho que afirman.

En cuanto al *periculum in mora* dice el Abogado del Estado que no existe. Sobre todo, porque la situación que se produciría de no suspenderse la exhumación y estimarse después el recurso contencioso-administrativo es perfectamente reversible y podría llevarse a cabo con pleno respeto a la dignidad debida al difunto y a sus familiares y a sus convicciones religiosas.

Y, tampoco produciría el nuevo enterramiento en la Basílica inconvenientes urbanísticos o de sanidad mortuoria. Termina observando que el Convenio para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales no reconoce un derecho absoluto e incondicionado de los familiares a disponer de los restos mortales de sus parientes que obste o impida la realización de exhumaciones siempre que se efectúen de acuerdo con la ley y sean fundadas y proporcionadas a las circunstancias subyacentes a la aplicación del ordenamiento jurídico.

Añade el Abogado del Estado a lo que ya nos ha dicho que, en este caso, el interés general vinculado a la decisión del Consejo de Ministros impone su cumplimiento. Aquí se refiere al mandato del artículo 16.3 de la Ley 52/2007 que configura al Valle de los Caídos como “lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda”.

TERCERO.- *El juicio de la Sala.*

A fin de resolver la pretensión cautelar que se nos ha sometido la Sala considera suficiente atender a la preservación de la finalidad legítima del recurso, que es el primero de los criterios que sienta la Ley de la Jurisdicción en su artículo 130.1 para la ponderación de los intereses en juego. Esto significa que no entraremos en las razones con las que los recurrentes quieren poner de manifiesto la apariencia de buen derecho que, dicen, les asiste ni tampoco en las que nos da el Abogado del Estado para rechazarla. Somos conscientes, desde luego, del criterio restrictivo que observa al respecto la jurisprudencia pero, como acabamos de decir, vamos a decidir este incidente exclusivamente en virtud del criterio antes apuntado.

Es verdad que la Ley de la Jurisdicción, en ese artículo 130.1 no impone la adopción de la medida cautelar pues dice que “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la (...) ejecución del acto (...) pudier(a) hacer

perder su finalidad legítima al recurso”. A su vez, es igualmente cierto que, a continuación el apartado 2 de ese mismo artículo dice, que esa medida “podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”. Por su parte, a fin de determinar cuándo se debe considerar que puede perder su finalidad legítima el recurso, la jurisprudencia atiende a si, de no adoptarse la cautela, se producirá o no una situación irreversible.

Razonando desde esa perspectiva, es cierto que, si no suspendemos la exhumación y esta se lleva a efecto, nada impediría que, de estimarse el recurso contencioso-administrativo se devolvieran los restos de don Francisco Franco Bahamonde al lugar en que se hallan desde noviembre de 1975. En este sentido, no habría una irreversibilidad material. Ocurre, sin embargo, que, en tal hipótesis, la situación que se produciría sería extraordinariamente perjudicial no sólo para los recurrentes sino también para el interés público por las singulares y únicas circunstancias que concurren en este caso.

Dicho de otro modo, la mera posibilidad de que prosperaran las pretensiones de los recurrentes cuando ya se hubiere producido la exhumación y fuere preciso llevar de nuevo los restos mortales exhumados a su actual sepultura, comportaría un muy grave trastorno para los intereses públicos encarnados en el Estado y en sus instituciones constitucionales, habida cuenta de la significación de don Francisco Franco Bahamonde. El hecho de que fuera Jefe del Estado desde el 1 de octubre de 1936 hasta su fallecimiento el 20 de noviembre de 1975 atribuye a toda la controversia unos rasgos especiales que no se pueden ignorar y que permiten atribuir un perjuicio irreversible a la ejecución de la decisión del Consejo de Ministros de exhumar sus restos si ésta, después, fuere considerada contraria a Derecho.

A la anterior valoración circunstanciada que, al entender de la Sala, pone de relieve la coincidencia de los intereses particulares de los recurrentes y del interés general en que se debe acordar la suspensión cautelar de la exhumación en tanto dictamos sentencia, se ha de añadir otro argumento.

No hay duda de que en los acuerdos del Consejo de Ministros que han dispuesto la exhumación, que se lleve a cabo el 10 de junio de 2019, a las 10:00 horas, y que se trasladen los restos mortales de don Francisco Franco Bahamonde al cementerio de El Pardo-Mingorrubio está también presente el interés general. El que expresa la Ley 52/2007. Pues bien, teniendo en cuenta el estado actual de las actuaciones y que la tramitación restante no debe presentar, en principio, particulares dificultades, no hay razones que impidan resolver el recurso contencioso-administrativo en un plazo razonable. Por tanto, los intereses públicos vinculados a la exhumación que ahora suspendemos no se verán afectados por un tiempo prolongado si es que, finalmente, debieran prosperar.

CUARTO.- Costas.

A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas en este incidente dadas las dudas de hecho y de Derecho que suscitan las cuestiones controvertidas.

Por todo lo dicho,

LA SALA ACUERDA:

(1.º) Suspender cautelarmente la exhumación de los restos mortales de don Francisco Franco Bahamonde dispuesta por el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2019 y fijada por el de 15 de marzo de 2019 para el 10 de junio de 2019.

(2.º) No hacer imposición de costas.



Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.