

Algunes reflexions sobre la Llei 20/2022 de memòria democràtica

Voluntariosa políticament, poc rigorosa jurídicament

Remedio Sánchez Ferriz¹

Un treball recent de Rollnert Liern (2023) m'ha portat a reflexionar sobre els principals elements de l'anomenada Llei de Memòria Democràtica, que no sembla gaire coherent amb una Constitució que es va esforçar a ser oberta en tots els elements principals defugint el recurs a la democràcia militant. El caràcter d'expert de l'autor quant a la llibertat ideològica (a què ja va dedicar la seva tesi doctoral i ha continuat treballant aquestes qüestions a mesura que la jurisprudència i la legislació han introduït novetats que inclouen complexitat en la interpretació constitucional i no només des dels nostres òrgans nacionals sinó també des de les aportacions dels tribunals internacionals i en especial del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH)), m'anima a tractar d'exposar allò essencial (i en la forma més senzilla possible) del problema que ell ofereix en profunditat des de la rigorosa investigació.

Crida l'atenció amb tota raó sobre l'extensa Exposició de Motius (ni més ni menys que 14 pàgines), cosa que posa en relleu que els seus autors han d'esforçar-se en l'explicació de la seva necessitat en el marc d'una Constitució oberta en què ni tan sols la defensa del separatisme es prohibeix. Crec que els principis que l'ordenament estableix com a pilars són més que suficients per conèixer quan el suposat exercici d'una llibertat s'ha excedit i, en conseqüència, s'ha produït abús del dret més que no pas l'exercici constitucionalment protegit d'una llibertat pública. Així ho he defensat moltes vegades sobre les llibertats públiques en general, i he destacat la força que en particular adquireix la llibertat d'expressió quan es troba enfortida per una arrel o base ideològica.²

És clàssica la distinció entre les llibertats antigues (caracteritzades per l'acció i/o participació) i les modernes (en què es garanteix un espai de no invasió en la pròpia llibertat que seria així "llibertat de resistència" davant de tota intromissió). Per això, crida l'atenció aquesta llei que preveu sancions (i, a més, de caràcter administratiu) a qui pugui promoure o fins i tot no impedir l'apologia del franquisme. I crida l'atenció perquè només es tracta d'aquesta idea política referida al règim precedent, no d'altres que també

poguessin comportar greus atemptats al pluralisme i a tants altres principis propis de tota democràcia. Sembla que importa a la llei només el nostre passat immediat, que és el que cal “esborrar”. D’alguna manera la idea em porta a la memòria aquesta nova pràctica que avui es cultiva a les xarxes socials respecte de persones i grups que es diu *cultura de la cancel·lació*.³

Ben mirat, aquest amplíssim àmbit de llibertat de què gaudeix el ciutadà exigeix un altre principi no exprés ni molt estudiat, però que obligaria tots els poders públics a actuar en la forma més neutral possible. Rollnert (2023, 126) així ho defensa a partir de la doctrina del TC: el principi de neutralitat estatal garantiria als ciutadans una “plena immunitat de coacció de l’Estat i de qualsevol grup social” (SSTC 24/1982, FJ 1 i 166 /1996, FJ 2, ATC 617/1984, FJ 4, i STC 141/2000, FJ 8) garantint la indemnitat davant de compulsions externes ideològicament motivades. En el mateix sentit, la STC 120/1990 rebutja la possibilitat que l’exercici del vessant extern de la llibertat ideològica comporti “sanció o demèrit” (FJ 10) i la STC 208/1989 identifica una de les possibles lesions de la llibertat ideològica amb la “coacció jurídica” mitjançant la imposició de sancions o represàlies (FJ 6).

La neutralitat ideològica de l’Estat seria, així, un principi constitucional implícit, derivat del valor del pluralisme i dotat de la màxima protecció (art. 53.2 CE) en projectar-se i concretar-se en el dret fonamental a la llibertat ideològica. Per això Rollnert adverteix la preocupació del legislador per dotar de força aquest nou il·lícit que, en principi, xoca obertament amb la doctrina tant del TC com del TEDH en defensa de la llibertat ideològica. Per això ens parla de l’adopció de certes cauteles per part de la llei: no n’hi ha prou amb la invocació del franquisme perquè concorri l’il·lícit, sinó que, acollint-se a la doctrina del discurs de l’odi, també haurà de comportar certa humiliació de les víctimes (2023, 129).⁴

Resulta molt curiosa l’exposició del pensament del legislador que ha introduït il·lícits sancionables administrativament, sense que ho estiguin penalment, però aplicant analogies del que disposa el Codi Penal per al discurs de l’odi o l’apologia del genocidi i del terrorisme a manifestacions eventuais a favor del règim precedent. Curiosa manera d’aplicar el principi d’analogia: a la meua època d’estudis, no hauria resultat possible; però avui, com ja ha posat en relleu la doctrina –especialment sobre el terrorisme– sí que s’han anat administrativitzant moltes actuacions punitives dels poders públics.⁵

Recentment es parla de lleis polítiques (o si es prefereix, ideològiques), cosa que és, en si mateixa, un oxímoron, una contradicció difícilment acceptable des de la perspectiva de la doctrina de les fonts del dret, ja que acabariem exigint com a dret allò que en puritat no és tal o no ho és segons els canons clàssics del que hagi de ser la llei.

Però, tot i no ser tan antiga com la llei la democràcia, també aquesta ha afegit i aportat les seves pròpies regles, entre les quals no és menor l'objectivitat amb què han de desenvolupar els seus continguts i la seva aplicació tots els operadors jurídics, sense que la resolució de casos concrets pugui dependre de sentiments o de visions ideològiques més o menys subjectives, i amb tal amplitud de subjectes hipotèticament "ofendibles", que resultaria ben difícil determinar grups o col·lectius per circumstàncies especials que serien susceptibles de ser humiliats; com si passava, en canvi, en el cas jutjat pel TC sobre Violeta Friedman, humiliada per declaracions negacionistes de León Degrelle que, d'aquesta manera, humiliava també els que van patir als camps de concentració alemanys i en particular tota la família de la demandant en empara, de la qual resultava ser ella l'única supervivent.

No obstant això, de poder jutjar com a política una llei sens dubte aquesta seria apropiada com a exemple paradigmàtic. No només per les debilitats al·ludides quant a la més o menys vetllada utilització de l'analogia en el dret públic, sinó també per la tan raonada justificació d'amplis espais no ben delimitats tant pel que fa als eventuais infractors com als hipotètics ofesos.

Però hi ha una altra regla democràtica que queda absolutament ignorada i desconeguda en aquesta llei. A les meves classes solia preguntar als alumnes si els semblava que en un règim democràtic les mesures sancionadores havien de ser preventives o repressives. No fa gaire vaig trobar un vell alumne que m'ho va recordar i també em va recordar la facilitat amb què queien tots en la significació vulgar de la idea de repressió per concloure sempre, i equivocadament, que allò propi de la democràcia no era el dret repressiu sinó el preventiu. I això és justament el que el legislador ha fet: no cal esperar sempre l'acció il·lícita, només cal aproximar-se a la idea o tenir la idea per prendre mesures preventivament.

Rollnert ho expressa així: "La Llei sanciona actes que permetin o facilitin la lliure expressió d'opinions que el legislador considera incompatibles amb la democràcia espanyola, no per raó de la seva perillositat per al règim democràtic actualment existent sinó per suposar 'l'exaltació de l'alçament militar o el règim dictatorial' (Preàmbul, apt. IV), és a dir, per l'exercici de la llibertat d'expressió amb relació a un fet històric esdevingut fa més de 85 anys i a un règim polític extingit fa més de 50 anys" (2023, 138), ignorant així allò que ha decidit el Comitè de Drets Humans de Nacions Unides.⁶

En definitiva, comparteixo amb Rollnert la idea que cada ordenament ha d'entendre's en els seus propis termes, circumstàncies i principis: "Si no existeix en el nostre ordenament constitucional una democràcia militant que proscrigui la lliure transmissió d'opinions hostils a la Constitució vigent, encara menys es pot pretendre una 'democràcia militant retrospectiva' que

LES IDEOLOGIES: FÀBRICA DE LLEIS

proclami, com fa el Preàmbul, 'la incompatibilitat de la democràcia espanyola amb l'exaltació de l'alçament militar o el règim dictatorial' (apt. IV)" (2023, 139).

La pura lògica jurídica impedeix que es jutgi amb caràcter retroactiu accions que, d'altra banda, han estat objecte d'amnistia des del 1977. I si es tracta d'idees, pensaments o opinions, caldrà que es justifiqui quan i per què la llibertat d'expressió s'ha excedit en ús segons les regles tantes vegades explicades pel TC (Sánchez, 2004).

Aquesta és la qüestió: o es tracta d'historiadors de professió o es tracta d'opinions sobre records tan passats i desconeguts per les noves generacions, que és difícil imaginar que puguin posar en perill el nostre ordenament vigent. Més aviat és de témer que aquest tipus de preocupacions dels nostres representants portin a la ment o portin a diverses interpretacions els qui ni van conèixer ni han pogut conèixer aquests fets ja històrics.

Però encara és més curiós que es reconeixin legitimacions indefinides i indeterminades per denunciar en franca contradicció amb l'ordenament que limita a 80 anys aquesta facultat per part del Ministeri fiscal a falta de familiars legítims.⁷ Tot això si no és que s'estigui parlant de delictes de genocidi, de lesa humanitat, etc. Això complicaria molt més la problemàtica que pot produir una llei que, si no innecessària, més aviat sembla poc rigorosa jurídicament, encara que molt voluntariosa políticament.

Referències

Castellanos Claramunt, J. (2023). *La cultura de la cancelación y su impacto en los derechos fundamentales. Especial análisis de su afectación a la libertad de expresión*. Atelier.

Rollnert Liern, G. (2023) "Memoria democrática" versus libertad ideológica: la democracia militante retrospectiva, en UNED. *Revista de Derecho Político* n. 118, setembre-desembre, 2023, pàg. 121-14.

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

Sánchez Ferriz, R. (2023). *Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento constitucional español* (La voz de la sociedad civil), València: Tirant Lo Blanch.

Sánchez Ferriz, R. (2004). *Delimitación de las libertades informativas*. València: Tirant Lo Blanch.

¹ Catedràtica de Dret Constitucional, Universitat de València.

² Sánchez Ferriz, *Delimitación de las libertades informativas*. Tirant, 2004.

³ Molt recentment, Jorge Castellanos Claramunt. *La cultura de la cancelación y su impacto en los derechos fundamentales. Especial análisis de su afectación a la libertad de expresión*. Atelier, 2023

⁴ “El legislador no ha estat aliè a la dificultat de conciliar les mesures sancionadores de l’apologia del franquisme amb la protecció constitucional de les llibertats ideològica i d’expressió i ha tractat de desactivar cautelament l’eventual inconstitucionalitat d’aquestes”.

⁵ Per tots, Graziani, C. (2023). *Sicurezza i Diritti in tempi di Terrorismo Internazionale. Tra Endiadi i Antitesi*. Nàpols: Editoriale Scientifica.

⁶ Nota del mateix autor que, a més, la completa amb manifestacions semblants del Parlament europeu: Observació General Núm. 34. Article 19. Llibertat d’opinió i llibertat d’expressió, de 12 de setembre del 2011, CCPR/C/GC/34, apt. 45. Sobre la base d’aquesta Observació General, són diversos els informes de relators i experts de Nacions Unides que recomanen als Estats derogar les anomenades “lleis de memòria històrica” perquè les consideren contràries al lliure debat històric i a la llibertat de recerca: Informe del Relator Especial sobre la promoció i protecció del dret a la llibertat d’opinió i d’expressió, de 7 de setembre de 2012, A/67/357, apt. 55 i 78; Informe de l’expert independent sobre la promoció d’un ordre internacional democràtic i equitatiu, Alfred-Maurice de Zayas, d’1 de juliol de 2013, A/HRC/24/38, apt. 38 i 56 (e); i el del mateix títol i autor, de 7 d’agost de 2013, A/68/284, apt. 51 i 69 j).

⁷ Segons art 4.2 de la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l’honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge.