

A LA EXCMA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPREMO

D^a ANA LLORENS PARDO, Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre y representación de la COMUNIDAD BENEDICTINA DE LA ABADÍA DE LA SANTA CRUZ DEL VALLE DE LOS CAÍDOS, perteneciente a la CONGREGACIÓN SOLESMENSE DE LA ORDEN DE SAN BENITO, según acredito mediante poder general para pleitos que incorporo, ante esa Excma. Sala comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que con fecha 19 de febrero ha sido notificado, a esta Comunidad, *Resolución del Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2019*, por el que se 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 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”.

Que entendiendo que el meritado acuerdo es contrario al Ordenamiento jurídico, por medio del presente escrito interpongo contra el mismo, de

conformidad con el **art. 45.1 LJCA, RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.**

Con arreglo al **art. 45.2 de la LJCA**, acompaño:

- a) Escritura de poder bastante con la que se acredita mi representación **(DOC 1)**.
- b) Certificado de inscripción en la Dirección General de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia de mi condición de representante legal de la actora, como Prior de la misma **(DOC 2)**.
- c) Certificación expedida por el padre Secretario sobre el Acuerdo adoptado por el Capítulo de la Comunidad en cuanto a la decisión de plantear el presente recurso contencioso-administrativo **(DOC 3)**.
- d) Copia del Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado **(DOC 4)**.

En virtud de lo expuesto

A LA EXCMA. SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO SUPLICO: Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y por interpuesto **RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO** contra el Acuerdo del Consejo de Ministros referenciado y, previos los trámites preceptivos, reclame el expediente administrativo que dio lugar al Acuerdo impugnado (*18N 84/2018*), con el fin de que me sea entregado para formalizar demanda.

OTROSÍ DIGO: Que interesa a mi mandante que se acuerde, con carácter de medida cautelar, la **SUSPENSIÓN DE LA EJECUTIVIDAD DEL ACUERDO IMPUGNADO** con arreglo a los **arts. 129 y 130 LJCA**, en base a las siguientes:

ALEGACIONES FÁCTICAS

PRIMERA.- DECRETO LEY 10/2018 Y LOS ACUERDOS ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y LA SANTA SEDE PARA ASUNTOS JURÍDICOS DE 3 DE ENERO DE 1979

Según quedó ya expuesto en el escrito de alegaciones presentado por esta parte, existe, como enseguida analizaremos, entre el **Real Decreto-Ley 10/2018** y el *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede para asuntos jurídicos*, una evidente contradicción que, por aplicación del *principio de prevalencia*, debería resolverse en favor del segundo.

1.1.- Real Decreto-Ley 10/2018. Nula mención a la “inviolabilidad” de los “lugares sagrados”

El pasado 24 de agosto de 2018, el Gobierno, haciendo uso de la facultad que le otorga el **art. 86 CE**, dictó el **Real Decreto-Ley 10/2018** que, publicado al día siguiente, fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 20 de septiembre siguiente.

En el mencionado Decreto-Ley, tras una *Exposición de Motivos* de la que se deduce, inequívocamente, que el principal objetivo de la norma era exhumar los restos mortales, únicamente, de D. Francisco Franco Bahamonde, se añade un nuevo *apartado 3* al **art. 16 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de Memoria Histórica**, que dispone:

“3. En el Valle de los Caídos solo 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”

Además, incorpora a dicha ley una **Disposición Adicional Sexta bis** que establece un procedimiento para el cumplimiento de lo dispuesto en el precepto antes transcrito.

Sea como fuere, ninguna de las normas mencionadas contiene referencia alguna al hecho de que los restos mortales estén o no inhumados en *“lugar sagrado”*, ni mucho menos al consenso con las familias de los difuntos, a las que solo se reconoce el derecho de indicar, en su caso, el lugar de reihumación, disponiendo que si no hubiera acuerdo entre ellos o no manifestasen nada al respecto, será el Consejo de Ministros el encargado de asegurar una *digna sepultura*.

1.2.- Acuerdos con la Santa Sede: “inviolabilidad” de los “lugares de culto”

El *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979* (ratificado por el Instrumento de 4 de diciembre siguiente) dispone, en su **artículo I.5**, lo siguiente:

“Los lugares de culto tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las leyes. No podrán ser demolidos sin ser previamente privados de su carácter sagrado. En caso de su expropiación forzosa será antes oída la Autoridad eclesiástica competente”.

[Énfasis añadido]

Las normas que regulan los *“lugares de culto”* o *“lugares sagrados”* de la Iglesia Católica se contienen en el **Código de Derecho Canónico (CDC)**, cuyo texto vigente es el promulgado por el **Papa San Juan Pablo II el 25 de enero de 1983 (Libro IV, Parte III, Título I)** y así, en el **Canon 1205**, podemos leer:

“Son lugares sagrados aquellos que se destinan al culto divino o a la sepultura de los fieles mediante la dedicación o bendición prescrita por los libros litúrgicos”.

A lo que el **Canon 1213** añade:

“La autoridad eclesiástica ejerce libremente sus poderes y funciones en los lugares sagrados”.

Así pues, el reconocimiento de *“inviolabilidad”* de los lugares sagrados implica la exclusiva competencia sobre los mismos de la Iglesia Católica (idéntico tratamiento tienen otras religiones –*ver leyes 24, 25 y 26/1992, de 19 de noviembre*–).

La propia **Ley 52/2007 (LMH)** dispone, en su **art. 16.1**, lo siguiente:

“El Valle de los Caídos se regirá, estrictamente, por las normas aplicables, con carácter general, a los lugares de culto y a los cementerios públicos”.

[Énfasis añadido]

Pero es que, al margen de lo anterior, la situación de inviolabilidad y exclusiva competencia de la Iglesia en *“lugares sagrados”* referida, en particular, al Valle de los Caídos, ha venido a ser **constantemente reconocida por el Estado**. Efectivamente:

a) La *“Comisión de expertos”* que elaboró un *Informe sobre el Valle de los Caídos, el 29 de noviembre de 2011 (DOC 1C)*¹ –y que pretende llevar a cabo el **Real Decreto-Ley 10/2018-** señala, en su *pág. 8 “in fine”*, lo siguiente:

¹ Los documentos incorporados a la solicitud de la medida cautelar de suspensión van numerados, correlativamente, de 1 al 14 añadiendo la letra “C” (de cautelar) para mayor facilidad en la formación de pieza separada.

“En todo caso, calificada la Basílica como “lugar de culto”, es la iglesia, como fija la normativa vigente, la que tiene las competencias legales en su interior. Cualquier actuación al respecto –obras en su interior, inhumaciones, exhumaciones o traslados- deberá contar con la autorización expresa de la iglesia”.

[Énfasis añadido]

A continuación, el propio informe reconoce que *“al Abad compete la suprema autoridad en la Basílica y sus dependencias de acuerdo con el vigente Derecho Canónico (Códex iuris canonici, de 1983)...”* (pág. 9), para afirmar, poco después, la competencia estatal en todo el Valle, *“excepto en la Basílica”*.

Igualmente, en las *págs. 9 y 10*, el mismo informe confirma:

“... la inviolabilidad de la Basílica por parte de la autoridad estatal a efectos de realizar modificaciones en la misma o remover las sepulturas en ella existentes, sin previo consentimiento de la autoridad eclesiástica. Se trata de un lugar sagrado (CIC c.1205) sometido a la autoridad eclesiástica correspondiente (CIC c.1213)” (pág. 9)

“Dicha autoridad es el Abad de la Santa Cruz del Valle o su último superior, el Romano Pontífice (CIC c.331 y 592 y siguiente). La inviolabilidad está garantizada por los Acuerdos de 1979 entre el Estado y la Santa Sede que, dado su carácter de tratado internacional, reconocido por el Tribunal Constitucional desde la STC 24/1982, tiene jerarquía supra-legal, según resulta de la constante interpretación jurisprudencial del art. 96 de la Constitución y de su precedente el art. 1.5 del Código Civil (Reforma de 1974)” (pág. 10)

[Énfasis añadido]

b) Del mismo modo, el **Dictamen del Abogado General del Estado, de 9 de marzo de 2017 (DOC 2C)**, tras argumentar sobre la consideración o no como cementerio público o religioso de los osarios adyacentes a las distintas capillas de la Basílica (por entender que eran exteriores a la misma) añade:

“...de entenderse que se trata de un lugar sagrado, por constituir un cementerio de la Iglesia, gozarían del privilegio de inviolabilidad y quedarían sometidos a la autoridad eclesiástica”

[Énfasis añadido]

Este mismo dictamen finaliza (*Conclusión PRIMERA*) recordando que los lugares sagrados **tienen** *“la garantía de la inviolabilidad a que se refiere el art. I.5 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979”*, bajo la competencia del Abad, con arreglo a lo dispuesto en el **Canon 1213 del Código de Derecho Canónico**.

c) La misma postura mantuvo ya la **Abogacía General del Estado** en su **Dictamen de 7 de septiembre de 2011** (DOC 3C) en cuyo *Fundamento VI* (“*Normativa Canónica*”) *“in fine”*, podemos leer:

“En definitiva, ... el art. I.5 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979 -con la eficacia jurídica que el art. 96 de la Constitución atribuye a los Tratados internacionales- garantiza la inviolabilidad de los lugares de culto con arreglo a las leyes, garantía que, en su condición de lugar consagrado al culto católico, resulta aplicable a la Basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos.

Ello determina que las labores de inhumación, EXHUMACIÓN, ordenación y acondicionamiento de restos que se consideran, en la medida en que requieran el acceso u ocupación del citado lugar de culto, exijan el consentimiento de la autoridad eclesiástica competente”.

[Énfasis añadido]

d) Incluso en el seno del procedimiento contenido en la nueva **Disposición Adicional Sexta bis de la LMH**, que da origen a estas actuaciones, tras obviarse, inicialmente — como acabamos de ver —, toda referencia a los lugares sagrados, es adoptado, por el Consejo de Ministros, el *Acuerdo de 8 de noviembre de 2018*

(DOC 4C) que ordena la continuación de su tramitación, al mismo tiempo que reconoce, en su **Fundamento CUARTO**, que los restos afectados reposan:

“... en lugar de culto y, por tanto, inviolable, con base en lo previsto en el art. I.5 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, por lo que se hace necesario recabar las autorizaciones precisas o llevar a cabo las medidas legales oportunas para el acceso a la Basílica a efectos de proceder, en su caso, a la exhumación”.

[Énfasis añadido]

SEGUNDA.- DENEGACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ECLESIAÍSTICA NECESARIA PARA LA EXHUMACIÓN DE LOS RESTOS OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

En cumplimiento del antedicho *Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2018*, sobre continuación del procedimiento, y en base al **art. I.5 del Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos**, la Excm. Sra. Ministra de Justicia solicitó del Prior de esta Abadía **autorización para el “acceso” a la Basílica** a fin de poder ejecutar, en su caso, la resolución que, finalmente, se adopte respecto del procedimiento de exhumación de los restos cadavéricos de D. Francisco Franco Bahamonde.

A este respecto debemos decir, simplemente que, como hemos argumentado, la autorización que había de solicitarse no era solo de “acceso”, sino de “exhumación” de un enterramiento en “lugar sagrado” y el Prior de la Abadía contestó **denegando dicha preceptiva autorización** (DOC 5C); decisión que motivó debidamente, aludiendo a la falta de consentimiento de los familiares del finado y a la subsiguiente grave conculcación de principios religiosos y morales esenciales en que incurriría si permitiese la exhumación, con afectación a derechos fundamentales y causación, a aquellos, de un perjuicio irreparable.

En los últimos días, se ha publicado en los medios –por clara iniciativa del Gobierno- que la Santa Sede había autorizado la exhumación de los restos de Franco cuando ello era, literalmente, inexacto.

Al parecer, con fecha 18 de enero de 2019, la Excma. Sra. Vicepresidenta del Gobierno envió una carta al Secretario de Estado de la Santa Sede en términos claramente conminatorios, en la que se resaltaba que la alegación del *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede* respecto a la “inviolabilidad” de los lugares sagrados, causaba al Gobierno “una profunda inquietud”, para terminar señalando que la oposición de la Abadía podría crear “un conflicto jurídico y político que no deseamos en absoluto”.

De la misma manera, en la propia carta, la Sra. Vicepresidenta del Gobierno reconocía que la negativa autorización “impide esta exhumación”, como no podía ser de otra manera.

La referida carta fue contestada por el Secretario de Estado de la Santa Sede señalando, entre otros extremos, que:

“La controversia, que ahora es objeto de un recurso ante el Tribunal Supremo, es competencia del Estado español y está sometida al Derecho y a la Justicia española”

Añadiendo que la Iglesia no se opone a la exhumación de los restos del General Franco “si la autoridad competente así lo dispone”; autoridad competente que es, indiscutiblemente, este Tribunal Supremo, asegurando que la Comunidad benedictina, como es obvio, observará plenamente el ordenamiento jurídico (en el que se integra el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 1979) y las decisiones firmes de las autoridades civiles.

Se aportan sendas cartas publicadas por los medios como **DOC 6C**.

En definitiva, lo que la Santa Sede viene a confirmar es que si no hay acuerdo entre el Gobierno y la familia, la Iglesia no puede autorizar la

exhumación de los restos de D. Francisco Franco Bahamonde, sin perjuicio de someterse a la decisión final del Tribunal Supremo, y así lo aclaró, meridianamente, el portavoz de la Conferencia episcopal española, D. Luis Argüello, en un programa radiofónico (COPE) el pasado día 21 de febrero que, a continuación, transcribimos:

(minuto 13 de la grabación)

Mons. Luis Argüello: ... el Secretario de Estado, como por otra parte yo creo que el Obispo de la Diócesis de Madrid y el propio Abad, el Prior del Valle de los Caídos, dice que si el acuerdo entre el Gobierno y la familia se produce o, si no hay acuerdo entre el Gobierno y la familia, las autoridades judiciales dirimen cuál sea la decisión final, pues la Iglesia no se opone, pero es distinto decir la Iglesia no se opone a algún titular que aparece hoy en los medios de decir que la Iglesia apoya la exhumación.

Carlos Herrera: Es decir, si el Prior beneditino dice, perdonen es mi responsabilidad porque es una Basílica por lo tanto no puede entrar nadie con el objeto de retirar nada de esta Basílica.

Mons. Argüello: Si no viene con título adecuado.

Carlos Herrera: Si viene con título adecuado por ejemplo, es porque se han puesto las dos partes de acuerdo, pero si no hay acuerdo tiene que dirimir un Tribunal pues entonces será el momento. Si mañana, antes de las elecciones este hombre que preside el Gobierno decide, voy a hacerme una fotografía impactante, no puede entrar por las bravas.

Mons. Argüello: Claro, si no se cumplen las condiciones de las que hemos hablado

Carlos Herrera: El Derecho Canónico y los Acuerdos son muy claros en ese sentido.

Mons. Argüello: Sí, claro, como en cualquier templo, en cualquier lugar dedicado a culto".

[Énfasis añadido]

Aportamos CD de grabación de la entrevista como **DOC 7C**.

De las anteriores cartas aportadas, se extraen dos conclusiones:

- 1º.- Que el mismo Gobierno reconoce que la falta de autorización eclesiástica impide la exhumación y,
- 2º.- Que bajo ningún concepto la Iglesia ha autorizado la exhumación de los restos, sino que se ha sometido al Ordenamiento jurídico (incluido el *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede*) y a la decisión que adopte el Tribunal Supremo.

**TERCERA.- PERSONAS AFECTADAS POR EL DECRETO LEY 10/2018
EN EL QUE SE BASA EL ACUERDO IMPUGNADO**

Sin perjuicio de que parece indiscutible que el objetivo del Gobierno era la exhumación de los restos de D. Francisco Franco Bahamonde – por más que se tratase de esconder tal propósito mediante la indisimuladamente artificiosa abstracción y generalidad con la que se redactó el nuevo **art. 16.3 LMH**–, lo cierto es que **la redacción del nuevo precepto afecta a numerosas personas** inhumadas en el Valle de los Caídos que no murieron “*a consecuencia*” de la Guerra civil española y, en concreto, **a 20 monjes benedictinos** (inhumados en el cementerio de la Abadía –“*lugar sagrado*” –) (incorporamos listado como **DOC 8C**) y a **172 personas más** (incorporamos listado como **DOC 9C**), totalmente ajenas al objetivo político “*de caso único*” que se persigue.

Todas estos restos mortales, según el **Real Decreto-Ley 10/2018**, deberán ser exhumados habida cuenta del **carácter imperativo de la norma** y de que su fallecimiento no se produjo “*a consecuencia*” de la Guerra civil española, y así lo

reconoce el *Acuerdo* recurrido (*ver pág. 20*) en el que se justifica el hecho de que el procedimiento se haya tramitado, exclusivamente, respecto de los restos mortales de D. Francisco Franco Bahamonde, en que su exhumación era “*preferente*”, anunciando que, en el futuro, con base en la norma promulgada, se iniciarán nuevos expedientes en relación con “*otras personas que constase que se encuentren en sus mismas circunstancias*” (*pág. 20 “in fine”*).

CUARTA.- CONTENIDO DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS, OBJETO DE RECURSO

El contenido del *Acuerdo* impugnado es ciertamente confuso, contradiciéndose en cuestiones esenciales pero, en definitiva:

- 1º.- Ordena la exhumación de los restos de D. Francisco Franco Bahamonde.
- 2º.- Concede a los familiares un nuevo plazo para que elijan un lugar de reinhumación al entender inaceptable el señalado previamente (cripta de la Catedral de la Almudena), y
- 3º.- Entiende que corresponde al Consejo de Ministros llevar a cabo los actos necesarios para la ejecución de la exhumación.

Especialmente confusa es la disquisición sobre el “*principio de inviolabilidad*” de los lugares de culto.

Por un lado, el *Acuerdo* señala que el legislador ha atribuido al Gobierno facultades para llevar a cabo las actuaciones de exhumación y, por tanto, es competente para ejecutarlas (*pág. 17 “in fine” y pág. 19*) a lo que, añade, posteriormente, que dicha competencia deriva, además, de la titularidad pública del inmueble lo que permite a los poderes públicos decidir libremente el uso que haya de dársele (*págs. 27 y 28*); señalando que la extensión de la “*inviolabilidad*” depende de “*las leyes*” entendiéndose que éstas no son otras que las leyes del

Estado, que pueden disponer sobre el alcance de dicha inviolabilidad (*pág. 49*) y concluyendo que el Consejo de Ministros tiene competencia para adoptar los actos necesarios para la ejecución de la exhumación (*págs. 53 “in fine” y 54 “in fine”*).

Frente a estas categóricas afirmaciones, también sostiene que ni el órgano instructor, ni el Consejo de Ministros se han planteado, en ningún momento, *“que la exhumación pueda llevarse a cabo sin la autorización eclesiástica o de la autoridad judicial competente”* (*pág. 30, antepenúltimo párrafo*); añadiendo, poco más adelante, que *“la inviolabilidad del lugar”* provoca el efecto *“de requerir la autorización eclesiástica o de la confesión respectiva para acceder al lugar de culto y dar cumplimiento a una disposición legal. En ningún caso se ha cuestionado este efecto, ni el Real Decreto-Ley 10/2018, ni 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”* (*pág. 51, primer párrafo*), sosteniendo que no existe ninguna contradicción entre el Real Decreto-Ley y el Acuerdo con la Santa Sede y que *“la aplicación del art. 16.3 de la Ley 52/2007 deberá respetar lo dispuesto en el AAJ (Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Santa Sede) cuando los restos que se decidan exhumar se encuentren en lugar sagrado”* (*pág. 51, párrafo 4º*).

De este cúmulo de contradicciones sale el Acuerdo impugnado señalando que el hecho de no haberse podido obtener la autorización eclesiástica durante la instrucción del expediente *“no impide acordar la exhumación, sino que simplemente conduce 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”*.

La confusión no puede ser mayor pero, sin solución de continuidad, el Acuerdo impugnado concluye que *“procede constatar la competencia del Consejo de Ministros para adoptar los actos que resulten necesarios para la ejecución de la presente resolución ...Dicha competencia abarca la ejecución tanto de los*

*actos relacionados con el acceso a lugares de culto...” (pág. 53 “in fine”). Se confirma lo anterior, inmediatamente, cuando añade que la **Disposición Adicional Sexta bis de la Ley 52/2007** manifiesta “*la voluntad del Real Decreto-Ley de encomendar al Consejo de Ministros, no solo 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*” (pág. 54, primer párrafo) para concluir que los argumentos anteriores y la trascendencia de los actos de ejecución es lo que justifica “*su atribución al órgano que lo dicta y conducen a afirmar la competencia del Consejo de Ministros para adoptar los mencionados actos de ejecución*”.*

Todo lo anterior, unido a los *apartados PRIMERO y TERCERO* de la resolución recurrida, ponen de manifiesto que **el Acuerdo entiende innecesaria la autorización eclesiástica para la exhumación de los restos de un fallecido católico inhumado en una sepultura religiosa existente en un lugar de culto y entregado a la custodia canónica de la Comunidad benedictina** ya que dicha autorización fue denegada y, a pesar de ello, se adoptó el acuerdo de exhumación y se pretende ejecutar.

Como vemos, todo es un mar de confusión jurídica, provocado por la imprevisión de una resolución y de la norma en la que se fundamenta, que constituyen un conjunto ilegal (al contradecir un Tratado internacional) e inconstitucional (al vulnerar nuestra Norma Suprema).

Aportamos el Acuerdo impugnado como **DOC 10C**.

A las anteriores Alegaciones fácticas corresponden las siguientes:

ALEGACIONES JURÍDICAS

-I-

REQUISITOS PRECISOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR CONSISTENTE EN LA SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO

Con arreglo a lo dispuesto en el **art. 130 LJCA** y doctrina jurisprudencial sobre el mismo, son tres, esencialmente, las condiciones a valorar de cara a la adopción de medidas cautelares en el ámbito contencioso-administrativo:

a) En primer lugar, la existencia de un **peligro de mora procesal** (*periculum in mora*), es decir, que exista riesgo de pérdida de eficacia del recurso, dada la previsible duración de su tramitación, de tal manera que pudiera provocarse, de no adoptarse la medida cautelar, que una hipotética estimación de la acción ejercitada no tuviera efecto práctico alguno sobre la cuestión de fondo discutida.

b) En segundo lugar, aun dándose el anterior requisito, no deben concurrir **intereses generales o de terceros** que pudieran quedar gravemente afectados por la decisión de suspensión.

c) Y, en tercer lugar, como aportación jurisprudencial, la **apariencia de buen derecho** (*fumus boni iuris*), es decir, que la pretensión del solicitante, de manera provisional y limitada, sin prejuzgar la sentencia definitiva, pudiera tener visos de prosperabilidad.

(Ver, entre otras, **SSTS de 15 de marzo de 2011 –RJ 2011/2154–**, **16 de noviembre de 2011 –RJ 2012/2269–** y **26 de enero de 2016 –RJ 2016/389–**).

En el caso que nos ocupa, como inmediatamente argumentaremos, confluyen todos los meritados requisitos que apoyan la resolución de suspensión del acto que venimos a solicitar.

-II-

EXISTENCIA DE "PERICULUM IN MORA" EN EL CASO QUE NOS OCUPA

La exhumación de los restos objeto del expediente administrativo posee un indiscutible carácter sancionador y afectaría, irrevocablemente, a prerrogativas legales y derechos fundamentales, no solamente de la Iglesia católica y de esta Comunidad, sino también de los familiares del finado que, como es público y notorio, se han venido oponiendo, unánimemente, a esa actuación.

En efecto:

- (i) Se produciría una clara vulneración del "*principio de inviolabilidad*" y de la competencia exclusiva de la Iglesia sobre un "*lugar sagrado*", como es la Basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, infringiéndose, de esta manera, un Tratado internacional, según hemos razonado anteriormente.
- (ii) Se vulneraría, asimismo, *la libertad religiosa y de culto* de la Comunidad benedictina -y de los familiares del finado- (**art. 16.1 CE y L.O. 7/1980**) el cual conlleva, como veremos, la exclusión de cualquier intervención del Estado sobre el legítimo derecho al respeto de las sepulturas existentes en *lugares sagrados*, custodia y oración por los restos mortales yacentes, sin interferencia alguna del Estado en las creencias religiosas y en las formas de expresión de las mismas. Se afectaría, así, irremisiblemente, a un "*acto de culto*".

- (iii) Además, la ejecución de la exhumación, sin consenso de los familiares, atentaría al *derecho a la intimidad y vida propia y familiar* de los mismos (**art. 18.1 CE y 8 CEDH**) –así lo ha declarado, muy recientemente, el TEDH en su *Sentencia de 20 de septiembre de 2018* (*Caso Solska y Ribinka contra Polonia*)-, y afectaría al derecho a la “*memoria defuncti*” y, consecuentemente, al *derecho al honor* de los descendientes del finado.

Todas las anteriores vulneraciones e intromisiones causarían un **daño irreparable** teniendo en cuenta, por otra parte, la desproporcionada relevancia política que el Gobierno ha otorgado a esta acción, convirtiéndola en una noticia de primer orden con un extraordinario eco mediático.

Debemos añadir que, con arreglo al proyecto de exhumación que obra en el expediente (**DOC 11C**), se prevé, entre otras actuaciones, el forjado del hueco excavado mediante colocación de rasillones y capa de compresión de hormigón, lo que dificultaría, extraordinariamente, en su caso, la reposición de los restos tal y como ahora se encuentran.

En un supuesto de mucha menor trascendencia, la Audiencia Nacional, mediante *Auto de 8 de noviembre de 2017* (*Procedimiento de medida cautelarísima 4/2017*), ordenó la suspensión del *Acuerdo del Presidente del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional de 2 de junio de 2017*, en relación con el inicio de las obras para la exhumación de los restos mortales de cuatro personas depositados en los osarios adyacentes a las criptas de la Basílica (respecto de los cuales la Abogacía del Estado entendía que no se encontraban en el interior de la Basílica y, por tanto, no podían considerarse “*lugar sagrado*”, sino cementerio público). La Audiencia Nacional resolvió que la ejecución de los trabajos y actuaciones necesarios en el interior de la Basílica “*perpetraría, por sí solo, un perjuicio irreparable, ya que de nada serviría una sentencia estimatoria, en su caso, que anulase el acto impugnado, al haberse hecho primar la ejecución del acto administrativo sobre la integridad del lugar*” (**DOC 12C**).

En el caso que nos ocupa, la necesidad de suspender el *Acuerdo* es todavía más evidente puesto que nos encontramos con una actuación en el interior de la Basílica, **en un “*lugar sagrado*”** que conlleva una flagrante infracción de un Tratado internacional –con vulneración de una esencial prerrogativa de la Iglesia Católica– al pretender llevarse a cabo **sin la preceptiva autorización eclesiástica para la exhumación** y afecta, gravemente, a **derechos fundamentales** de la Comunidad benedictina y de los familiares del finado (con un enorme eco mediático). Por tanto, la falta de adopción de la medida solicitada ocasionaría un **perjuicio irreparable**, y haría que el presente recurso perdiera su finalidad ya que una hipotética sentencia anulatoria del *Acuerdo* no repararía, en modo alguno, el daño causado.

-III-

**INEXISTENCIA DE PERTURBACIÓN GRAVE A LOS INTERESES
GENERALES**

Con independencia del empeño político del Gobierno, es claro que **no existen intereses generales o de terceros que puedan ser perjudicados por la suspensión** en tanto en cuanto recaiga sentencia firme sobre la controversia existente.

La suspensión del *Acuerdo* mantendría el interior de la Basílica del Valle de los Caídos como ha estado en los últimos 43 años y la sepultura de D. Francisco Franco en el mismo lugar en que se estableció, por orden del entonces Jefe de Estado (S.A.R. D. Juan Carlos I) (**DOC 13C**). Además de recordar que el Valle de los Caídos no es, ni se concibió, como algunos han tratado de sostener, como el “*mausoleo*” de nadie, no existe interés general alguno que exija una modificación urgente e inmediata de la situación actual.

Ni siquiera la artificiosa excusa de evitar la “*exaltación*” del finado, sería causa para apoyar la ejecución, toda vez que dicha exaltación se encuentra

proscrita, no solo por el **art. 16.2 de la Ley de Memoria Histórica**, sino, lo que es más importante, por el **Canon 1210 CDC**, que prohíbe toda actuación en el interior de un *lugar sagrado* que no vaya dirigida al ejercicio y fomento del culto, de la piedad y de la religión o que no esté en consonancia con la santidad del lugar.

-IV-

**APARIENCIA DE BUEN DERECHO DE LAS PRETENSIONES DE MI
MANDANTE**

Finalmente, desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial del "*fumus boni iuris*", existen **razones de legalidad ordinaria** y **constitucional** que permiten una valoración, provisional y sin prejuzgar la decisión definitiva, que apunta hacia la prosperabilidad del presente recurso, dada la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión de mi mandante.

**IV.1.- Argumentos de legalidad ordinaria que fundamentan la
apariencia de buen derecho de la pretensión de la Comunidad benedictina**

**IV.1.1.- Significado y extensión del privilegio de "inviolabilidad" de los lugares
de culto**

La "*inviolabilidad*" de los "*lugares sagrados*" no implica la mera prohibición de acceso a los mismos (cuestión esta puramente instrumental) sino la imposibilidad de realizar en su interior cualquier actividad, sin la oportuna autorización eclesiástica.

Efectivamente, el **Canon 1210 CDC, de 1983**, tras señalar que en los lugares sagrados solo pueden permitirse actuaciones de fomento del culto, de la piedad y de la religión y prohibir todo lo que no esté en consonancia con la santidad del lugar, permite que la autoridad eclesiástica **pueda autorizar "en**

casos concretos, otros usos siempre que no sean contrarios a la santidad del lugar”.

Es decir, en los lugares de culto, quedan terminantemente prohibidos actos injuriosos o contrarios a las creencias religiosas, y cualquier otro “acto” **debe obtener la autorización eclesiástica** (en nuestro caso, la del Prior de la Abadía).

De otro lado, cuando el Acuerdo con la Santa Sede reconoce la inviolabilidad “*con arreglo a las leyes*” no se está refiriendo, naturalmente, a las leyes civiles unilaterales –lo que el Acuerdo recurrido denomina “*leyes del Estado*”- (lo que sería un perfecto absurdo puesto que permitiría que un Tratado internacional fuera modificado a capricho de una de las partes) sino las leyes o normas internacionales que definen el privilegio de inviolabilidad (*Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas*) y a las leyes reguladoras de los “lugares de culto” (como lo confirma, en relación con la Basílica, **el art. 16.1 de la Ley 52/2007**) y estas normas no son otras que las contenidas en el **Libro IV, Parte III, Título I del Código de Derecho Canónico (Cánones 1205 a 1243)**.

Esta normativa, tras señalar que son lugares sagrados aquellos destinados al culto “*o a la sepultura de los fieles*” (**Canon 1205**), añade que la autoridad eclesiástica “*ejerce libremente sus poderes y funciones en los lugares sagrados*” (**Canon 1213**).

Y lo anterior no quiere decir que se trate de lugares que gocen de “*extraterritorialidad*” o “*inmunidad de jurisdicción*”, sino que solo la Iglesia puede actuar en el interior de los “*lugares de culto*”, sin interferencia alguna de los poderes públicos y sometida, en todo caso, a las decisiones emitidas por el orden jurisdiccional competente (sea este el orden civil, contencioso, penal o canónico).

No se trata, pues, de un problema de “*jurisdicción*”, sino de “*competencia*”. La “*inviolabilidad*” va indisolublemente unida a la exclusiva competencia de la Iglesia Católica en el interior de los “*lugares sagrados*”, con absoluta **inmunidad de coacción** de cualquier poder público.

Toda actuación que no tenga una finalidad de culto (los lugares sagrados están, normalmente, abiertos al público para fines religiosos –*Canon 1221 CDC*–) precisa de la oportuna autorización eclesiástica; pero es que, además, en este caso, dicha autorización es necesaria porque **la inhumación de un finado católico**, realizada según exequias católicas –y, además, en lugar sagrado–, **es, sin lugar a duda, un “acto de culto”** que afecta al núcleo más íntimo de las convicciones religiosas. La actividad sacramental de la Iglesia se realiza, a partir de la inhumación, no solo con la plegaria sino también con la bendición física de los restos y la custodia canónica de los mismos; se trata de una acción sacramental espiritual y material, que no puede verse coaccionada por ningún poder civil mediante una *orden de exhumación* que infringiría el *principio de inmunidad de coacción* y la *inviolabilidad de los lugares sagrados*.

Además, la propia exhumación es un *“acto religioso”*, que va acompañado de responsos, bendiciones, etc.

El **art. 6.2 del Código de Derecho Canónico vigente**, establece que *“en la medida en que reproducen el Derecho antiguo, los Cánones de este Código se han de entender teniendo en cuenta la tradición canónica” (“ius vetus”)*. Es decir, la *“abrogación”* del Código de 1917 no significa una derogación total, salvo cuando las normas nuevas contradicen o son incompatibles con las anteriores (*“tradición canónica”*).

Pues bien, en materia de enterramientos, exequias religiosas y cementerios, los actuales **Cánones 1176 y ss y 1240 y ss CDC**, no hacen sino reproducir, de manera sistemáticamente distinta, el Derecho antiguo, por lo que deben interpretarse de acuerdo con la tradición canónica y, con base en la misma (**Canon 1214 del Código de Derecho Canónico de 1917**), *“no es lícito exhumar ningún cadáver, donde quiera que esté, al cual se le haya dado sepultura eclesiástica perpetua”*, sin autorización eclesiástica.

Lo anterior indica que la autorización eclesiástica, no solo es indispensable por encontrarse los restos que nos ocupan en “*lugar sagrado*” sino que, además, el “*acto de exhumación*” de un cadáver al que se le ha dado sepultura eclesiástica perpetua, afecta a la “*inhumación y custodia canónica*” de los restos y es, en sí mismo, igualmente, un acto de contenido religioso que requiere, también por esta razón, con independencia de dónde se encuentren los restos, autorización eclesiástica.

También la doctrina civil de las AAPP sostiene que existe una creencia profundamente arraigada en nuestra civilización, por razones religiosa y culturales, que una vez producido el enterramiento no ha de procederse a la exhumación de los cadáveres, salvo que exista una causa suficientemente justificada (*SAP de Madrid de 15 de marzo de 2006 y SAP de Alicante de 11 de octubre de 2012*).

En las principales religiones monoteístas, los lugares de enterramiento han sido siempre considerados como “*lugares sagrados*” y, por tanto, inviolables (**Canon 1205 CDC para la religión católica; art. 2.6 de la Ley 25/92 para la religión judía y art. 2.5 de la Ley 26/92 para la religión islámica**) y la “*exhumación*” se considera un acto de indudable contenido religioso.

A título de ejemplo, en la religión islámica, el “*Libro de los funerales*” (**parágrafo XLV**) se prohíbe la exhumación con la siguiente frase:

“Este es tu lugar reservado hasta que Dios te resucite el día de la Resurrección”

(DOC 14C)

Así lo confirma el *Informe nº 4 del “Observatorio de las migraciones y de la convivencia intercultural de la ciudad de Madrid”* sobre “*las necesidades mortuorias por el rito musulmán*” en cuya **pág. 2** se afirma, entre las características

propias de los ritos mortuorios musulmanes, que *“el Corán prohíbe la exhumación de los cuerpos”* (DOC 15C)

Lo mismo ocurre con la religión hebrea, que prohíbe, igualmente, la exhumación salvo en supuestos excepcionales (razones arqueológicas, etc.) y siempre cumpliendo los ritos religiosos propios de sus creencias. Así se afirma en el *“Protocolo de actuación para la exhumación de restos humanos de necrópolis judías históricas”*, en el que se contienen los requisitos religiosos para que se pueda producir una exhumación, incluida la dirección de un rabino (DOC 16C). En la ciudad alemana de Stuttgart, se renunció a exhumar los huesos de numerosos judíos, que fueron víctimas de la represión nazi, dado que *“el rito hebreo prohíbe el traslado de las sepulturas y la perturbación del descanso de los muertos”* (DOC 17C).

Volviendo a la religión católica, como antes apuntamos, la inexcusable necesidad de autorización eclesiástica, exigida por un Tratado internacional que el *Acuerdo* recurrido pretende eludir, ha venido a ser reconocida por la *Comisión de expertos* que elaboró el *“Informe sobre el Valle de los Caídos de 29 de noviembre de 2011”*, que el Real Decreto-Ley pretende cumplimentar, y por sucesivos *Dictámenes de la Abogacía General del Estado de 7 de septiembre de 2011 y 9 de marzo de 2017*.

Esta misma postura adopta la **Sentencia del TSJ de Navarra 4/2019, de 10 de enero** (citada en el *Acuerdo* recurrido) en cuyo Fundamento jurídico Tercero, se puede leer:

“Ahora bien, junto a lo dicho, cierto es que la cripta es un lugar del culto, y por ello le resulta aplicable la garantía de inviolabilidad de los lugares de culto reconocida en el artículo 1.5 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos celebrado el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, que tiene naturaleza de Tratado internacional y es vinculante para ambas partes firmantes. Sobre la extensión de dicha garantía, cabe indicar que la inviolabilidad de los lugares sagrados conlleva en relación al acceso y ocupación del citado lugar en orden a eventuales labores de inhumación,

EXHUMACIÓN, ordenación y acondicionamiento de restos, la necesidad de recabar el consentimiento de la autoridad eclesiástica competente. Es decir, que no bastaría la mera voluntad del titular del edificio sino que es preciso, dado el carácter votivo de la cripta lo que le dota de inviolabilidad, consentimiento de la autoridad eclesiástica afectada”.

[Énfasis añadido]

Vemos, pues, como la titularidad del inmueble carece de trascendencia cuando nos encontramos ante un “*lugar de culto*” en el que es imprescindible la autorización eclesiástica para proceder a la exhumación (autorización que, en el caso de esta sentencia, se otorgó por *Acuerdo de 7 de noviembre de 2016* entre el Ayuntamiento y el Arzobispado).

El propio Gobierno ha reconocido la necesidad de autorización eclesiástica para ordenar la exhumación (y no solo para ejecutarla como, aparentemente, se pretende) según se desprende de los diferentes informes de la Abogacía del Estado y de la “*Comisión de expertos*”, antes aportados. Pero es que, además, se aprecia que el Gobierno solicitó la autorización del Prior de la Abadía **antes de la decisión de exhumación**, lo que evidencia que se trataba de un requisito necesario para la adopción de dicho acuerdo; si solo fuera precisa para la ejecución del acuerdo de exhumación, lo lógico hubiera sido adoptar el acuerdo primero (ya que, al menos, teóricamente, cabría la posibilidad de que no se acordara la exhumación) y solicitar la autorización del Prior de la Abadía, después. En definitiva, la propia conducta del Gobierno y el “*iter procedimental*” demuestran la necesidad de la autoridad eclesiástica para adoptar el acuerdo de exhumación.

Es incontrovertible, pues, que la exhumación de unos restos mortales que yacen en “*lugar sagrado*” **no puede ordenarse, ni llevarse a cabo, sin la autorización eclesiástica** de quien ostenta la exclusiva competencia sobre el recinto sagrado de que se trate, correspondiendo la misma, en el caso de la

BASÍLICA BENEDICTINA DE LA SANTA CRUZ DEL VALLE DE LOS CAÍDOS, al Abad conventual (o Prior-Administrador).

IV.1.2.- Inaplicabilidad del Real Decreto-Ley 10/2018 al caso concreto, por colisionar con un Tratado internacional (Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 1979)

Como hemos destacado en la alegaciones fácticas, el *Acuerdo* impugnado se basa en el **Real Decreto-Ley 10/2018** que introduce el nuevo **art. 16.3 LMH**, el cual dispone, sin matización alguna, que en el Valle de los Caídos “*solo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra civil española*”.

Dicho Decreto-Ley no establece cautela alguna en el supuesto de que los restos mortales se encuentren inhumados en “*lugar sagrado*” y que, por tanto, la labor de exhumación exija, con arreglo al **art. I.5 del Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos**, la autorización eclesiástica al respecto.

Es más, la **Disposición Adicional Sexta bis**, introducida por el Real Decreto-Ley, regula el procedimiento para la exhumación de los restos de D. Francisco Franco Bahamonde que, como es público y notorio, se encuentran en el interior de la Basílica (“*lugar sagrado*”), sin que en ningún momento dicha *Disposición adicional* exija o prevea la preceptiva autorización eclesiástica.

Acordar la exhumación obviando lo anterior, en base al nuevo **art. 16.3 LMH**, introducido por el **Real Decreto-Ley 10/2018**, no solo contradice el **apartado 1** del mismo precepto (que dispone la aplicación al Valle de los Caídos de la normativa sobre “*lugares de culto*”), sino, lo que es más grave, infringe el **Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979**, produciéndose, consecuentemente, una colisión de normas en la que, como ya adelantamos en sede fáctica, debe aplicarse la norma prevalente.

En efecto, los Tratados internacionales se integran en el Ordenamiento jurídico español en una posición infra-constitucional y supra-legal, es decir, por debajo de la Constitución y por encima de nuestras leyes internas, y así lo reconoce, constantemente, la jurisprudencia (a título de ejemplo, véase, entre otras muchas, las **Sentencias del Tribunal Constitucional 38/2007 y 80/2007; la Sentencia del Tribunal Supremo -Sala de lo Contencioso-Administrativo- de 28 de junio de 2006 o la Sentencia de la Audiencia Nacional -Sala de lo Contencioso-Administrativo- de 3 de mayo de 2007**).

También la **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969**, establece, en sus **arts. 26 y 27**, que todo Tratado debe ser cumplido de buena fe y que ninguna parte podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado internacional (*principio de respeto a los Tratados internacionales*).

El *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede* tiene naturaleza de Tratado internacional (**STC 66/92, de 12 de noviembre, FJ5 y STC 207/2013, FJ4º**) al que le es plenamente aplicable el **art. 96.1 CE**, de forma que sus disposiciones solo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en el propio Tratado o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional. Dicho de otra manera, el Tratado internacional mencionado no puede ser modificado por ninguna norma estatal unilateral (aunque tenga rango legal) anterior o posterior al mismo. Las normas anteriores que se opongan a éste o a cualquier otro Tratado internacional se entiende inaplicables y las posteriores no pueden, en forma alguna, modificar, suspender o derogar su contenido, dado que aquellos se sitúan por encima de la normativa legal unilateral interna.

Como consecuencia de lo anterior, hay que acudir, en nuestro supuesto, al *principio de prevalencia*. No nos encontramos ante un problema de constitucionalidad, sino ante un problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto; y, en este sentido, **tanto la Administración pública como los Tribunales están obligados a inaplicar una disposición legal nacional cuando**

sea contraria a un Tratado internacional, ya sea una norma legal posterior o anterior al Tratado, por razón de prevalencia o primacía, lo que también ha sido señalado –en referencia al Derecho comunitario– por el TJUE, **entre otras, en Sentencias de 22 de julio de 1989 –Caso Constanza– y de 9 de septiembre de 2003 –Asunto CIF–**.

La **STC 207/2013, de 5 de diciembre (FJ4º)**, tras reiterar que los *Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede* tienen rango de Tratado internacional, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, vuelve a insistir en que *“la supuesta contradicción de los Tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 28/1991, FJ5), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan (STC 180/1993, FJ3 y STC 102/2000, FJ7) en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 de la Constitución”*.

También es clarificadora a este respecto la recientísima **Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) nº 140/2018, de 20 de diciembre**, en cuyo **F.J.6**, y refiriéndose al art. 96 CE, manifiesta:

*“Este precepto no atribuye superioridad jerárquica a los Tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una **regla de desplazamiento por parte del Tratado de la norma interna anterior**, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la **resistencia del Tratado** a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del Ordenamiento nacional, **sino su mera inaplicación**. Dicho en otros términos, la constatación de un eventual desajuste entre un Convenio internacional y una norma interna con rango de ley, no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, **sino sobre su mera aplicabilidad**, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una **cuestión de determinación de la norma aplicable** en la solución de cada caso concreto, **aplicación que deberá ser libremente considerada por el Juez ordinario**. En este sentido hay que entender los*

pronunciamientos en los que este Tribunal ha venido sosteniendo que los Tratados internacionales “no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la constitución de normas dotadas de rango legal...”

*El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al **control de convencionalidad** en el sistema español en una mera regla de selección de Derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los **Jueces y Magistrados de la Jurisdicción ordinaria**. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los **Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional**... Ello supone que en aplicación de la prescripción contenida en el art. 96 CE, cualquier **Juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar, de modo preferente, la disposición contenida en un Tratado internacional, sin que tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto**. La admisión de la posibilidad de que una norma con rango legal sea inaplicada por órganos de la jurisdicción ordinaria ha sido admitida por este Tribunal en aplicación del **principio de prevalencia** (SSTC 102/2016, de 25 de mayo, 116/2016, de 20 de junio, y 227/2016, de 7 de julio)...*

*En suma, el **análisis de convencionalidad** que tiene cabida en nuestro Ordenamiento constitucional, no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un **mejor juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional**...”*

[Énfasis añadido]

No se trata, por tanto, como afirma el Acuerdo recurrido, de una disposición con rango legal que, ni el Gobierno (autor de la misma) ni los Tribunales pueden dejar de aplicar, sino que nos encontramos con una **colisión de normas** en la que debe aplicarse la prevalente, en este caso, el Tratado internacional que se impone a la ley unilateral interna.

Consecuentemente, **los Tribunales no pueden aplicar**, al caso presente, el **art. 16.3 LMH**, según redacción dada por el **Real Decreto-Ley 10/2018**, dado que los restos mortales en cuestión se encuentran en “*lugar sagrado*”, **habiendo sido denegada la autorización eclesiástica** del órgano competente (en nuestro caso, el Prior-Administrador de la Comunidad benedictina) por las razones ya expuestas.

IV.1.3.- Nulidad y subsidiaria anulabilidad del Acuerdo impugnado por las causas previstas en los arts. 47.1.a), 47.1.b) y 48 de la Ley 39/2015

Siendo, pues, inaplicable, por las razones vistas, el Real Decreto-Ley 10/2018, el Acuerdo impugnado incurre **-una vez desprovisto de la protección de la citada norma-** en las causas de nulidad del **art. 47.1.a)** (*lesionar derechos y libertades fundamentales*); **47.1.b)** (*ser dictado por órgano manifiestamente incompetente*) y **48** (*infringir el ordenamiento jurídico*) **de la Ley 39/2015**.

IV.1.3.1.- Lesión del derecho a la libertad religiosa y de culto de personas y comunidades (art. 41.1.a) de la Ley 39/2015)

El Acuerdo impugnado vulnera el *derecho fundamental a la libertad religiosa* (reconocido en los principales Tratados Internacionales sobre derechos humanos, suscritos por España), tal y como se configura en el **art. 16.1 CE y L.O. 7/1980, de libertad religiosa, de 5 de julio**, y que, como es sabido, se reconoce tanto a los individuos como a las comunidades.

Algunas de las facultades que garantiza el referido derecho fundamental aparecen recogidas en el **art. 2 de la L.O 7/1980** que cita, entre otras, **la inmunidad de coacción sobre el derecho a recibir sepultura digna y a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos**. Los ciudadanos y las comunidades tienen derecho “*a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales*” (**STC 166/1996, FJ2 y STC 46/2001, FJ4**).

Por tanto, esta Comunidad benedictina (y, por descontado, la familia del afectado) tiene, en palabras del *Auto del TC 551/1985, de 24 de julio (FJ3)*, “*la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar ... su conducta religiosa y su forma de vida a sus propias convicciones, con exclusión de cualquier intervención por parte del Estado*”; dicho de otro modo, posee un derecho inalienable, e inmune a la coacción de los poderes públicos, a que se respeten las sepulturas existentes en lugares sagrados sobre los que ostenta competencia exclusiva, dado que los actos de inhumación y exhumación son “actos de culto”.

De forma reiterada, el Tribunal Constitucional ha venido declarando – entre otras, en *SSTC 101/2004, FJ3; 154/2002, FJ6 y la referida STC 46/2001, FJ4* – que “*la dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso (STC 46/2001), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la L.O. 7/1980, de libertad religiosa*” entre las que, como hemos visto, se encuentra el acto de inhumación y estas manifestaciones no solo afectan a los individuos sino, también, a las Comunidades a las que pertenecen, que son autónomas para regular y celebrar sus actos de contenido religioso.

El derecho a la libertad religiosa y de culto de las comunidades no se circunscribe, exclusivamente, a su capacidad de auto-organización, sino a la facultad de llevar a cabo “*actos de culto*”, con total autonomía (**art. 6.1 LO 7/98**) y con arreglo a sus creencias, como pueden ser los actos de inhumación, exequias, custodia de restos mortales y, en su caso, exhumación.

La interdicción a la intromisión de los poderes públicos en el ámbito de este derecho fundamental tiene como única excepción el “*orden público*” que, en el presente caso, no solo no concurre, sino que resulta inaplicable dado que los restos se encuentran, como antes argumentamos, en un “*lugar sagrado*” en el que cualquier actuación debe ir dirigida al fomento y ejercicio del culto, la piedad y

la religión y es de exclusiva competencia de la Iglesia Católica (**Cánones 1210 y 1213 CDC**).

El **art. 5 del Decreto de 22 de agosto de 1957**, recuerda, con respecto a la Comunidad benedictina del Valle de los Caídos, que ésta tiene libertad plena, **conforme al Derecho Canónico**, en todo lo relativo al culto, **sin injerencia de ninguna autoridad civil**.

Se excluye, por tanto, cualquier actuación estatal en este ámbito que, además, tenga una finalidad de naturaleza política o ideológica, como sucede en el presente caso: se ordena la exhumación de los restos mortales de un católico, que yace en lugar sagrado, bajo la custodia canónica de la Comunidad, en contra de la voluntad de sus familiares, sin autorización eclesiástica y por un motivo de carácter, exclusivamente, político, lo que afecta a un “*acto de culto*”, vulnera la santidad del lugar (al tratarse de una finalidad política) e infringe el *principio de neutralidad* que ha de mantener el Estado en cualquiera de sus actuaciones que afecten al *derecho a la libertad religiosa o de culto*.

El **art. 16.1 CE** (y **art. 2 de la L.O. 7/1980**) se infringe, no solo por el hecho de que el Estado imponga a una persona o comunidad una actuación que atente al ejercicio del *derecho a la libertad religiosa y de culto*, por razones políticas, sino también y correlativamente, porque dicho Estado impida tal ejercicio realizando cualquier tipo de coacción estatal, como es la de prescindir de la necesaria autorización eclesiástica para actuar en un *lugar sagrado* (**STC 46/2001, de 15 de febrero**) o subrogarse en el inalienable derecho a decidir de la familia (**Canon 1180.2 CDC**).

El Estado, por tanto, debe mantener una postura de absoluta neutralidad, lo que implica la interdicción de toda intervención suya en este ámbito, como así lo ha destacado el TEDH (**Gran Sala**) en su *Sentencia de 26 de octubre de 2000*, condenando a Bulgaria por una ilegítima intromisión en este derecho (en ese caso, de la Comunidad musulmana) consagrado en el **art. 9 CEDH**.

El *Acuerdo* recurrido afecta al *derecho a la libertad religiosa* de la Comunidad benedictina ya que, en realidad, estamos hablando de la entrada y actuación inconsentida en un *lugar de culto*, consagrado por el Romano Pontífice y regido por la Comunidad, siendo una de las finalidades de la misma ejercer libremente sus funciones religiosas (entre las que se incluyen, sin duda alguna, la custodia de los restos y la oración por los allí yacentes) y levantar las cargas religiosas encomendadas, protegiendo el carácter inviolable de un “*lugar sagrado*” destinado al culto divino (Basílica) o a la sepultura de los fieles (enterramientos efectuados en la Basílica o en el cementerio de la Abadía).

Concluyendo, el *Acuerdo* de exhumación, amén de afectar a otros derechos fundamentales de los familiares, que no corresponde defender a mi mandante (*derecho a la libertad religiosa; derecho a la intimidad personal y familiar; derecho al honor; etc.*), supone una **flagrante violación del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto de esta Comunidad benedictina**, carente de toda justificación y atentatoria, como hemos visto, al *principio de inviolabilidad* establecido en un Tratado internacional.

IV.1.3.2.- Nulidad del Acuerdo al ser dictado por órgano manifiestamente incompetente (art. 47.1.b) de la Ley 39/2015)

El *Acuerdo* impugnado **-una vez justificada la inaplicabilidad del R. D. Ley-** sería, además, radicalmente nulo al haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente – art. 47.1.b) –, dada la exclusiva autoridad y competencia de la Comunidad benedictina para actuar en el interior de un *lugar sagrado* (**Canon 1213 CDC**), como se ha reconocido, paladinamente, en los **sucesivos Informes de expertos o de la Abogacía General del Estado** (*ver DOCS 1C, 2C y 3C*).

Efectivamente, el Consejo de Ministros carece de competencia alguna para ordenar actuaciones en el interior de un “*lugar sagrado*” donde la Iglesia Católica ejerce sus poderes y funciones con libertad, autonomía y exclusividad, sin

posibles coacciones de los poderes públicos. De la misma manera que el poder político no puede nombrar a los guías o pastores de una confesión religiosa (*ver Sentencia del TEDH de 26 de octubre de 2000 –Caso Hassan y Tchauch contra Bulgaria-*) tampoco puede tomar decisiones, ni ordenar actuaciones en el interior de los “lugares sagrados”, máxime cuando estas afectan a un *acto de culto* como es la inhumación y exhumación de restos mortales.

Dicho de otra manera, el Consejo de Ministros no puede ordenar la exhumación de un cadáver que yace en “*lugar sagrado*”, tanto por razón de la materia (afecta a un “*acto de culto*”), como por la localización del enterramiento (“*lugar sagrado o de culto*”) y, sostener, como pretende el *Acuerdo* recurrido, que el hecho de que las edificaciones del Valle de los Caídos sean de titularidad pública, permite al Gobierno actuar en ellas a su antojo, es un verdadero desatino jurídico y moral que atenta a la sacralización del lugar y a su concepto de Basílica pontificia.

Como ya hemos señalado, carece de sentido que se sostenga que el Consejo de Ministros es competente para ordenar la exhumación pero no lo es para ejecutarla (ya que requiere de autorización eclesiástica), lo que nos llevaría al absurdo de adoptar un acto administrativo inejecutable y de contenido imposible, al haberse denegado dicha autorización, incurriendo, en tal caso, en la nulidad radical prevista en el **art. 47.1.c) de la Ley 39/2015**.

IV.1.3.3.- Anulabilidad del Acuerdo impugnado al vulnerar un Tratado internacional (art. 48.1 de la Ley 39/2015)

Al ser inaplicable el Real Decreto-Ley, aparece una nueva causa de anulabilidad del *Acuerdo*, con arreglo al **art. 48.1 de la Ley 39/2015**, dado que el *Acuerdo vulnera, de manera consciente, una disposición legal prevalente*, como es el **art. I.5 del Acuerdo con la Santa Sede para asuntos jurídicos**, que consagra la *inviolabilidad* de los lugares sagrados con arreglo a las normas canónicas reguladoras de tales lugares, lo que supone, además –como enseguida

veremos—, una infracción del *principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* consagrado en el **art. 9.3 CE**. Efectivamente, solo puede considerarse como “*arbitrario*” un acto administrativo que, de manera consciente, vulnera un precepto esencial en un Tratado internacional y desconoce derechos fundamentales básicos, incurriendo, además, en una violación del *principio de buena fe* que debe regir toda actividad administrativa (**art. 3.1.e) de la Ley 40/2015**).

Incluso si se sostiene la aplicación del Real Decreto-Ley y que éste respeta la competencia de la Iglesia y la necesidad de autorización eclesiástica para llevar a cabo la exhumación, el Acuerdo impugnado no lo hace, infringiendo el citado Tratado internacional incurriendo, así, en la causa de anulabilidad citada.

En definitiva, existen sobradas razones de legalidad ordinaria (partiendo de la inaplicabilidad del Real Decreto-Ley 10/2018) que sustentan una indudable “*apariencia de buen derecho*” de la pretensión de mi mandante, lo que justifica la medida cautelar de suspensión del Acuerdo impugnado.

IV.2.- Otros argumentos de legalidad constitucional que fundamentan la pretensión de mi mandante (apariencia de inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 10/2018)

Complementariamente a lo anterior, existen otras numerosas razones que apuntan hacia la inconstitucionalidad de dicho Real Decreto-Ley y que serán, en su caso, desarrolladas con el escrito de demanda (*inexistencia del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE; incumplimiento del “canon de constitucionalidad”, exigido por el TC para las normas singulares; vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; infracción del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y del principio de seguridad jurídica; etc.*).

Será preciso, pues, en su momento procesal oportuno, examinar la posibilidad de plantear una “*cuestión de inconstitucionalidad*” ante el Tribunal Constitucional para expulsar a la citada norma del Ordenamiento jurídico dado

que, de otra manera, se legitimaría la exhumación de 20 monjes benedictinos que yacen en el cementerio de la Abadía, y todo ello sin que exista el presupuesto habilitante de la norma que lo ordena (*situación de extraordinaria y urgente necesidad*), afectando a los *derechos de igualdad y tutela judicial efectiva*, como consecuencia de una ley singular innecesaria e inexplicable, y vulnerándose la irretroactividad de las normas en relación con situaciones jurídicas consolidadas.

Todo ello será desarrollado, en su caso, en el escrito de demanda.

En base a todo lo anterior,

A ESA EXCMA. SALA SUPlico: Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tener por solicitada, en tiempo y forma, la medida cautelar referida, al amparo de lo dispuesto en los **arts. 129 y 130 LJCA**; tramite esta solicitud en pieza separada, con audiencia de la parte contraria y, en su momento, dicte Auto en el que se ordene la **suspensión de la ejecutividad del Acuerdo impugnado** comunicándolo, de inmediato, al Consejo de Ministros para su debido cumplimiento.

OTROSÍ DIGO: Que esta parte ha procedido a comunicar al Consejo de Ministros su intención de interponer el presente recurso y de solicitar la medida cautelar de suspensión, a los efectos de impedir la ejecución del Acuerdo impugnado hasta que los Tribunales no se pronuncien sobre la justicia tutelar solicitada, integrada en el *derecho a la tutela judicial efectiva* (**art. 24.1 CE; SSTC 66/1984, 232/1992, 243/2006, 731/2008, etc.; y SSTS de 6 de marzo de 2000, 7 de marzo de 2005, 16 de marzo de 2006, 15 de junio de 2009, etc.**) (DOC 18C).

Todo lo anterior es Justicia que pido en Madrid, a 11 de marzo de 2019

EL ABOGADO

EL PROCURADOR