



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea



Zuzenbide Fakultatea
Facultad de Derecho

FRANKISMOAREN APOLOGIA **DELITUA, BIKTIMEN** **ERREPARAZIORAKO** **BEHARREZKO AURRERAPAUSSOA**

Frankismoaren gorazarrea justizia trantsizionalaren
ikuspegitik.

Zuzenbideko Gradua, 2019/2020 Ikasturtea

Egilea: Andu Martinez Mendia

Zuzendaria: Enara Garro Carrera

**El sueño va sobre el tiempo
flotando como un velero.
Nadie puede abrir semillas
en el corazón del sueño.**

**El tiempo va sobre el sueño
hundido hasta los cabellos.
Ayer y mañana comen
oscuras flores de duelo.**

**Sobre la misma columna,
abrazados sueño y tiempo,
cruza el gemido del niño,
la lengua rota del viejo.**

**Y si el sueño finge muros
en la llanura del tiempo,
el tiempo le hace creer
que nace en aquel momento.**

Federico García Lorca

AURKIBIDEA

I. SARRERA	5
II. JUSTIZIA TRANTSIZIONALA: JATORRIA, KONTZEPTUA ETA OINARRIZKO ELEMENTUAK 7	
1. Jatorria	7
2. Kontzeptua eta edukia	9
III. ESPAINIAR JUSTIZIA TRANTSIZIONALAREN AZTERKETA: BILAKAERA ETA HUTSUNEAK BIKTIMEN IKUSPEGITIK	12
1. Espainiar esperientziaren testuingurua: Gerra Zibila eta Frankismoa	12
1.1. Gerra Zibila (1936-1939)	12
1.2. Frankismo garaia (1939-1978)	14
2. Espainiar trantsizio-prozesuaren eredua	16
3. Espainiar justizia trantsizionalaren bilakaera	18
3.1. Zigorgabetasun Eredutik errehabilitazio eredurantz.	18
3.2. Moralaren sarrera eztabaida publikoan: Memoria Historikoaren Legea	21
3.3. Francoren exhumazioa eta Memoria Lege berria, nazioarteko irizpideetara egokitzapena	24
4. Ereduek espainiarraren ondorio nagusiak eta hutsuneak	27
IV. APOLOGIAREN KONTZEPTUA ETA NAZIOARTEKO TRATAERA JURIDIKO PENALA. .	29
1. Apologiaren irakurketa juridikoa	29
2. Apologiaren zigorra nazioartean	30
V. APOLOGIA ESPAINIAR ZIGOR ARAUDIAN	33
1. Apologia Frankistaren fenomenoa	35
1.1. Edukia	35
1.2. Ondasun juridiko urratuak	37
2. Apologia delituak 1995ko Zigor Kodean	39
2.1. Delituen apologia (Zigor Kodeko 18 artikulua)	39

2.1.1. <i>Tipoaren elementuak</i>	40
2.1.2. <i>Jurisprudentiaren ekarpena adierazpen askatasunaren babesean</i>	42
2.1.3. <i>Frankismoaren apologia eta 18. artikulua. Ondorioak</i>	44
2.2. Nazioarteko zigor-zuzenbideko krimenen apologia eta gorroto delituen apologia tipok (510.1.c eta 510.2.b artikulua).....	44
2.2.1. <i>Aurrekaria: genozidioaren apologia delitua (607.2 art.) eta 235/2007 Sententzia</i>	47
2.2.2. <i>Tipoaren elementuak</i>	49
2.2.3. <i>Frankismoaren apologia eta 510.1.c eta 510.2.b artikulua. Ondorioak</i>	53
2.3. Terrorismoa goratzearen eta biktimak umiliatzearen tipoa (KZ 578 artikulua) .	54
2.3.1. <i>Tipoaren elementuak</i>	55
2.3.2. <i>Jurisprudentiaren ekarpena adierazpen askatasunaren babesean</i>	59
2.3.3. <i>Frankismoaren apologia eta 578. artikulua. Ondorioak</i>	62
2.4. Tipo berriaren eztabaida eta komenigarritasuna. Proposamena	63
VI. ONDORIOAK	66
ERREFERENTZIAK.....	68

I. SARRERA

Denboraren eta ametsen arteko hartu-emanaz ari da Federico Garcia Lorca haren poema entzutetsuan, elkar elikatzen diren fenomeno konplexu gisa aurkeztuz. Bien arteko tirabira horretan, zehazki, kokatzen da gure lana.

Izan ere, gizarte demokratikoen nahiak eta asmoak gauzatzeko orduan, denboraren eztabaidak garrantzia handia du; iraganeko gertakariak orain baldintzatzen dute, bizitako esperientziak garapen sozialerako euskarriak finkatzen baitituzte. Honela, lan honen bidez espainiar gizartearen garapenean aurrerapauso bat proposatzen dugu iraganaren auzia mahai gaineratuz: Frankismoa goraiatzeko duten diskurtsoen tipifikazioa.

Memoria historikoa eraikitzeko eta biktimen erreparazio integrala erdiesteko bidean anomalia demokratiko honi aurre egin behar zaio; honela, diskurtso hauek biktimengan eragin dezaketen kaltea oinarri, jokabide apologetikoak tipifikatzeko beharra aldarrikatuko dugu hurrengo lerroetan. Horretarako, eztabaida hau ikuspegi zehatz batekin garatuko dugu: justizia trantsizionalarena.

Hasteko, fenomeno juridiko honi helduko diogu. Justizia trantsizionalaren jatorrian eta edukian sakonduko dugu, Estatuak biktimen erreparazioa bermatzeko eta haien duintasuna babesteko duen zeregina aztertuz, eta honen bidez jokabide apologetiko hauek debekatzeko oinarriak finkatuz.

Segidan, Espainiar errealitateari erreparatzea dagokigu, herrialde honek bizi izan zuen trantsizio-prozesuaren gakoak azpimarratzea ezinbestekoa baita. Modu honetan, lan honen proposamena den neurria testuinguruan jartzen saiatuko gara, Espainiak memoria demokratikoa sustatzeko bidean hartu dituen neurri ezberdinak eta haien bilakaera aztertuz.

Justizia trantsizionalaren kontzeptua behin azalduta, apologia problematikaren azterketari ekingo dugu, gatazka osteko gizartetan diskurtso hauek izan ohi duten irakurketa juridiko-penala garatuz. Gizateriaren aurkako krimenen apologiak urratu ditzakeen ondasun juridiko larriak kontuan, nazioartean modu anitzean egin zaio aurre fenomeno honi, herrialde bakoitzaren errealitateari men eginez; honen harira, nazioarteko irizpideei so egingo diegu, Espainiar tipifikazioa hauetara egokitzeke.

Hala, apologiaren fenomenoak Espainiar testuingurura ekarriko dugu. Batetik, proposatzen dugun tipoaren irismena eta izaera ulertzeko, ezinbestekoa zaigu gorazarre Frankistak gure herrialdean duen dimentsioa neurtzea; horretarako, Gerra

Zibilak eta Frankismoak Espainian utzitako oinazean sakondu, eta krimen hauen apologiak izan ohi duen edukia identifikatuko dugu, bereziki biktimen oinarrizko ondasun juridikoei sortzen dien kaltea mahai gaineratuz.

Bestetik, apologia delituak Espainiar zigor-araudian izandako ibilbideari so egingo diogu. Urteetan zehar, apologia jokabideek aldaera nabarmenak izan dituzte, arrazoi politiko-kriminal ugariaren ondorioz, eta zentzu honetan gure helburua da Frankismoaren apologiarentzako kokapen egokia aurkitzea. Apologia tipo ezberdinen azterketa medio, adierazpen askatasunaren babesa eta biktimen erreparazioa bermatuko digun irtenbide juridikoa begiztatuko dugu.

Amaiera bezala, egindako azterketaren ondorio nagusiak azpimarratuko ditugu, eta proposamen zehatza luzatuko dugu.

II. JUSTIZIA TRANTSIZIONALA: JATORRIA, KONTZEPTUA ETA OINARRIZKO ELEMENTUAK

Egungo Estatu demokratikoen errealitatea ulertzeko haien iraganen bizitako gertakarietara jo behar dugu, azken batean, herrialde batean jazotako prozesu historikoek baldintzatzen baitute Estatu garaikideen konfigurazioa.

Prozesu historiko hauek, sarritan, gatazka egoeren ondorioz ematen dira (gerra zibilak, diktadurak, nazioarteko gerrak, gizateriaren aurkako krimenak...), eta horietan berebiziko garrantzia izan ohi dute trantsizio moduan ezagutzen diren faseak; izan ere, diktaduratik demokraziarako edo gerratik bakerako trantsizio-prozesuetan, Estatu batek funtsezko neurriak hartu behar ditu etorkizuneko gizartean elkarbizitza eta bakea bermatzeko.

Bide honetan, mundu mailan ehunka eredu garatu dira iraganeko gatazkek gainditzeko, gizarte modernoan kohesiorako ezinbestekoak diren gaiei erantzuna emanez: biktimen aitortza eta erreparazioa, delitugileen egoera juridikoa, agintarien ardura edota errelatoaren auzia, besteak beste.

Agertoki hauen inguruko ikerketa zientifikoa oparoa eta nabaria izan da azken mendean; lan honen fruitu, Justizia Trantsizionalaren kontzeptua garatu da. Azter dezagun, bada, fenomeno juridiko honen jatorria eta funtsa.

1. Jatorria

Justizia trantsizionalaren ibilbide historikoan sakontzea ezinbestekoa da honen izaera eta irismena ulertzeko, garaiaren arabera, eta koiuntura nazional ezberdinak kontuan hartuta, modu anitzetan garatu baita.

Zuzenbide mota honen hasiera Bigarren Mundu Gerraren amaieran kokatzen da; TEITEL autorearen iritziz¹, gerraostean abiatu ziren prozesu ezberdinek ezarri zituzten justizia trantsizionalaren lehenbiziko oinarriak. Aliatuek gidatutako Nurembergeko prozesua dugu adierazgarriena, eta, honekin batera, Nazio Batuen Erakundeko Segurtasun Kontseiluak antzinako Jugoslaviarako eratutako Nazioarteko Zigor Auzitegia (ICTY/TPIY)² eta organo berak Ruandan eratutako Nazioarteko Zigor

¹ TEITEL, R., "Transitional justice genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, 16 zk., 2003, 69 or.

² Nazio Batuen Erakundeko Segurtasun Kontseilua, 827 (1993) Ebazpena, *Nazioarteko Auzitegi bat ezartzea eta Nazioarteko Zigor Auzitegiaren Estatutua onartzea antzinako Jugoslavian jazotako nazioarteko krimen epaitzeko*, 1993ko maiatzak 25a, S/RES/827, hemen irakurgai: [https://undocs.org/es/S/RES/827%20\(1993\)](https://undocs.org/es/S/RES/827%20(1993))

Auzitegia (ICTR/TPIR)³ justizia trantsizionalaren hasierako garapenerako mugarri garrantzitsuak izan zirela babesten du autoreak.

Aipatutako esperientzia juridiko hauek lehen genealogia osatzen dute⁴. Hala ere, doktrinak zehaztu duenez, prozesu historiko hauek justizia trantsizionalaren ikuspegi konkretu bat garatu zuten soilik: zigor penalean oinarritutako trantsizioa. Barkamena eta bakea baino, hauen helburua zigorgabetasuna ekiditea, errudunak zigortzea eta gizateriaren aurkako krimenei nazioarteko erantzuna ematea izan zen, justizia penalaz gain bestelako irtenbideak baztertzuz. Hori dela eta, fase hau bereziki baliagarria izan zen Nazioarteko Zuzenbide Penalaren garapenerako⁵.

Bigarren genealogiak, aldiz, gaur egun justizia trantsizionalaz dugun ulerkeraren oinarriak finkatu zituen. Bigarren fase hau demokratizazio azkarreko aldi bati lotuta dago, XX. mendearen azken laurdenean hasi zena Sobietar Batasunaren desintegrazioarekin eta Gerra Hotzaren baitan sortutako diktaduren amaierekin. Hemen kokatzen dira, hala nola, Europa Ekialdeko, Hego Afrikako, Argentinako, Txileko edota Espainiako esperientziak.

Hauetan, zigorraren beharrak garrantzia galtzen du, eta bakearen izenean zigorgabetasun ereduak sortzen dira. Ildo beretik, biktimen “egiaren eskubidea” gailentzen zaio zigorrari – egiaren bilaketa justiziaren gainetik – eta justizia errestitutiboa lehenesten da. Gainera, herrialde mailako prozesuak burutzen dira, nazioarteko protagonismoa murriztuz⁶.

Azkenik, TEITEL-en azterketarekin jarraituz, hirugarren genealogia dugu, XXI. mende hasierako prozesuak biltzen dituen⁷. Honetan bereziki nabarmentzekoa da Kolonbiako esperientzia, demokrazia formal baten baitan ematen baita. Garatzen ari den fase honetan, eduki sinbolikoak aparteko garrantzia du (eszenifikazio sinbolikoak, instituzioen protagonismoa...) eta gatazka egoeren beharra baztertzuz da; beste modu batera esanda, justizia trantsizionala demokrazien egunerokoan aplikatzen da salbuespenezko testuingururik behar izan gabe, barne-mailako liskar politikoen aurrean, alegia.

³ Nazio Batuen Erakundeko Segurtasun Kontseilua, 955 (1994) Ebazpena, *Nazioarteko Auzitegi bat ezartzea eta Nazioarteko Zigor Auzitegiaren Estatutua onartzea Ruandan jazotako nazioarteko krimen epaitzeko*, 1994ko azaroak 8, S/RES/955, hemen irakurgai: [https://undocs.org/es/S/RES/955%20\(1994\)](https://undocs.org/es/S/RES/955%20(1994))

⁴ TEITEL, R., “Transitional justice genealogy”, *cit.*, 70-74 orr.

⁵ CUERVO, B., MOLINA, P., TORRES, D., CASALLAS, A. Y., eta RODRÍGUEZ, J., “Origen y fundamentos de la justicia transicional”, *Revista Vínculos*, 11 zk., 2014, 133-134 orr.

⁶ TEITEL, R., “Transitional justice genealogy”, *cit.*, 75-89 orr.

⁷ *Ibid.*, 89-94 orr.

Horrenbestez, justizia trantsizionala aztertzean kontzeptu aldakorra dela argi izan behar dugu, Estatuaren eta testuinguru historikoaren arabera moldatzen dena. Izaera penaleko neurriek, esaterako, koiuntura batzuetan ezinbesteko papera izan dute, eta beste batzuetan, neurri osagarri gisa garatu dira bakea eta erreparazioa finkatze aldera. Fenomeno juridiko konplexu hau argitzeko bidean, doktrinak eta nazioarteko erakunde eta jurisprudentziak honen oinarriak argiki zedarritu ditu, segidan ikusiko dugun moduan.

2. Kontzeptua eta edukia

Era askotan definitu da hizpide dugun kontzeptua; besteak beste, *just post belum*⁸, “Justizia Trantsizionala” edota “Trantsizioko Justizia” nomenklatura erabili izan da. Nazio Batuen Erakundeak azken adiera honen alde egin du bere jardunean⁹.

Justizia trantsizionala litzateke, beraz, "gizarte batek iraganeko abusu handiei aurre egiteko, erantzukizuna bermatzeko, justizia emateko eta adiskidetzea lortzeko prozesu eta mekanismo multzoa"¹⁰.

Nazio Batuen Idazkaritza Orokorrak emandako definizio hori abiapuntu egokia da zuzenbide alor honen esanahian sakontzeko; hala ere, definizioaren zehaztasun falta ikusirik, esan dezakegu praktikaren bitartez eman da zientzia honen kontzeptualizazio gehiena –justizia bilatzeko, egia bermatzeko edota adiskidetzea ahalbidetzeko mekanismo zehatzak herrialdetako esperientzia anitzen fruitu dira, CHINCHÓN ÁLVAREZ-en hitzetan¹¹.

⁸ WALZER, M., *Reflexiones sobre la guerra*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2004, orr. 18 t. hur., latinismo hau erabiltzen du zuzenbidearen eremu hau izendatzeko, itzulpen literalean “gerraosteko zuzenbidea” litzatekeena. Adiera honek justizia trantsizionalaren ikuspegi oso mugatu bati erantzuten dio, lehenengo genealogian garatutakoari, hain zuzen ere; garai honetan, justizia trantsizionala soilik gatazka osteko egoeretan aplikagarri zela uste zen, eta zigor penalera mugatzen zen (CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el Franquismo en España”, *Cuadernos Deusto de DDHH*, 69 zk., 2012, 120 or., zitatua).

⁹ Gure kasuan, hedapen handiagoa duen Justizia Trantsizionala terminoa erabiltzen jarraituko dugu,

¹⁰ Nazio Batuen Erakundeak Idazkaritza Orokorra, *Zuzenbidezko Estatua eta trantsizioko justizia gatazkak pairatzen ari diren edo pairatu dituzten gizarteetan*, 2004ko abuztuak 3, S/2004/616, hemen irakurgai: <https://undocs.org/es/S/2004/616>

¹¹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el Franquismo en España”, *cit.*, 18 or.

Nazio Batuen Giza Eskubideetarako Goi Mandatariaren Bulegoak (ACNUDH) kontzeptu honen edukian sakondu du ere¹². Bere hitzetan, justizia trantsizionala giza eskubideen nazioarteko arauen lau printzipiotan oinarritzen da:

- a) Estatuak giza eskubideen eta nazioarteko zuzenbide humanitarioaren aurkako krimen larrien ustezko egileak ikertu eta auzipetzeko betebeharra, eta hala badagokio, errudunak zigortzekoa;
- b) iraganeko gehiegikeriei buruzko egia jakiteko eskubidea eta desagertutako pertsonen izan duten zoria ezagutzeko eskubidea;
- c) giza eskubideen eta nazioarteko zuzenbide humanitarioaren urraketa larrien biktimek erreparazio (indibiduala edo kolektiboa; materiala edo sinbolikoa) jasotzeko duten eskubidea; eta
- d) Estatuak etorkizunean sarraski horiek berriro gertatzea eragozteko neurriak sustatzeko duen betebeharra.

Ilido beretik, 2011ko urrian plazaratutako txosten berri batekin¹³, Nazio Batuen Idazkaritza Nagusiak trantsizioko justiziaren baitako neurrien inguruko gako berriak aurkeztu zituen. Haren hitzetan, trantsizioko justiziarekin lotutako ekimenak judizialak nahiz judizioz kanpokoak izan daitezke, bereziki garrantzitsuak direlarik: biktimen erreparazioa bermatzea, errudunen epaitzea, egia bilatzea eta erakundeen erreforma sustatzea.

Doktrinak, bere aldetik, gaiaren inguruko ekarpen handia egin izan du. CHINCHÓN ÁLVAREZ-ek¹⁴, esate baterako, lau galderetan laburtu ditu justizia trantsizionalaren objektua eta helburua:

- 1) Trantsizio prozesuan iraganean egindako krimenak gogoratu, prozesatu eta horiei aurre egin behar zaien, edo, kontrara, iraganari ez heltzea hobe den, hau ahaztuz eta etorkizunean pentsatuz; 2) noiz komeni den egitea; 3) nork gidatu behar duen prozesua; eta 4) nola egin behar den.

AMBOS-ek¹⁵, bere aldetik, lotura hertsia duten bi esfera nagusitan banatzen du justizia trantsizionalaren edukia: justizia eta biktimen eskubideak. Kontzeptu hauen garapenean, biktimen erreparazioak paper zentrala hartzen du ikusiko dugun moduan.

¹² Nazio Batuen Giza Eskubideetarako Goi Mandataria, *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*, 2014, 5-7 orr.

¹³ Nazio Batuen Erakundeko Idazkaritza Orokorra, *Zuzenbidezko Estatu eta trantsizioko justizia gatazkak pairatzen ari diren edo pairatu dituzten gizarteetan*, 2011ko urriak 12, S/2011/634, 7 or., hemen irakurgai: <https://undocs.org/es/S/2011/634>

¹⁴ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el Franquismo en España", *cit.*, 16 or.

Justiziaren bitartez biktimen interesen eta epe-luzeko ongizate sozialaren oreka bilatzen da; alor honetan kokatzen dira: amnistien eta zigorgabetasun ereduak azterketa, nazioarteko zigor zuzenbidearen muina diren krimenen pertsekuzioa (genozidioa, gizateriaren aurkako krimenak eta gerra krimenak), justizia administratiboaren gauzatzea¹⁶ edota bestelako mekanismo errestitutiboaren aplikazioa.

Biktimen eskubideen aitortzea, aldiz, hainbat neurri sustatzea ekartzen du berarekin. AMBOS-ek, berebiziko garrantzia ematen dio erreparazio justua jasotzeko eskubidea egikaritzeari¹⁷. Honen baitan sartuko lirateke, hala nola, konpentsazio ekonomikoak, errehabilitazio mediko eta psikologikoa, ez-errepikapen bermeak, biktima izaeraren aitortza publikoa, moralaren babesa edota omenaldiak.

Bestalde, justiziaren alor honek nazioarteko zuzenbidearekin duen lotura hertsia azpimarratu izan da. Zehazki, giza eskubideen errespetuak justizia trantsizionalaren jardura mugatzen duela aldeztu da; izan ere, sarritan, bakearen izenean giza eskubideen urraketak isilarazten dira trantsizio-prozeduretan, nazioarteko irizpide minimoak baztertuz.

Kasu hauetan, egoera soziopolitiko zehatz batek bultzatuta, zigorgabetasun ereduak onartzen dira, eta, talkan sartzen dira nazioarteko zuzenbideak babesten dituen ondasunak (giza duintasuna, elkartasuna edo justizia) eta herrialde bateko koiuntura zehatzak. BONET eta ALIJA-ren iritziz, giza eskubideen errespetua gailendu beharko litzateke beti, praktikan zaila izan daitekeela onartu arren¹⁸.

Honela, aztertu dugun nazioarteko erakundearen eta doktrinaren ekarpena eskuetan, justizia trantsizionalaren ikuspegi orokorra osatu dugu. Ikusi dugunez, fronte eta problematika asko jorratzen dituen fenomeno juridikoa da, neurri zibil zein penalak aurreikusten dituen hauei aurre egiteko; horietan, biktimen erreparazioa eta haien ongizatea helburu duten neurriak nabarmentzekoak dira, justizia trantsizionalaren muina osatzen baitute.

¹⁵ AMBOS, K., "El marco jurídico de la justicia de transición", AMBOS, K., MALARINO, E., ELSNER, G. (ed.), *Justicia de transición. Informe de América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009, 28-34 orr.

¹⁶ CAPELLÁ I ROIG, "La recuperación de la memoria histórica desde la perspectiva jurídica e internacional", *Entelequia*, 7 zk., 276 or., oso modu argian azaltzen du gatazka ondorengo testuinguruetan justizia administratiboak (*Administrative Justice*) duen papera. Bere esanetan, antzinako funtzionarioak eta estatuko agenteak erregimen politiko berriaren botere- eta erantzukizun-posizioetatik bereizteko ikerketa-prozeduren instituzioan oinarritzen da.

¹⁷ AMBOS, K., "El marco jurídico de la justicia de transición", *cit.*, 41-45 orr.

¹⁸ BONET PÉREZ, J., FERNÁNDEZ, R., "Impunidad, derechos humanos y justicia transicional", *Cuadernos Deusto de DDHH*, 53 zk., 2009, 73 t. hur. orr.

III. ESPAINIAR JUSTIZIA TRANTSIZIONALAREN AZTERKETA: BILAKAERA ETA HUTSUNEA BIKTIMEN IKUSPEGITIK

1. Espainiar esperientziaren testuingurua: Gerra Zibila eta Frankismoa

Arestian aipatu bezala, justizia trantsizionalaren kontzeptua herrialde bakoitzak bizi izan duen esperientziara egokitzen da; ez zaizkio neurri berdinak aplikatuko giza eskubideen urraketa arbitrario eta sistematikoak gauzatu dituen erregimen bati edo gatazka lokalizatuak izan dituen beste bati.

Hortaz, espainiar demokraziak behar dituen neurrien azterketa egin ahal izateko – tartean lan honek hizpide duen apologia delituaren azterketa –, herrialde honetako biktimek pairatutakoa dimentsionatzea dagokigu lehenbizi.

1.1. Gerra Zibila (1936-1939)

Espainiar Gerra Zibilaren hasiera Melillan kokatzen da, bertan hasi baitzen 1936ko uztailaren 17an bando nazionalaren altxamendu militarra. Hiru urtez, gatazka armatua espainiar lurraldeko izkina guztietara zabaldu zen, bi bando argi bereiziz: altxamendu militarra babesten zuen errebeldeak – frankista edo nazional bezala ezagunak – eta Gobernu Errepublikanoaren aldekoak – tartean, komunista, sozialista edota anarkistak.

Anaiarteko gerra honek giza galera nabarmenez gain, pobrezia, azpiegituren suntsiketa, gosea eta erabateko banaketa nazionala ekarri zuen. Indarkeria handiko gatazka izan zen: ikerketa ofizialik egon ez arren, historiagileek 300.000-400.000 hildakoren balioespena egiten dute¹⁹.

Eraiketa hauek beligerantzia handiko testuinguruan ematen ziren. Matxinoen kasuan, indarkeria bereziki larria izan zen; lurraldeen kontrola bereganatu ahala, exekuzio estrajudizialak, purga ideologikoak eta espetxeratze masiboak egiten ziren.

Honela, errepresio judiziala ezinbesteko tresna bihurtu zen gerra garaian; inongo bermerik edo defentsa eskubiderik gabeko berriazko epaiketak egiten ziren Gerra

¹⁹ Eztabaida honen inguruan, GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, 2009, 26 or.; edota GODICHEU, F., “La represión y la guerra civil española. Memoria y tratamiento histórico”, *Prehistoria*, 5 zk., 107 or.

Datuen inguruan desadostasun handia egon arren, aho batez berresten da bando nazionalak eraiketa kopuru handiagoa gauzatu zuela.

Kontseiluetan, zigor zuzenbidearen oinarritzko printzipioak guztiz baztertuz²⁰. Formalismo huts hauetan, biziarteko espetxe zigorrak edo heriotza zigorrak ezartzen ziren matxinoek berak haien Bando Militarretan ezarritako delituengatik; adibide gisa, akusazioak bizilagunen susmoetan edo elizara ez joatearen salaketan oinarritu zitezkeen²¹.

Edonola ere, erailketa gehienak judizioz kanpokoak ziren. Gehienetan senideei heriotzaren inguruabarrak eta ehorzketa lekua ezkutatzen zizkieten, eta, horrenbestez, espainiar geografia hobi komunez bete zen. Gizateriaren aurkako krimenen eskala handia zen: Entzutegi Nazionalako 5. Instrukzio Epaitegiak 114.226 desagertu kontabilizatu zituen (1936-1951 garairako)²², eta, bestalde, Espainiar Gobernuak 2.591 hobi komun inguru lokalizatu ditu.²³

Buruzagi politikoan, intelektualen, irakasleen edota sindikalisten erailketek mezu argia helarazi zien garaiko errepublikazaleei: erbestea ala heriotza. Ondorio gisa, ume asko familiatik bananduak izan ziren (gerrako umeak bezala ezagunak), milaka pertsonak deserriratu behar izan zuten, eta gainera, horietako askok atzerriko kontzentrazio-esparruetan amaitu zuten²⁴.

Errepublikazaleen aldetik, ordea, jazarpenak beste izaera bat izan zuen²⁵; JULIÁ-ren hitzetan, errepresio gorria deritzona askotariko talde independenteek gauzatu zuten bereziki, Gobernu Errepublikanoaren kontrolpetik at. Horien jomugan zeuden apaizak, lur-jabeak, patrioiak edota ideologikoki etsaiak kontsideratzen ziren herritarrak.

Zonalde honetan ere bermerik gabeko epaiketa sistematikoak egin ziren, "herri-auzitegiak" zirelakoetan arerioak matxinada, sedizio edo Estatuaren segurtasunaren aurkako delituengatik akusatuz eta heriotza-zigorra ezarri²⁶.

Gainera, amaitzeko, ezin da Gerra Zibilaren azterketarik egin pasarte traumatiko zehatzak mahaigaineratu gabe. Horien adibide dira: Badajozeko sarraskia (1936ko

²⁰ GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, cit., 29 or.

²¹ JULIÁ, S. (kord.), et al., *Víctimas de la guerra civil*, Martínez Roca, Madril, 81 or.; eta BRINCAT, L., *Need for international condemnation of the Franco regime*, 2005, 57. puntua.

²² Entzutegi Nazionalaren Autoa (5 Instrukzio Epaitegi Zentrala), 2008ko urriak 16 (399/2006 V Prozedurako Aurretzako Ekinbideak). Zuzenbidezko VI. Oinarria.

²³ Memoria Demokratikoaren Ministerioak osatutako hobien mapa hemen ikusgai: https://mapadefosas.mjusticia.es/exovi_externo/CargarMapaFosas.htm

²⁴ GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, cit., 33 or., autoreak 7.000 espainiar aipatzen ditu, horietatik 5.000 hildako zenbatuz; JULIÁ, S. (kord.), et al., *Víctimas de la guerra civil*, cit., 285 or., Mathausenera 15.000 espainiar eraman zirela ziurtatzen du, horietatik 7.000 bertan hil zirelarik.

²⁵ *Ibid.*, 117 t. hur. orr.

²⁶ *Ibid.*, 130, 141 eta 161 orr.

abuztua, 2.000-4.000 hildako), Paracuellos-eko hilketak (1936ko azaroa, 2.500 hildako), Lleida, Durango eta Gernikako bonbardaketak (1937 urtean zehar, 1.000 hildako inguru) edota Malaga-Almeria errepideko sarraskia – *la Desbandá* moduan ezaguna – (1937ko otsaila, 3.000-5.000 hildako artean)²⁷.

1.2. Frankismo garaia (1939-1978)

Tarte honen azterketa egitean, bi sasoi ezberdin bereizten dira: lehen frankismoa eta bigarren frankismoa. Lehena gerraosteko testuingurura egokitzen da, eta gerrako errepresioaren jarraipen bezala egituratu zen. Bigarrena, ordea, II Mundu Gerraren amaierarekin hasten da, jazarpen politikoa gauzatzeko modua aldatu zelarik.

Altxamendu militarren garaipenak errepresio-klimaren areagotzea ekarri zuen. Batetik, arerioen kartzelatze masiboa eman zen: espainiar lurraldea kontzentrazio-esparruz bete zen. Ikerketen arabera, 280.000 pertsona preso zeuden gerra amaitu bezain laster, 70 kontzentrazio-esparrutan bananduta. Gainera, bestelako preso eta iheslarien, auzolandegien eta armada errepublikanoa atxikitze zentroen datuekin, 190 esparru zenbatzen dira, 370.000-500.000 preso ingururekin. Hauetatik 10.000 preso gosez, indarkeriagatik edo gaixotasunen bidez hil zirela uste da²⁸.

Bestalde, judizioz kanpoko exekuzioek jarraitu zuten. “Paseoak” eta exekuzio masiboek 1936tik 1950 urtera arte iraun zuten GIL GIL-en arabera²⁹, bereziki 1939 eta “Izuaren hirurtekoan” zehar: 1947-1949 urteen artean.

Hurrengo urtetan, disidentzia politikoaren aurkako jazarpenak jarraitu zuen, modu bortitzean gainera. Oinarrizko eskubideak esekitzen zituzten legeak onartu ziren³⁰, administrazio eta enpresetan purga ideologikoak egin –funtzionario eta bestelako

²⁷ Gizateriaren aurkako krimen hauek bereziki ezagunak egin dira haietan bizi izan zen ankerkeria eta bidegabekeriagatik. Datuak, testigantzak eta eman zaien trataera historikoan sakontzeko: Badajozeko sarraskiaz (CEBRIÁN VÁZQUEZ, G., “Los sucesos de Badajoz, 77 años de historiografía” *Extremadura. Revista de Historia*, 2014); Gernikako bonbardaketaren inguruan (BERNECKER, W. L., “El bombardeo de Guernica” *El bombardeo de Gernika y su repercusión internacional. IX Historia-Bilduma*, 2012); Paracuelloseko hilketek (ROMERO SAMPER, J., EZPELETA ARIAS, J.M., “Paracuellos de Jarama: las pruebas”, *Aportes*, 86 zk., 2014) eta *La desbandá*-ren inguruan (“La desbandá, historia de la Guerra Civil española que se hace dibujos en una historieta” *Aularia*, 2 zk., 2017).

²⁸ BRINCAT, L., *Need for international condemnation of the Franco regime*, cit., 60 t. hur. puntuak.; JULIÁ, S. (kord.), et al., *Víctimas de la guerra civil*, cit., 159 t. hur. orr.

²⁹ GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, cit., 29 or.

³⁰ *Ibid.*, 37-41 orr. Legedia errepresioa zerrendatzen du: *Masoneriaren eta Komunismoaren Errepresioari buruzko Legea*, 1940ko martxoaren 1ekoa; *Estatuko Segurtasunari buruzko Legea*, 1941eko martxoaren 29koa; *Ordena Publikoari buruzko Legea*, 1949ko uztailaren 30ekoa; eta *Alferrei eta Gaizkileei buruzko Legea*, 1954ko abuztuaren 4koa.

langileen kaleratzearekin–, auzitegi errepresiboak sortu ziren³¹ eta torturaren erabilera orokortu zen.

Nazionalismoan, tradizionalismoan, nazional-katolizismoan eta antikomunismoan oinarritutako erregimen totalitarioa ezarri zen³². Hasiera batean, diktadura frankistak Italiako eta Alemaniako erregimen faxistekin mimetismo handiagoa zuen, II Mundu Gerraren amaierak bere nazioarteko eskklusioa ekarri zuelarik³³.

Trantsizio garaia arte, 1975ean kokatzen dena, errepresio politikoak jarraitu zuen, aliatuen garaipenaren ondoren baretu bazen ere (1950etik aurrera). 1952an Nurenbergeko Printzipioak sinatu zituen Espainiak, eta 1955ean Nazio Batuetan sartu³⁴. Hala ere, aipatzekoa da diktaduraren azken urteetan errepresioaren gorakada eman zela, bereziki Euskadi eta Nafarroan.

AGUILAR-en hitzetan³⁵, bigarren frankismoa delakoan, errepresioak presentzia nabarmena izan zuen euskal zonaldeetan, bereziki, ETaren eta bestelako talde ezkertiarren presentziagatik. Adibide moduan, 1974 eta 1975 urteetan poliziak herri-mobilizazioetan eraildako 36 pertsonetatik 24 euskaldunak ziren³⁶. Gainera, aipatu beharra dago garai honetan deklaraturako 11 salbuespen egoeratik, 10 lurralde hauetan deklaratu zirela³⁷.

Hitz gutxitan, Gerra Zibilean eta erregimen frankistan giza eskubideen urraketak larriak eta irismen handikoak izan zirela agerikoa da. Sufrimendu ondare honek

³¹ Esanguratsuen, Ordena Publikoaren Auzitegia izan zen (abenduak 2ko 154/1963 Legearen bidez sortua).

³² SÁNCHEZ RECIO, G., “En torno a la dictadura franquista”, *Hispania Nova. Revista de historia contemporanea*, 2015, 245 or.

Eztabaida doktrinal handia eman da Frankismoa definitzeko orduan; bi korrante bereizten dira: *diktadura faxista* moduan kalifikatzen dutenak, eta *erregimen frankistaren* kontzeptua babesten dutenak.

³³ Nazio Batuek honakoa salatu eta boikota sustatu zuten, termino hauetan:

“Jatorrian, izaeran, egituran eta jokabide orokorrean, Francoren erregimena izaera faxistako erregimena da, neurri handi batean Hitlerren Alemania nazitik eta Mussoliniren Italia faxistatik jasotako laguntzari esker ezarria; (...) Konbentzimenduz, Francoren Gobernu faxista Espainian indarrez inposatu zela, Ardatzeko potentzien laguntzarekin (...), ez duela Espainiako herria ordezkatzeko, eta Espainia etengabe menderatzen duenez, Espainiako herriak Nazio Batuetako herriekin nazioarteko gaitan parte hartzea ezinezko egiten ari dela.”

³⁴ Nazio Batuen Segurtasun Kontseilua, 109 (1955) Ebazpena, *Kide berrien onarpena Nazio Batuetan*, 1955ko abenduak 14, S/3509, hemen irakurgai: [https://undocs.org/es/S/RES/109%20\(1955\)](https://undocs.org/es/S/RES/109%20(1955))

³⁵ AGUILAR FERNÁNDEZ, P., “Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española”, *Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones*, 2001, 22 or.

³⁶ RIVERA, A., “La transición en el País Vasco: un caso particular”, UGARTE, J. (kord.), *La transición en el País Vasco y España. Historia y Memoria*, UPV/EHU, Bilbo, 1998 (AGUILAR FERNÁNDEZ, P., “Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española”, *Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones*, 2001, 22 or. zitatu).

³⁷ GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, cit., 44 or.

espainiar herritarrengan arrasto handia utzi du, eta instituzioen ardura da zauri hauei erantzun aproposa ematea. Espainiar justizia trantsizionalaren eredua, beraz, oinaze honen neurrira garatu beharko da; segidan, eredu espainiarrari hurbilpena egingo diogu, honen hutsuneak identifikatu eta iraganari eman zaion trataera ikusita, etorkizuneko pausuak zehazteko.

2. Espainiar trantsizio-prozesuaren eredua

Espainiar trantsizioa ulertzea ezinbestekoa da gure demokraziak justizia trantsizionalarekin duen harreman gatazkatsua ulertu ahal izateko eta eredu honen hutsuneei eta akatsei konponbide emateko.

Espainiar trantsizioa kalifikatzeko orduan, doktrinaren atal batek Max Planck Institutuak zehaztutako “iraganaren erabateko ahazte ereduaren” kontzeptuarekin³⁸ bat egiten du³⁹. Trantsizio eredu honek iragana jorrazteko modu mugatua ezartzen du, bi gakotan laburtu daitekeena: Gerra Zibileko krimenen edo Diktadurako gertakari errepresiboen gaineko neurri zehatzaile edo penalen guztizko bazterketa – urriaren 15ko 46/1977 Amnistia Legea⁴⁰ dugu zigorgabetasun nahi horren adierazgarri nagusia – eta egiaren bilaketa eta ikerketaren ukatzea, biktimen erreparazioa oztopatuz; funtsean, CHINCHÓN ÁLVAREZ-en hitzetan⁴¹, “zigorgabetasun eredua” litzatekeena.

Ildo bera jarraitu dute doktrinako beste hainbat ahotsek, termino bera erabili ez duten arren, trantsizioaren izaera erreformista, ez-apurtzailea eta amnesikoa azpimarratuz. “Amnesia kolektiboaren” kontzeptua, hain zuzen ere, sarritan babesten den kontzeptua dugu doktrinan, bereziki ikuspuntu historiko-soziologikotik aurkeztua;

³⁸ Atzerriko eta Nazioarteko Zuzenbiderako Max-Planck Institutuaren arabera, iragan diktatorialarekin konfrontazio juridiko penala izateko hainbat eredu bereizten dira, hiru eredu nagusitan sailka daitezkeenak: 1) *aurre-egite penalaren eredua*; 2) *adiskidetzearen eredua*; 3) *ahantzuraren eredua*. Azken horren barruan, era berean, lau azpikategoria egongo lirateke, a) iraganaren “erabateko” ahazte eredua; b) iraganaren “erabateko” ahazte eredua, errehabilitazioarekin. C) iragana “erlatiboki” ahazteko eredua, errehabilitazioarekin; d) iragana “erlatiboki” ahazteko eredu multiplea.

³⁹ Ildo honetan, GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, cit., 100 or.; CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Parthenon, Sevilla, 2007a, 323 or., CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el Franquismo en España”, cit., 38 or.; eta ARANGÜENA FANEGO, C., “La ley de memoria histórica y sus limitaciones: una visión desde la óptica del derecho procesal”, SUMALLA, T. (zuz.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, 120 or.

⁴⁰ 46/1977 Legea, urriak 15koa, Amnistiarena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 1977ko urriak 17, 248. zenbakia, 22765 – 22766 orriak.

⁴¹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 45 zk., 2007b, 124 or.

ikuskeraren arabera, iraganaren borondatez ahaztea etorkizuna bermatzeko itunaren funtsezko baldintza izan zen, espainiarren heldutasun politikoaren adierazgarria⁴².

Autore hauek "isiltasun-itunaren" edo "ahazte-itunaren" existentzia aldarrikatzen dute, zeinaren bitartez iraganaren inguruko edozein hausnarketa– ardura penalen bilaketa, justizia politikoa erdiesteko bestelako neurriak, gerrako krimenen argitzea... – tazituki eztabaida publikotik kanporatzen zen, klase politikotik hasita, epailetzara arte, memoriaren eztabaida publikoa gizarte mailan mututuz⁴³.

Ahantzurarako joera honek garaiko jendartearen babes zabala izan zuen, mementoko testuinguru post-traumatikoak eraginda; gizarte horrek nahiago izan zuen aldaketa baketsua, hausturarik gabekoa, kontu etekinak eskatu baino⁴⁴. "Txiki" Benegas buruzagi sozialistaren hurrengo hitzek argi islatzen dute ideia hau: "Gure herriarentzako askatasuna berriro konkistatzearen ideia hutsak isilarazi eta ahaztu egiten ditu gure herriak, erakundeak eta gure militanteek jasandako sufrimenduak"⁴⁵.

Honen harira, espainiar justizia trantsizionalak biktimei ekarri dien babesgabezia eta bazterketa salatu duten autoreak izan dira. Horietan CAPELLÀ I ROIG doktorearen hitzak bereziki nabarmentzekoak dira, iraganeko krimenen ahantzuraren datzan eredu espainiarraz egiten duen irakurketa bereziki lazgarriagatik.

⁴² AGUILAR FERNÁNDEZ, P., "Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española", *cit.*, 45 or., iritzien defentsa egin duten autoreen laburpen txikia egiten du bere lan entzutetsuan.

⁴³ MUÑOZ-CONDE, F., "La transformación jurídica de la dictadura franquista en un estado de derecho", *Revista Penal*, 2008, 70 or.; AGUILAR FERNÁNDEZ, P., "Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española", *cit.*, 20 or.; BRUNNER, J., "Ironías de la historia española: observaciones sobre la política pos-franquista de olvido y memoria", *Historia Contemporánea*, 2010, 166 or.; RIGBY, A., "Amnesty and Amnesia in Spain", *Peace Review*, 12 zk., 2000, 73 or.; LEMUS, E., *En Hamelin...La transición española más allá de la frontera*, Septem, Oviedo, 2001, 67 or.

⁴⁴ Zentzu honetan, AGUILAR FERNÁNDEZ, P., "Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española", *cit.*, 14-15 orr., doktrinaren oso zabaldua den ikuskera babesten du zigorgabetasun ereduaren hautaketa justifikatzeko.

Autorearen ustez ezin da barkamen ereduaren analisi zintzorik egin garaiko testuingurua aztertu gabe. Jazarpen politiko eta penalarren gaitzespena ez ezik, horren inguruko eztabaida publikorik eza ere garaiko eragile politiko eta sozialen pertzepzioak justifikatzen du; gatazka fratrizida baten memoria traumatikoak eta hura errepikatzearen beldurrak adiskidetzeko nazionalaren izenean muturreko erabakien hartzea erraztu zuen – alderdi ezkertiarren eta biktimen babesa ia erabatekoa zelarik. Gainera, boterea oraindik antzinako erregimeneko agintarien eskuetan egoteak, errepresio frankistaren oroitzapen hurbilak (eta hau pairatzeko beldurrak), oposizio demokratikoaren negoziatzeko indar mugatuak eta gerran bizitzeko basakeriekiko erruduntasun sentazio partekatuak ahaztearen eredu gailentzea lagundu zuen **Fuente especificada no válida**.

⁴⁵ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional", *cit.*, 134 or. artikuluan zitatua.

Bere iritziz⁴⁶, adiskidetze nazionalaren eta “barkamenaren itunaren” izenpean giza eskubideen urraketa larriak pairatu zituzten biktimen oinarritzko eskubideei entzungor egin zaie, bereziki egiaren eta erreparazioaren aldeko neurrien erabateko hutsunea azpimarratuz.

Laburbilduz, eredu hau biktimen problematikari erantzuteko gaitasun ezan oinarritzen da; nazioarteko krimenen biktima izanda ere, ez zaie biktimei ez egiarik (haien senideen gorpuen kokalekua, hiltzaileen identitateak, erailketen nondik norakoak), ez justiziarik (delitugileen pertsekuzioa, epaiketa eta zigorra), ez erreparaziorik (moralaren babesa, omenaldiak, aitortza) bermatzen.

3. Espainiar justizia trantsizionalaren bilakaera

Hasierako zigorgabetasun eredu zurrunetik beste eredu batzuen ezarpenean sakontzen joan da Espainiako eredu trantsizionala. Honela, garaiak eskatzen duenaren arabera, erreparazioa jorratzeko modu ezberdinak inplementatu dira, pixkanaka Europako eta nazioarteko irizpideetara egokituz.

3.1. Zigorgabetasun Eredutik errehabilitazio eredurantz

Biktimen erreparazio integralaren bidean emandako lehen neurriak izaera ekonomikoak izan ziren.

GIL GIL edo CHINCHÓN ÁLVAREZ bezalako autoreek nolabaiteko erreparazio neurriak eman direla aitortzen dute, hauen irismena zalantzan jartzen badute ere – CAPELLÁ I ROIG-ekin iritzia partekatuz⁴⁷.

Haien hitzetan, trantsizio hasieran eman zen “iraganaren erabateko ahazte eredu” geroago “errehabilitazio partzialarekin gauzatutako iraganaren erabateko ahazte eredu” bilakatu zen, bereziki 1990 urtea geroztik. Honela, iraganari biktimen

⁴⁶ CAPELLÁ I ROIG, M., “Represión política y derecho internacional: una perspectiva comparada”, *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Documenta Balear, Mallorca, 2009, 234 t. hur. orr.

⁴⁷ Kalte-ordain izaerako errehabilitazio neurri hauen kritikak modu argian laburbiltzen ditu GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, cit., 93-97 orr.

errehabilitazio ekonomikoaren bidez egiten zaio aurre, zehazki, kalte-ordainen bidez – erreparazio materialaren bidea deritzona⁴⁸.

Neurri ekonomiko hauen adibide esanguratsuak dira, besteak beste, 5/1979 Legea, joan den Gerra Zibilean hildako espainiarren senideen eta alargunen aldeko pentsioak, laguntza mediko-farmazeutikoa eta gizarte-laguntza aitortzen dituen⁴⁹, 6/1982 Legea, gerrako mutilatu zibilen pentsioei buruzkoa⁵⁰, edota 4/1990 Estatuko Aurrekontu Orokorren Legearen hemezortzigarren xedapen gehigarria, Amnistiaren Legeak jasotako kasuen ondorioz 3 urteko espetxealdia jasan zutenen aldeko kalte-ordainak zehazten dituen^{51 52}.

Beraz, gauzak honela, kalte-ordainen bideari ekin zitzaien biktimen erreparazioa bultzatzeko. Izaera ekonomikoko neurri hauek kalte-ordain terminoan garatu badira ere, ez dira kalte-ordainak teknikoki; Auzitegi Konstituzionalak berak zehaztu du ez direla Administrazioaren edo Justiziaren funtzionamendu anormal batengatik edo akats judizial batengatik eragindako kalteak arintzeko neurriak. Auzitegiarentzat, berez, legegileak, erabaki politiko baten arabera, graziaz ezarritako laguntzak dira, ez dutenak zertan aurretiazko kalte aitortzen⁵³.

Hari berari jarraitu dio doktrinak; kalte-ordainak ez dira oinarritu biktimek pairatutako eskubide urraketan aitortzean ez haien biktima kondizioaren aitortzean –haien

⁴⁸ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el Franquismo en España”, *cit.*, 38 or.; GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, *cit.*, 94-100 orr.; eta AGUILAR FERNÁNDEZ, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política en la dictadura y en la democracia*, Alianza, Madril, 2008, 506 t. hur. orr.

⁴⁹ 5/1979 Legea, irailak 19koa, joan den Gerra Zibilean hildako espainiarren senideen eta alargunen aldeko pentsioak, laguntza mediko-farmazeutikoa eta gizarte-laguntza aitortzen dituen. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 1979ko irailak 28, 233. zenbakia, 22605 - 22606 orriak.

⁵⁰ 6/1982 Legea, martxoak 29koa, gerrako mutilatu zibilen pentsioei buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 1982ko apirilak 3, 80. zenbakia, 8818 - 8818 orriak.

⁵¹ 4/1990 Legea, ekainak 29koa, Estatuko Aurrekontu Orokorrena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 1990ko ekainak 30, 156. zenbakia, 18669 - 18710 orriak.

⁵² Hauetaz gain, Espainiako justizia trantsizionalaren fase honetan izaera bereko neurri ugari plazaratu ziren; AGUILAR FERNÁNDEZ, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política en la dictadura y en la democracia*, *cit.*, 506 t. hur. orr., neurri hauen zerrenda xehatua egiten du, hauek zerrendatuz eta bakoitzak eskaintzen dituen dirulaguntza zehatzak azalduz.

⁵³ Konstituzio Auzitegia (Osoko Bilkura). 361/1993 Sententzia, abenduak 3koa. Zuzenbidezko II. Oinarria.

2.645, 2.646, 2.647 eta 2.648/92 eta 12 eta 420/93 konstituzio-kontrakotasun arazo metatuak erantzuten ditu honek. Lehenengo lauak Asturiasko Justizia Auzitegi Nagusiko Administrazioarekiko Auzien Salak sustatuak, eta gainerako biak Gaztela-Mantxako eta Madrilgo Justizia Auzitegi Nagusietako jurisdikzio-ordena bereko saiek sustatua, hurrenez hurren.

duintasunerako ezinbestekoa; aitzitik, Estatuaren eskuzabaltasunaren laguntza gisa taxutu dira⁵⁴.

URQUIJO-k “laguntza sozial” adiera erabiltzen du hauei erreferentzia egiteko⁵⁵; zehazki, kartzela pairatu duten pertsonen aldeko laguntzak azaltzean (4/1990 Estatuko Aurrekontu Legea eztabaidatuak zehazten dituenak) kalte-ordain izaera ukatzen die, kalteen aitortenak inplizituki kartzela zigor horiek deuseztatzeko prozesua ireki beharko lukeelako, gertatu ez den zerbait. Halaber, salatzen du laguntza hauek “espetxeratzea egiazta zezaketenei diru kopuru bat ematea baino ez dute ekarri, iraganari buruzko hausnarketa eta memoria demokratiko bat sortzeko ahalegina guztiz alboratuz”.

AGUILAR FERNÁNDEZ-ek ere konpentsazio hauek “berantiar, urriak eta osatugabeak” bezala kalifikatu izan ditu⁵⁶ eta biktima asko Estatuaren estalduratik kanpo geratzen direla nabarmendu du ere⁵⁷.

Era berean, TAMARIT SUMALLA autore ezagunak honako hausnarketa egiten du laguntza hauen inguruan⁵⁸: “(errehabilitazio) politika horren baitan, kalte-ordaina jasotzeko eskubideak legegilearen elkartasun-keinu bati erantzuten dio benetako erreparazio-eskubide bati baino, honek Estatuaren aldetik sortutako bidegabekeria existitu izana aitortzea ekarriko bailuke”.

Gainera, GIL GIL-ek bereziki larritzat kalifikatzen du diru-laguntza hauek eskuratzeko biktimen haien kondizioa frogatu beharra izatea; beste modu batera esanda, Estatuak ez du inola ere ez hartzen ikertzeko obligaziorik, ez du ofizioz jarduten laguntza horien hartzaile liratekeen horiei haien kondizioa aitortuz, baizik eta biktimaren ardura da eskaera egitea eta horretarako Artxibategietara edota Administrazioa jo behar du frogabide bila⁵⁹. Biktimei ardura hau ezartzearen erabakia

⁵⁴ GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, cit., 97-153 orr.; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el Franquismo en España”, cit., 39 or.

⁵⁵ URQUIJO, M., “La memoria negada: la encrucijada de la vía institucional en el caso del Gobierno Vasco y las víctimas del franquismo”, *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, 6 zk., 2006, 199 or.

⁵⁶ AGUILAR FERNÁNDEZ, P., “Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española”, cit., 37 or.

⁵⁷ AGUILAR FERNÁNDEZ, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política en la dictadura y en la democracia*, cit., 455 or. Zehazki, kartzelan torturatutako presoek edo erbesteratuek duten estaldura faltari egiten die erreferentzia.

⁵⁸ TAMARIT SUMALLA, J., *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, 16 or.

⁵⁹ GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, cit., 97 or.; URQUIJO, M., “La memoria negada: la encrucijada de la vía institucional en el caso del Gobierno Vasco y

“egiaren pribatizazioa” bezala kalifikatua izan da Amnistia Internazionala erakundearen aldetik⁶⁰.

Horiek horrela, bistan da neurri ekonomiko hauek ez diotela erantzuten biktimen problematikari, aitortpenik ezean duintasunik ez moralik ez baita babesten.

3.2. Moralaren sarrera eztabaida publikoan: Memoria Historikoaren Legea

Azken urteotan erreparazio moralaren bidean garatutako hainbat neurri eman dira, nolabait, iragan traumatikotik eta, zehazki, Trantsizio prozesutik urrundu ahala memoriaren gaia modu osatuago batean jorratzeko beharra gizartean zabaldu baita⁶¹.

Joera berri honen abiapuntua Espainiako Bigarren Errepublikaren aldarrikapenaren 75. urteurrena eta gerra zibilaren hasieraren 70. urteurrena ditugu. Une historiko honetan, Espainiako Kongresuak sinbolismoz beteriko Legea onartu zuen: 24/2006 Legea, uztailaren 7koa, 2006a "Memoria Historikoaren Urtea" izendatu zuena⁶².

Modu honetan, diskurtso ofizialak urteetan zehar ahanztura ereduaren aldeko babes irmoa egin ondoren –adiskidetze nazionalerako eta espainiarren arteko gogaidetasunaren berme bakartzat aurkeztuz – esplizituki, lege bidez, etorkizuneko bizikidetzaz finkatzeko modurik sendoena iraganari aurre egitea zela deklaratu zen.

las victimas del franquismo”, *cit.*, 203-205 orr. Euskal Autonomia Erkidegoan biktimek diru laguntzak eskuratzeko orduan bizi dituzten arazoak azaldu ditu modu zehaztuan.

⁶⁰ Amnistia Internacional, *Victimas de la Guerra Civil y el régimen franquista: el desastre de los archivos, la privatización de la verdad*, Madril, 2006, 11-14 or.

⁶¹ AGUILAR, P., BALCELLS, L., eta CEBOLLA, H., “Las actitudes de los españoles ante las medidas de justicia transicional relativas a la guerra civil y al franquismo”, *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, 69 zk., 2011, 64-66 orr.

Azken urtetan egin diren ikerketa soziologikoen joera hau erakusten dute: gizarteak asmo handiko neurriak nahi ditu. Aguilar-ek memoriaren inguruko galdeketa soziologiko zehatz bat aztertzen du: galdetuen %50.2k uste du Gerra Zibileko biktimen gorpuzkiak identifikatu eta hilerri batera eraman beharko liratekeela; %55 batek uste du gerra gorai patzen duten sinboloak leku publikoetatik kendu beharko liratekeela; %84ak uste du Estatua arduratu beharko litzatekeela hobi komunitateko gorpuzkinak berreskuratzeaz eta identifikatzeaz; azkenik, %61 batek diktaduraren biktima guztiei eskainitako monumentu bat egon beharko litzatekeela uste du.

Iritzi hauek Trantsizioaren garaitik hona gizartearen aldaketa soziologiko nabarmena eman dela erakusten dute.

⁶² 24/2006 Legea, uztailaren 7koa, 2006a “Memoria Historikoaren Urtea” izendatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2006ko uztailak 8, 162. zenbakia, 25573 - 25573 orriak.

Joera berri honen adierazgarri nagusia dugu, zalantzarik gabe, 52/2007 Legea, Gerra Zibilean eta diktaduran jazarpena edo indarkeria jasan zutenen eskubideak aitortu eta zabaltzen dituen⁶³ – Memoria Historikoaren Legea bezala ezaguna.

Batetik, autore ugari lege-testu honen balio sinbolikoa txalotu dute, mota honetako erreparazio-kolektiboen garrantzia aldarrikatuz⁶⁴. Izan ere, arau honek balio sinboliko nabarmeneko neurriak ditu; horietan bereziki garrantzitsua altxamendu militarra, Gerra Zibila eta diktaduraren errepresioa modu pertsonal edo kolektiboan goresteko oroitzapenezko armarri, intsignia edota plakak kentzeko agindua dugu (15. artikulua). Ildo beretik, Gerra Zibil eta diktadura garaiko organo juridiko errepresiboen zilegitasun eza deklaratu (3. artikulua) eta garai honetan zehar ezarritako zigor, kondena edota bestelako indarkeria moduak erabat bidegabeak deklaritzen dira (2. artikulua).

Azken neurri honen oinarri moduan legegileak planteamendua berria erabiltzen du, orain arte jaso gabeko eskubide bati bide emanez: “herritar guztiek erreparazio morala jasotzeko eta beren oroimen pertsonala eta familiarra berreskuratzeko duten eskubidearen adierazpen gisa (...)”⁶⁵. Halaber, zioen azalpenean erreferentzia egiten zaio “memoria pertsonala edo familiarra izateko eskubide indibiduala” delakoari⁶⁶.

Hortaz, esan dezakegu legegileak aurrera pausu handia egiten duela biktimen erreparazioan ikuspegi morala sartuz. Neurri hauen irismen sinbolikoa are agerikoagoa da kontuan izanik aipatutako *erabateko bidegabekeria deklarazioak* edota *organo juridikoen ez zilegitasun deklarazioak* ez dutela inongo ondore praktiko, ekonomiko edo juridikorik. GIL GIL-ek salatzen duen moduan, deklarazio honek ez du kalte-ordain

⁶³ 52/2007 Legea, abenduak 26koa, Gerra Zibilean eta diktaduran jazarpena edo indarkeria jasan zutenen eskubideak aitortu eta zabaltzen dituen. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2007ko abenduak 27, 310. zenbakia, 53410 - 53416 orriak.

⁶⁴ AGUILAR, P., BALCELLS, L., eta CEBOLLA, H., “Las actitudes de los españoles ante las medidas de justicia transicional relativas a la guerra civil y al franquismo”, *cit.*, 64-66 orr. eta PAYERO LÓPEZ, L., “Justicia de transición en España: claves para aprobar una asignatura pendiente”, *Revista de Paz y Conflictos*, 9 zk., 2016, 220 or.

⁶⁵ Abenduak 26ko, Memoria Historikoaren 52/2007 Legearen 3.1 artikulua: “*Herritar guztiek erreparazio morala jasotzeko eta beren oroimen pertsonala eta familiarra berreskuratzeko duten eskubidearen adierazpen gisa*, Gerra Zibilean arrazoi politikoek, ideologikoek edo erlijio-sinesmenen izenean ezarritako kondena, zehapen eta indarkeria pertsonaleko mota guztiak, bai eta diktaduran kausa berengatik jasandakoak ere, erabat bidegabeak direla aitortzen eta adierazten da”.

Zioen azalpenean erreferentzia egiten zaio ere “memoria pertsonala edo familiarra izateko eskubide indibidualari”.

⁶⁶ Lege honen abiapuntua zera da: memoria pertsonal eta familiarren errespetua, bereziki izaera publikoko gatazka bat pairatu duten horiena, demokraziaren balioen parte dela, eta, horrenbestez, testu honetan jaso behar dela. Ildo horretan, herritar bakoitzaren oroimen pertsonal eta familiarrerako eskubide indibiduala aitortzen da, Legeren 2. artikuluan. zehazki.

ekonomiko edo profesionalik sortzen, eta, hori gutxi balitz, berriz ere biktimari ezartzen zaio bere izaera frogatzeko eta aintzatetsia izateko ekimena hartzeko zeregina⁶⁷.

Horrela, ba, kontraesanezko egoera baten aurrean kokatzen gara: neurri sinbolikoak txalotzen badira ere, hauen irismen urria eta mugatua salatzen da. Biktimen elkarteek, doktrinak eta nazioarteko organismo ugari – lege honen beharra aldarrikatzen zutenek – ia aho batez kritikatu dute honen epeltasuna, bi hutsune nagusi mahaigaineratuz: nazioarteko araudiak galdatzen duen biktimen erreparaziorako neurrien erabateko gabezia⁶⁸ eta Estatuak Gerra Zibilean eta diktaduran gertatutako krimenak ikertzeko obligazioaren egikaritze falta (egia jakiteko biktimen eskubide indibiduala eta gizartearen eskubide kolektiboa gauzatzea, funtsean)⁶⁹.

Eztabaida publiko handiarekin jaio zen lege honek, gainera, ibilbide oso gatazkatsua izan du⁷⁰. Batetik, Mariano Rajoyren gobernupean (X. legegintzaldia), Memoria Historikoaren Legea indargabetuta geratu zen izatez, 2013rako eta 2014rako Estatuko Aurrekontu Orokorretan hura aplikatzeko funtsik gabe geratu baitzen⁷¹.

⁶⁷ GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, cit., 79 eta 97 orr.

⁶⁸ Besteak beste, Giza Eskubideen Nazioarteko Zuzenbiderako Espainiako Elkarteak, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo*, 2008, 22 or., eta Amnistia Internacional, *Víctimas de la guerra civil y franquismo: no hay derecho*, 2006, 38 or., nazioarteko elkarteak. Gainera, azken honek kritika Legearen gainerako aspektutara zabaldu zuen, segidan ikusi daitekeen moduan:

Amnistía Internacional asegura que la Ley de Memoria Histórica no salda la deuda pendiente. (2007ko urriak 22). El Mundo. Hemen irakurgai:

<https://www.elmundo.es/elmundo/2007/10/18/solidaridad/1192705511.html>

⁶⁹ Zentzu horretan adierazi dira, besteak beste: TAMARIT SUMALLA, J., *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, cit., 15 or.; MUÑOZ CONDE, F., “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un estado de derecho”, *Revista Penal*, 2008, 78 or.; PAYERO LÓPEZ, L., “Justicia de transición en España: claves para aprobar una asignatura pendiente”, cit., 213 or.; GÓMEZ ISA, F., “Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso español”, RIPOL CARULLA, S. eta VILLÁN DURÁN, C. (zuz.), *Justicia de transición: el caso de España*, Institut Català Internacional, Barcelona, 178-179 orr.; GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, cit., 75 or.

⁷⁰ *Ibid.*, 75 eta 142 orr.

⁷¹ Erabaki honek eztabaida publiko handia sortu zuen Legearen babesle eta kritikoen artean. Hedabideek gizarte haserre hau haien orrialdeetan islatu zuten; horietan, modu bateratuan kritikatu zen Legearen izatezko deuseztatzea. Adibide moduan:

- Junquera, N. (2013ko urriak 5). La promesa que Rajoy sí cumplió. El País. Hemen irakurgai: https://elpais.com/politica/2013/10/05/actualidad/1380997260_542677.html.
- Asociación para la Memoria Histórica. El Gobierno vuelve a ningunear la Ley de Memoria Histórica y le da cero euros. Hemen irakurgai: <https://memoriahistorica.org.es/el-gobierno-vuelve-a-ningunear-la-ley-de-memoria-historica-y-le-da-cero-euros/>

Bestetik, traba judizial eta administratiboak ugariak izan dira, Memoria Historikoa Berreskuratzeko Elkarteak (ARMH) sarritan salatu dituenak⁷². Amnistia Internazionalak bere “etsipena eta kezka” adierazi du Legearen garapen urriagatik, eta hainbat agiriren bitartez, legeak biktimen erreparazioan duen anbizio falta kritikatu izan du bere indarraldian zehar, beti nazioarteko araudiaren urraketak azpimarratuz⁷³.

Nolanahi ere, ukaezina da Lege honen onarpenak justizia trantsizional espainiarrean mugari garrantzitsua izan zela. GÓMEZ ISA-k aldarrikatzen duen moduan⁷⁴, Legea biktimen erreparazioa jorrazteko bide berriak aurkezten ditu, biktimen moralari lehenbizi estaldura juridikoa ematen zaiolarik. Honela, etorkizuneko neurrientzako abiapuntua izan daiteke.

3.3. Francoren exhumazioa eta Memoria Lege berria, nazioarteko irizpideetara egokitzapena

Justizia trantsizional espainiarraren azterketari amaiera emateko, azken urteetan biktimen erreparazioari egin zaion hurbilketa berria aztertuko ditugu, lan honek duen proposamena joera honen baitan kokatzen baita: biktimen erreparazioarako neurri integralena.

Izan ere, agerikoa da garai diktatorialean errepresioa pairatu zuten biktimen problematika jorrazteko eredu berria garatzen ari dela, zehazki, bi neurri esku tartean izanik:

⁷² ARMH. Diez casos en los que los tribunales frenaron la Ley de Memoria Histórica. Hemen irakurgai: <https://memoriahistorica.org/es/diez-casos-en-los-que-los-tribunales-frenaron-la-ley-de-memoria-historica/>

⁷³ Kronologikoki, Amnistia Internazional-ek legea indarrean dagoenetik honako kritikak egin ditu:

- <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/la-ley-sobre-victimas-de-la-guerra-civil-y-el-franquismo-aunque-mejora-no-salda-la-deuda-pendiente/> (2007)
- <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/un-ano-despues-de-la-ley-de-memoria-historica-las-victimas-de-la-guerra-civil-y-el-franquismo-tien/> (2008)
- <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/amnistia-internacional-denuncia-el-desamparo-judicial-que-sufren-las-victimas-de-la-guerra-civil-y-e/> (2012)
- <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/espana-mas-trabas-para-no-investigar-crmenes-cometidos-durante-la-guerra-civil-y-franquismo/> (2016)
- <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/naciones-unidas-constata-que-las-victimas-de-desapariciones-forzadas-de-la-guerra-civil-y-el-franqui/> (2017)

⁷⁴ GÓMEZ ISA, F., “Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso español”, *cit.*, 178 or.

Alde batetik, 10/2018 Errege Dekretuaren argitalpena⁷⁵ inflexio-puntu handia izan da biktimen duintasuna babestu aldera. Arau honen bitartez Memoria Historikoaren Legea aldatu zen, Francisco Franco diktadorearen gorpua Erorien Haranetik ateratzeko, eta honela egin zen 2019ko urriaren 24ean.⁷⁶ Neurri honek memoria historikoaren alderdi morala asetzen du, zalantzarik gabe, hobitik ateratzeak diktadorearen gurtza publikoa betiko lurperatuz.

Bestalde, Talde Parlamentario Sozialistak Memoria Historikoaren Legea aldatzeko proposamen berria aurkeztu du, aldaketa garrantzitsuak aurreikusten dituenak⁷⁷. Oraina arte doktrinak eta nazioarteko organoek eskatutako neurriak jasotzen ditu: pertsona desagertuen bilaketa Estatuari egozten dio –orain arte partikularren ardura zen, eta Estatua diru-laguntzak ematera mugatzen zen –, Biktimen Errolda Nazionala sortzen du, Memoria Kontseiluaren eraketa agindu...⁷⁸

Gainera, gure azterketarako garrantzitsua den neurri-sorta aurkezten du: Gerra Zibilaren eta Frankismoaren elementu errepresiboen gorazarrea eta justifikazioa ekiditeko ekimenak. Honela, Frankismoaren goraipamenak biktimen erreparazioan sortzen duen mina aitortu eta fenomeno honi aurre egiteko neurriak aurreikusten ditu legegileak.

Lehenik, interesgarriena izan dakigukeena, memoria legediaren aplikazioa eta biktimen duintasuna bermatzeko zehapen-prozedurak bideratzea begiztatzen du lege-proposamenak, hainbat arau-hauste eta zigor aurreikusiz⁷⁹.

⁷⁵ 10/2018 Errege Dekretua, abuztuak 24koa, 52/2007 Legea aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2018ko abuztuak 25, 206. zenbakia, 84607 - 84610 orriak.

⁷⁶ Francoren gorpuzkina hobitik ateratzeko akordioa 2019ko otsailaren 15ean gauzatu zen, 18N 84/2018 Txostenari amaiera emanez. Prozeduraren nondik norakoetan sakontzeko “*Acuerdo por el que se resuelve el procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 16.3 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quien es padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura (Expediente 18N 84/2018)*”. Lotura honetan irakurgai:

<https://www.elconfidencialdigital.com/media/elconfidencialdigital/files/2019/02/20/NOTIFICACION%CC%81N-RESOLUCION%CC%81N-1-1-.pdf>

⁷⁷ *Proposición de Ley de Memoria Histórica y Democrática. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista*, B-47-1 zk., 2020ko urtarrilak 31, hemen irakurgai:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-47-1.PDF

⁷⁸ Lan honen aurkezpenaren uanean jarduera parlamentarioa mugatua dagoen arren, aurreikustekoa da lege-proposamen hau aurrera aterako dela, besteak beste, gobernuko kide diren alderdi politikoek sinatu duten akordio programatikoan lege aldaketa hau sustatzea adosten baita. Akordioaren dokumentua hemen ikusgai: <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalicion%CC%81N-progresista.pdf> (Memoria Historikoaren atala 30. orrian ageri da).

⁷⁹ **Artículo 15**

1. Son infracciones muy graves:

Gorpuak hobitik ateratzeko prozeduretan eman daitezkeen irregulartasunez gain, bereziki azpimarragarriak dira Frankismoaren goraipamena ekiditera bideratuak dauden debekuak, bai irismen publikoko espazioetan hauek ospatzeko debekua (15.1.III art.), bai honen inguruko sinbologia mantentzeko debekua (15.2.III art.). Lege-proposamenak, haren 16. artikuluan, 10.001 - 100.000 euroko, eta 2.001 - 10.000 euro bitarteko isunak ezartzen ditu arau-hauste hauentzako, hurrenez hurren.

Bigarrenik, 1936ko kolpe militarra, Gerra Zibilean egindako giza eskubideen urraketak, diktadura frankista edo Francisco Franco diktadorea bera goraipatzea ekar dezaketen hainbat suposamendu jasotzen dira. Hauek ekiditeko neurriak honakoak ditugu:

- *5. artikulua* hainbat noblezia-tituluen ezabatzea agintzen du. Honen arabera, memoria historikoaren ministro arduradunak Gerra Zibilaren edo Frankismoaren laudatzea adierazi dezaketen 1948 eta 1977 urte bitarteko tituluen katalogoa egingo du, eta segidan hauek ezeztatu (Horien artean Frankotarren duketza egongo litzateke)⁸⁰.
- *12. artikulua*ren esanetan, Frankismoan emandako polizia-kondekorazioak baliogabetzen dira, baldin eta egiaztatzen bada onuradunak

El traslado de los restos de víctimas de la Guerra Civil española o la dictadura sin la autorización administrativa correspondiente.

La destrucción de fosas de víctimas de la Guerra Civil española y la dictadura.

La destrucción o menoscabo de lugares declarados como Lugar de Memoria Histórica, cuando las características del lugar o la gravedad de los hechos justifiquen su calificación como muy grave.

La falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización, en espacios abiertos al público, de actos de exaltación, enaltecimiento o conmemoración del golpe militar de 1936, de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil española, de la dictadura franquista, o del dictador Francisco Franco por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrollen dichos actos.

2. Son infracciones graves:

La destrucción o menoscabo de lugares declarados como Lugar de Memoria Histórica, cuando no constituya infracción muy grave.

La realización de excavaciones para la localización o exhumación de restos sin haber obtenido la autorización administrativa correspondiente.

La falta de comunicación a las autoridades competentes de los hallazgos de restos de víctimas.

El mantenimiento de simbología de exaltación de la dictadura franquista.

3. Son infracciones leves:

El deterioro de las placas identificativas de los Lugares de Memoria Histórica."

⁸⁰ Lege-proposamena aurkeztu baina bi urte lehenago, 2018an, eztabaida publiko handia izan zen Espainian, Frankotarren Duketza Carmen Martínez Bordiu andreari – diktadorearen bilobari – eman zitzaionean.

Memoria Historikoa Berreskuratzeko Elkarteak honen aurka egiteko Fiskaltzara joango zela adierazi zuen, haserre klima handi baten inguruan [Hernandez, C. Las víctimas del franquismo lucharán para que se elimine el Ducado de Franco tras la muerte de la hija del dictador (2017ko abenduak 30). Eldiario.es. Hemen berriaren lotura: https://www.eldiario.es/politica/victimas-franquismo-lucharan-Ducado-Franco_0_724077931.html).

Merezimenduarekin argi eta garbi bateraezinak diren ekintzak eta jokabideak gauzatu bazituen. Honen bidez polizia torturatzailleen goraiatzea etetea bilatzen da.

- *19. artikuluan*, buruzagi frankistaren gorpuzkia dela eta hurrengoa xedatzen du: “Francisco Francoren gorpuzkiak ezin izango dira lurperatuta egon sarbide publikoko ezein tokitan, titulartasuna edozein dela ere, 1936ko kolpe militarra, Gerra Zibilean edo diktadura frankistan egindako giza eskubideen urraketak goratu edo oroitzeko ekitaldi publikoak egitea erraztu badezake.”
- Azkenik, aipatzekoa da Erorien Haranean izaera bereko debekua xedatzen dela *16. artikuluko hirugarren atalean*; honen arabera, barrutian ezin izango da inolako ekitaldi politikorik egin, ezta Gerra Zibilaren, haren protagonisten edo frankismoaren goraiamenik ere.

Bide honetan, Frankismoaren apologia ekiditeko neurriek zentralitate osoa hartu dute memoria-eredu berri honetan; are gehiago, legegileak hertsapen neurriak aurreikusten ditu lehen aldiz, biktimen erreparazioari lehentasun osoa emanez. Honela, lan honen oinarri den neurriak, Frankismoaren goraiamena penalki zigortzeak, abagune aproposa aurkitzen du haren ezarpenerako.

4. Eredu espainiarraren ondorio nagusiak eta hutsuneak

Gauzak honela, eta espainiar justizia trantsizionalaren gako nagusietan sakonduta, lan honen aztergaiaren inguruko hainbat ondorio atera daitezke.

Lehenik, eredu honen ezarpena biktimen kostara, edo haien eskubideen gutxiespenarekin, osatu zela⁸¹; “adiskidetze nazional” delakoaren izenean, biktimei zor zaizkien oinarrizko eskubideak (justizia, egia, erreparazioa) guztiz baztertu dira, ordutik zorretan gaudelarik. Horregatik, biktimen erreparazioa jorratzeko abiapuntua argi izan behar dugu: orain arteko memoria legedia ez da gai izan biktimen duintasuna eta

⁸¹ CAPELLÁ I ROIG, M., “Las desapariciones forzadas en España durante la guerra civil: crímenes y violaciones del Derecho Internacional sin castigo ni reparación”, SOROETA, J. (ed.), *Conflictos y protección de derechos humanos en la orden internacional*, 6 zk., EHU/UPV, Donostia, 2006, 301 or.

MORÁN, G., *EL precio de la transición*, Planeta, Madril, 1991, idazleak oso esaldi argia ekartzen du mahai gainera ideia hau islatzeko: “La capacidad de encantamiento de toda transición pacífica desde una dictadura hasta una democracia procede de algo tan llamativo como que las víctimas consientan olvidar a los verdugos” (AGUILAR FERNÁNDEZ, P., “Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española”, *cit.*, 19 or. zitatua).

ongizatea bermatzeko, eta fronte berriak irekitzea ezinbestekoa da espainiar demokrazia nazioarteko irizpideek agintzen duten mailara egokitzeko.

Ondoren, erreparazio moduan garatu diren diru-laguntza sortak ez diotela inola ere ez aurre egiten biktimen problematikari, aurretik aipatutako doktrinak salatu modua. Izan ere, hauek ez dute inongo aitortzarik berekin ekartzen, ez alor sinbolikoko neurririk ere ez. Gainera, “egiaren pribatizazioa” ematen da, biktimen ekinbidea beharrezkoa baita laguntza hauek jaso ahal izateko (honek dakarzkien ezbehar eta arazoekin). Beraz, bistan da erreparazio materialekiko apustua hutsa –edo erdibidekoa – dela, eta asmo handiagoko neurrien beharra azaleratzen dela.

Halaber, azken urteotan joera aldaketa garrantzitsua eman dela; legegileak zentralitate osoa eman dio gatazkaren pisu sinbolikoari, bereziki Frankismoaren goraipamenak biktimengan ekar dezakeen mina ezabatzeko neurriak hartuz.

Azkenik, MUÑOZ CONDE autorearen “amaitu gabeko trantsizioa” terminoa mahai gainera ekartzea komeni da⁸²; izan ere, esan dezakegu justizia trantsizionalak ez duela beharrezkoa duen bidea burutu Espainian, bereziki, biktimen babesgabezia eta aitortza faltagatik. Azken batean, memoriaren lanketan sakontzeko beharrak gaurkotasun osoa du, espainiar demokrazia indartzeko erronkan beharrezko elementua baita.

⁸² MUÑOZ CONDE, F., “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un estado de derecho”, *cit.*, 71 or.

IV. APOLOGIAREN KONTZEPTUA ETA NAZIOARTEKO TRATAERA JURIDIKO PENALA

1. Apologiaren irakurketa juridikoa

Gatazka osteko gizarteetan bizitako gertakari lazgarrien arrastoa ezabaezina izaten da; dela trataera juridikoagatik, dela zauri sozialagatik, memoria kriminalak paper berezia jokatzen du justizia trantsizionalpean bakebidean dauden herrialdeetan.

Gizateriaren aurkako krimenez ari garenean (genozidioa, bortxazko desagerpenak, torturak...) ez gaude "iraganeko krimenen" aurrean. Gertakari anitjuridiko hauek orainean zuzeneko isla dute, haien denbora-irismena ez da exekuzio unera mugatzen; beste modu batera esanda, krimen hauek iraganen burutu arren, gizartearengan eta biktimengan duten eragina luzaroan geratzen da. Orainaren eztabaida honetan, hain zuzen ere, sartuko litzateke apologiaren arazoa.

CEPEDA CASTRO-ren hitzetan⁸³, krimen hauen errepresentazioa aztertzean diskurtso politiko eta historikoez hiru norabide arriskutsu har dezakete: ukazioa (delitu masiboen, egileen eta biktimen existentzia ukatzea, errealitatea distortsionatzea), justifikazioa (krimenen exekuziora eraman zuten kausak hutsaldu eta babestea), eta apologia (gertakarien izaera ukatu gabe, hauek ospatu, goratu eta laudatzea).

Diskurtso mota hauek zigorgabetasun erduetan azaleratzen dira bereziki; arestian aipatu bezala, itxurazko adiskidetzearen izenean biktimek egia eta justizia baztertzea behartuak ikusten dute haien burua. Testuinguru ahul honek nabarmenki errazten du diskurtso hauen ugaritzea, iraganari aurre ez egitean bidea irekitzen baitaie iragana bera kolokan jartzen duten jarrerari.

Gainera, biktimak izaten dira, sarritan, diskurtso hauei aurre egin behar dietenak, haiengan jartzen baita iraganaren irakurketa justua defendatzearen pisua (ohikoak dira biktimen ekimenak, deklarazioak, mobilizazioak...egoera hauek salatzeko).

Beraz, ikusi dugunez, apologia, ukazio edo justifikazio jarrerak potentzialtasun handia dute trantsizio-prozeduretan jada kolokan dauden ondasun juridikoei kalte egiteko (demokrazia, elkarbizitza, biktimen duintasuna...). Ildo honetan, bai justizia

⁸³ CEPEDA CASTRO, I., "Justicia para la democracia", REED, M., RIVERA, M.C. (ed.), *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Bogotá, 2010, 227 or.

trantsizionalaren bidea jarraituz, bai herrialdeko politika kriminalak bultzatuta, jarrera hauen jazarpen penala sustatu da mundu mailan, tokian tokiko aldaerekin, noski.

2. Apologiaren zigorra nazioartean

Esan bezala, erregimen autoritarioen apologiak zigor-arloko gaitzespena du hainbat herrialdeetan. Honela, komenigarria da jorratzen ari garen gaiarentzat nazioarteko irizpideak ezagutzea Espainiar errealitatea hauetara egokitzeko; azken batean, Frankismoaren apologia delitu hipotetikoak nazioartean kasu homologagarriak baititu.

Askotarikoak izan dira nazioarteko erakundeek gai honen inguruan plazaratutako Ebazpenak. Aztertuko dugunez, apologiaren zigorra bereziki gorroto delituak direlakoen baitan kokatu dira.

Batetik, Nazio Batuen Batzar Orokorrak Ebazpen esanguratsua plazaratu zuen, nazismoaren edo bestelako sistema baztertzailen apologia eta justifikazioak ekar ditzakeen arriskuak azpimarratuz.⁸⁴ Honen hitzetan, neofaxismoaren edo nazismoaren gorespenak, honen hitzetan, ideia baztertzailen berpiztea ekarri dezake, eta kolektibo zaurgarriak ikusmiran berrezarri. Arrazakeria, xenofobia eta horiekin lotuta dauden intolerantzia moduen inguruko NBko Errelatore Bereziak ildo beretik jo zuen, zehazki nazismoaren goraipatzeak dakartzan gorroto adierazpenez kezkatuta.⁸⁵

Era berean mintzatu da Europar Parlamentua; "Indarkeria neofaxistaren gorakada Europan" testupean⁸⁶, Estatu kideei Holokaustoa ukatzeko modu guztiak gaitzesteko eskatzen die, eta naziek eta haien laguntzaileek egindako krimenak gutxiesten dituzten diskurtsoak arbuiatzen ditu.

Are gehiago, faxismoa normalizatzen eta goraipatzen duten iritziak jomugan jartzen ditu, gorroto delituen azaleratzerako ezinbesteko elementu gisa. Izan ere, hauen

⁸⁴ Nazio Batuen Batzar Nagusiaren 73/157 Ebazpena, *Nazismoaren, neonazismoaren eta gaur egungo arrazismo, arraza-bereizkeria, xenofobia eta horiekin lotuta dauden intolerantzia moduen loriari aurre egitea*, 2019ko urtarrilak 14a, A/RES/73/157, hemen irakurgai:

<https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/73/157>

⁸⁵ Xenofobia eta horiekin lotuta dauden Intolerantzia moduen inguruko Nazio Batuetako Errelatore Berezia, *Arrazismoa, arraza-bereizkeria, xenofobia eta horiekin lotuta dauden intolerantzia moduei buruzko Errelatora Bereziaren txostena*, 2018ko apirilak 25a, A/HRC/38/53, hemen irakurgai: <https://undocs.org/sp/A/HRC/38/53>

⁸⁶ Europar Parlamentua, *Europan indarkeria neofaxistaren gorakadaren inguruko Ebazpena*, 2018ko urriak 25a, 018/2869(RSP), hemen irakurgai: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0428_ES.html

hitzetan, historia kriminalarekiko babesa adieraziz eta hau distortsionatuz, belaunaldi berrietan krimen hauek errepikatzeko oinarriak finkatzen dira.

Hauekin batera, mugari garrantzitsua izan zen Europar Batasuneko Kontseiluaren 2008ko azaroak 28ko esparru-erabakia, zuzenbide penalaren bidez arrazakeria eta xenofobia mota eta adierazpen jakin batzuen aurka borrokatzeari buruzkoa (2008/913/JAI)⁸⁷. Honen 1. artikulua arabera⁸⁸, EBko estatu kide guztietan, bi urteko epean, genozidio-krimenen eta gizateriaren aurkako krimenen apologia publikoak, ukapenak edo arinkeria nabarmenak jokabide zigorgarriak izan beharko dira, betiere “jomugako kolektiboen”⁸⁹ aurkako indarkeria bultzatzen badute.

Honela, Ebazpen hauen bitartez benetan garrantzizkoa den ideia berresten da: iraganeko krimenen apologiak gaur egungo testuinguru sozialean zuzeneko eragina izan dezakeela. Kolektibo zaurgarrien aurkako erasoak sustatu ditzakeen moduan, babestu beharreko bestelako ondasun juridikoengan inpaktu bortitza izan dezake, biktimen duintasun eta osotasun moralean, kasu. Horregatik, ezinbesteko neurria dugu apologia, ukazio eta justifikazio diskurtsoak jazartzea, penalki bada ere.

Zigorraren bide hau hartu dute, besteak beste, honako herrialdeek: Alemania (1946), Israel (1986), Frantzia (1990), Austria (1992), Italia (1993), Suitza (1993), Belgika (1995), Luxenburgo (1997), Portugal (1998), Polonia (1998), Txekia (2001), Errumania (2002), Eslovenia (2004), Errusia (2014) eta Ukraina (2015)⁹⁰.

Denetariko tipologia aurki dezakegu herrialde hauetan; LUTHER-ek nazioarteko apologia tipoen elementuak aztertu, alderatu eta laburbildu ditu⁹¹, modu honetan:

- Diskurtso zigorgarrien objektua: juduen aurkako krimenak, II. Mundu Gerrako genozidio nazia, 1948ko Konbentzioak zehaztutako genozidioak, lege

⁸⁷ Europar Batasuneko Kontseilua, 2008/913/JAI Esparru-erabakia, Zigor Zuzenbidearen bitartez arrazakeria eta xenofobia adierazpen jakin batzuen aurkako borroka buruzkoa, 2008ko azaroak 28a, L 328/55, hemen irakurgai:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=ES>

⁸⁸ 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: (...)

c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;

⁸⁹ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valentzia, 2018, 303 or.

⁹⁰ LUTHER, J., “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, *Historia, verdad, derecho Kongresuko Ponentzia*, 2008, 12-18 orr.

⁹¹ LUTHER, J., “El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada”, *Historia, verdad, derecho Kongresuko Ponentzia, cit.*, 18 or.

nazionalen arabera jazarri daitezkeen genozidio krimenak, gizateriaren aurkako krimenak, gerra-krimenak, bakearen aurkako krimenak eta naziek edo komunistek egindako beste krimen batzuk.

- Jokabidearen definizioa: goraiatzea, laudatzea, gertaera ukatzea, zuzenbide-contrakotasuna ukatzea, zalantzan jartzea, minimizatzea, onartzea, justifikatzen saiatzea, etab.
- Krimenak zehazteko moduak: epaile nazionalen epaiak, nazioarteko epaiak, nazioko ordena publikoaren aurkakoak ez diren atzerriko epaiak.
- Modalitateen definizioa: inprenta edo bestelako komunikabide publikoen bidez, ahozko diskurtso bidez jendaurrean eta sare sozialen bitartez.
- Ondasun juridiko urratuak: ordena publikorako edo "bake sozialerako" arriskua eta giza duintasunaren urraketa.
- Elementu subjektiboak: pertsona bat edo pertsona-talde bat bere arraza, etnia edo erlijioagatik gutxiesteko edo diskriminatzeko nahia, indarkeria, diskriminazioa edo gorrotoa bultzatzeko borondatea eta biktimak gutxiesteko, mespretxatzeko edo umiliatzeko helburua.

Honela, gehienek nazismoan eta faxismoaren apologian zentratzen dute diskurtsoen zigorgarritasuna, bereziki hauek bake publikorako eta gutxiengoentzako ekarri dezaketen arrisku eta iraintzeagatik. Modu berean, genozidioen, gizateriaren aurkako krimenen eta gerra krimenen goraiatzeak tipifikatzen dira eskuarki, giza duintasunaren aurkako eraso adierazgarriak diren heinean.

Beraz, bistan da diskurtso hauen kriminalizaziorako joera ematen ari dela nazioarteko araudia penalean, bereziki, intolerantziaren eta bereizkeriaren aurkako kontzientziazioa eta lege-ekimena piztu denetik. Halaber, hauen osagai umiliagarri eta iraingarria azpimarratu da, biktimen ohore eta duintasunean duen talka arbuigarria dela eta⁹².

Orain, espainiar kasua aztertzea dagokigu, nazioarteko eredua kontuan, gure iragan totalitarioaren apologiari nola aurre egiten zaion ikusteko.

⁹² Arrazakeriaren eta Intolerantziaren aurkako Europako Batzordea (ECRI) eta Europako Kontseilua, *Gorroto-diskurtsoen aurkako borrokari buruzko 15. Gomendio Orokorra eta memorandum esplikatiboa*, 2016ko martxoak 21a, CRI(2016)15, hemen irakurgai: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>. Biktimen ohorea eta duintasuna gorroto delituen jomuga bezala zehazten ditu ere, zehazki haren 9, 10 eta 105 puntuetan.

V. APOLOGIA ESPAINIAR ZIGOR ARAUDIAN

Lehen atalean adierazi dugun moduan, biktimen erreparazioa ahalbidetzeko neurri berriak azaleratu dira azken urteotan, balio sinbolikoari garrantzia emanaz eta gorazarreak ekiditeko irtenbide zehatzaileak aurreikusiz. Honela, ildo berri honetako neurrietan sakondu ahala, diktaduraren apologiaren auziak zentralitate handia hartu du eztabaida publikoan.

Lehenbizi, esan beharra dago apologiaren figura ez dela arrotza Espainiar araudi penalean. 1995ko Zigor Kodearen aurretik diskurtso apologetikoak debekatzen zituzten xedapenak aurki zitezkeen, salbuespenezkoak eta urriak baziren ere. Zigorrak “apologiaren objektua” delakoaren arabera ezartzen ziren, hau da, bidegabeko berezia zeramaten edukiak zentsuratzen ziren bereziki, zabaldutako eta goraipatutako delitua oinarri hartuz. 1973ko Zigor Kodean esaterako honakoak zehazten ziren: 137 bis b) artikulua (genozidioa), 165 ter artikulua (bereizkeria), 216 bis a.II artikulua (terrorismoa eta altxamendua), eta 268 artikulua (Estatuaren barne-segurtasunaren aurkako delituen goratzea)⁹³.

Hizpide dugun gorazarre zehatza, ordea, ez da inoiz aurreikusi. Hala ere, hura tipifikatzeko aldarriak ibilbide luzea du Espainian, batez ere, azken urtetako gertakari apologetiko ugari (omenaldiak, mezak...) herritarren sektore zabal batean eta biktimengan sortu izan duen haserre eta ondoezak bultzatuta.

Honela, jarrera hauek kriminalizatzeko lehen legez besteko proposamena 2007an kokatzen da, Izquierda Unida koalizioaren eskutik; bertan, ultra eskuinaren goranzko kaleko presentziaz kezkatuta, faxismoaren, nazismoaren eta frankismoaren gorazarrea zigortzeko lege-aldaketak galdatzen zizkion Gobernuari⁹⁴.

Honen ondoren, hamarna ekimen aurkeztu dira Kongresuan gai honen inguruko aurrerapausoak eskatzen (legez besteko proposamenak, galdera idatziak, agerraldiak, interpelazioak...)⁹⁵. Funtsean, nazismoaren edo frankismoaren apologia zigortzeko

⁹³ SÁNCHEZ OSTIZ, P., “La apología del delito”, *Persona y Derecho*, 55 zk., 2006, 643 or.

⁹⁴ *Proposición no de Ley sobre reformas legales para tipificar como delito la apología del fascismo, del nazismo y del franquismo*, 161/002472, Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala, D-644 zk., 2007ko abenduak 3, 49 or.

⁹⁵

- *Proposición no de Ley sobre medidas contra los actos de apología de la dictadura franquista y el fascismo*, 161/001929, Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala, D-320 zk., 2013ko irailak 10, 17 or.
- *Medidas que el Gobierno piensa impulsar frente a los actos de apología del nazismo y de negación del Holocausto*, 184/027766, Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala, D-325 zk., 2013ko irailak 19, 491 or.

beharra aldarrikatzen dute, dela gorroto delituen marko berriaren baitan, edota ideologia hauen osagai antidemokratikoak dakarren arrisku abstraktuagatik.

Biktimen ahotsa ordezkatzeko duen Memoria Historikoa Berreskuratzeko Elkarteak (ARMH) frankismoaren apologia tipifikatzea erreklamatu du ere; haien iritziz, hildako senideen erailketak justifikatu, ukatu eta ospatzean, biktimek jada bizi duten babes gabetasun egoera areagotu eta publikoki umiliatu eta iraintzen dituzte. Zehazki, aldarrikapen hau hamarkada honetan memoria historikoak duen erronka nagusietako bat litzateke Elkartearentzat⁹⁶.

Edonola ere, esan genezake apologia frankista zigortzeko eztabaidak goia jo duela azken urtean, Gobernuko alderdiek hura tipifikatzeko asmoa adierazi baitzuten Gobernua eratu bezain pronto⁹⁷.

Segidan, lan honetan oinarritzkoa den auziari helduko diogu; lehenbizi, apologia frankistaren edukia aztertuko dugu, honek urratzen dituen ondasun juridikoak identifikatu eta jazarpen penalaren irismena zein izan beharko litzatekeen balioesteko.

Ondoren, hausnarketa honetatik abiatuz, apologia tipo berriaren eztabaidari helduko diogu. Izan ere, legegileak figura berri baten sorrera aurreikusten du, baina, ezinbestekoa da azpimarratzea Zigor Kodeak jada badituela bestelako baliabide penalak izaera bereko diskurtsoak zigortzeko. Hauek dira – ezberdintasunak alde batera utzita – apologiaren fenomenoak jorratzen duten tipoak: *delituaren apologia tipoa*

-
- *Apología del franquismo, nazismo y fascismo*, 184/027911, Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala, D-332 zk., 2013ko irailak 30, 44 or.
 - *Previsiones acerca de legislar para prohibir la apología del fascismo en España, así como medidas adoptadas frente a las organizaciones que alientan la xenofobia y el fascismo, ante el ascenso de las organizaciones fascistas en España*, 184/045064, Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala, D-407 zk., 2014ko otsailak 19, 100 or.
 - *Proposición no de Ley relativa a la exclusión del registro de partidos de aquellos partidos políticos con ideología o apología del fascismo y totalitarismo*, 161/003200, Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala, D-565 zk., 2014ko azaroak 25, 11 or.
 - *Proposición no de Ley sobre la penalización de la banalización, apología o enaltecimiento del franquismo, el nazismo, el fascismo, el falangismo y el nacionalcatolicismo*, 161/002050, Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala, D-208 zk., 2017ko irailak 14, 33 or.
 - *Proposición no de Ley por la que se insta a la tipificación penal de la exaltación o apología del franquismo, el nazismo y el fascismo*, Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala, D-235 zk., 2017ko urriak 24, 9 or.

⁹⁶ ¿Cuáles son las asignaturas pendientes de España con la Memoria Histórica? Hemen irakurgai: <https://memoriahistorica.org.es/de-las-fosas-al-callejero-las-asignaturas-pendientes-de-la-memoria-historica/>

⁹⁷ Une hauetan jarduera parlamentarioa mugatua dagoenez, ez da aurkeztu Zigor Kodearen aldaketa jasoko lukeen lege-testu zehatzik, baina, hala ere, dagoeneko zalaparta handia sortu da bai doktrinan, bai gizarte mailan. Honakoa jasotzen du prentsa-ohar honek:

<https://www.elperiodico.com/es/politica/20200210/codigo-penal-apologia-franquismo-delito-gobierno-7842854>

(18 artikulua), *terrorismoa goratzearen eta biktimak umiliatzearen* tipoa (578 artikulua) eta *nazioarteko zigor-zuzenbideko krimenen apologia eta gorroto delituen apologia tipoak* (510.1.c eta 510.2.b artikulua).

1. Apologia Frankistaren fenomenoak

1.1. Edukia

Lehenik eta behin, Espainian apologia fenomenoaren edukia so egitea beharrezkoa da, ondasun juridiko urratuak identifikatzeko eta honen arabera figura penalaren irismena zehazteko.

Frankismoaren aldeko diskurtso apologetikoak, bereziki, urteurren garrantzitsuetan ematen dira; urtero pertsona ugari biltzen dira “Gurutzada Nazionalaren” hainbat data esanguratsu goraiatzeko: uztailaren 18a (altxamendu militarren eguna), apirilaren 1a (Garaipenaren Eguna deiturikoa)⁹⁸ edota azaroaren 20a (diktadorearen heriotza eguna)⁹⁹.

Diskurtso hauen edukia bereziki iraingarria da biktimentzako. Adibide moduan 2014ko uztailaren 18an Madrilgo Jeronimo elizan emandako diskurtso frankista dugu; bertan, apaizak hurrengo aldarrikatu zuen ehunka pertsonen aurrean: *“Esta fecha conmemora la salvación de España frente a la ideología diabólica (...). Ahora la Iglesia no debe olvidar a esos valientes con el fin de que intercedan nuevamente por España (...) ya que nos enfrentamos, otra vez, contra los espíritus y las fuerzas sobrenaturales del mal de la extrema izquierda”*¹⁰⁰.

⁹⁸ Prentsa-eranskin honetan ikus daiteken moduan, 2019an bertan “eroriengatik” meza bat, bazkari herrikoia, banderari zina eta elkarretaratzea egin zen Madrilan, errepublikanoen porrota ospatzeko. Hemen irakurgai: <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/politica/homenaje-valle-caidos-80o-aniversario-victoria-franco/20190328195235123583.html>

⁹⁹ Azaroak 20an, urtero, hainbat meza eta manifestazio ematen dira agintari frankistaren omenez, bereziki Erorien Aranean. Diktadorearen gorpua hilobitik atera izan arren, gorazarreek jarraitzen dute, berri honetan ikusi dezakegun bezala: https://www.infolibre.es/noticias/politica/2019/11/18/la_exaltacion_dictadura_continua_primer_20n_sin_franco_valle_los_caidos_101095_1012.html

¹⁰⁰ Gaspar Llamazares diputatuak apologia jazoera hau jaso zuen, eta garaiko Gobernuari estatu-kolpea goraiatzeagatik eta arrazoi ideologikoengatik gorrotoa bultzatzeagatik zein lege-ekintza hartuko ziren itaundu zuen galdera-parlamentario baten bitartez. *Acciones legales ante la exaltación del golpe de Estado y del franquismo el 18/07/2014 en la iglesia madrileña de los Jerónimos*, 184/054476, Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala, D-506 zk., 2014ko abuztuak 1, 152 or.

Era berean, Erorien Aranean gorazarre ekitaldiak ohikoak dira, modu guztiz publikoan. 33.837 biktima lurperatuak aurkitzen diren mausoleo honetan, diskurtso umiliagarriak ematen dira hauen erailketak justifikatzen, kantu eta sinbologia faxistarekin batera krimen hauen gorespen klima sustatuz¹⁰¹.

Are gehiago, gizateriaren aurkako krimen hauen justifikazioak presentzia nabaria du eguneroko eztabaida publikoan. Horren adibide da Francisco Franco fundazioaren jarduera, diktadorearen "Iana eta legatua" omentzean datzana¹⁰². Gerraren justifikazioa eta errelato epikoa sustatzen dute, edozein izaera genozida ukatuz; honen adierazle dira fundazio honen bozeramailea den Jaime Alonso Garcia jaunaren hitzak, biak hedabide ezagunetan plazaratuak: "*Franco-k ez zuen inoren erailketa agindu*" edota "*Erregimenak 23.000 pertsona baino ez zituen fusilatu, eta ez zen kapritxoz izan*"¹⁰³.

Kargu publiko askok ere biktimen ohore zikintze honetan parte hartu dute. Baralla-ko alkate popularraren baieztapen ospetsua honen adierazgarri dugu: "*heriotzara kondenatu bazituzten merezi zutelako izango da*"¹⁰⁴. Hari beretik, 200 militar ohiek aurkeztutako dokumentu mespretxagarria dugu; "Declaracion de respeto y desagravio al General D.Francisco Franco Bahamonde. «soldado de españa»" izenpean erailketen beharra justifikatu eta hauek ospatzen dituzte¹⁰⁵.

Azkenik, aipatzekoa da genozidio larriak gauzatu zituzten militarren goraiatzeari jarraitua. Hala nola, Queipo de Llanos ofiziala¹⁰⁶ (Andaluziako errepresio bortitzaren errudun eta Federico Garcia Lorca poetaren hilketa agindu zuena), Juan Yagüe jenerala¹⁰⁷ (Badajozeko sarraskiaren burua, *Badajozko Harakina* moduan ezaguna)

¹⁰¹ Franco-ren omenaldi ekitaldi baten kronika jasotzen du web orrialde falangista honek, analisirako irudi eta baieztapen esanguratsuekin:

http://www.generalisimofranco.com/noticias/Celebracion_valle.htm

¹⁰² Hemen Fundazioaren web orrialdea ikusgai, zeinetan apologia eta justifikazio jokabide publikoak azaltzen den: <https://fnff.es/paginas/372712893/historia-y-fines.html>

¹⁰³ Adierazpen hauek modu publikoan egin ziren, eta oraindik ikusgai daude sareetan. Lehen adierazpena: https://www.lasexta.com/programas/al-rojo-vivo/entrevistas/jaime-alonso-franco-no-fusilaba-a-gente_2017080359830dbc0cf2c0f4136b6fa5.html

Bigarren adierazpena:

<https://www.elmundo.es/sociedad/2016/11/19/582f3883268e3e69258b45dd.html>

¹⁰⁴ Gertakari honen inguruko zalaparta prentsa-ohar honetan jasotzen da:

https://elpais.com/ccaa/2013/08/05/galicia/1375716570_636529.html

¹⁰⁵ Besteak beste, dokumentuan erailketa sistematikoak justifikatzen zituzten honako baieztapenak ageri ziren: "*Llegado aquel momento crucial para la supervivencia de la Nación española, asumió la responsabilidad que le entregaron sus compañeros de Armas para ejercer el Mando único de la España agredida y asediada por el comunismo internacional aceptado y adoptado por el Frente Popular.*" Hemen irakurgai: <https://ame1.org.es/6750-2/>

¹⁰⁶ Gertakari apologetiko hauen inguruko prentsa-oharra:

https://www.eldiario.es/andalucia/Fundacion-Queipo-Llano-agricultores-alquiler_0_510949157.html

¹⁰⁷ Gertakari apologetiko hauen inguruko prentsa-oharra:

https://www.elplural.com/sin-categoria/homenaje-en-burgos-al-general-yaguee_26406102

edota Ramiro Ledesma eta Onésimo Redondo ideologo falangistak¹⁰⁸ omenduak izan ohi dira ekitaldi zein sare sozialetan.

Laburbilduz, apologiak ildo diskurtsibo oso zehatza jarraitzen du Espainian. Frankismoaren biktimak Aberriaren etsai bezala irudikatzen dira ("horda gorri marxistak"¹⁰⁹ eta "errepublikano tiranoak") eta herrialdearen gainbehera eta desbideratzea ekarri aurretik hauek ezabatzea ezinbestekoa zela argudiatzen da, haien erailketak justifikatuz eta ospatuz.

Funtsean, baieztapen hauen bitartez biktimen irudi zehatza sustatzen da: deabruaren bidea jarraituz Espainiaren aurka jarduteagatik merezitako zigorra jaso zuten komunista, anarkista eta bestelako gizagalduek dira. "Aberriaren salbazioak" krimen hauek justifikatzen ditu, eta beharrezkoa izango balitz, berriz ere armak hartu beharko lirateke gaur egun haiengandik salbatzeko.

Gainera, jazoera genoziden ukazioaren bitartez, biktimak historia faltsutu dutela aldarrikatzen da, dela dirulaguntzak jasotzeko¹¹⁰, edo bere mementoan irabazi ez zuten gerra orainaldian irabazteko¹¹¹. Hitz gutxitan, osagai umiliagarri garrantzitsuko eduki apologetikoa gailentzen da Espainian.

1.2. Ondasun juridiko urratuak

Diskurtso hauek frontalki urratzen dute biktimen *ohorea* eta *duintasuna*.

Batetik, haien hildako senideen heriotzak justifikatzen dira, oso modu gordinean: hildakoak iraintzen dira, merezitakoa jaso zutela babesten da, kriminal bezala aurkezten dira edota zuzenean haien existentzia ukatzen da. Are gehiago, iraina,

¹⁰⁸ Falangeko sortzaile ezagun hauen inguruan eman diren omenaldiak prentsan jaso dira, segidan ikus daitekeen moduan:

https://www.publico.es/politica/multa-50-euros-organizar-homenaje-destacado-falangista-pueblo-segovia.html?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=publico
<https://www.publico.es/politica/cementerio-publico-madrid-simbologia-fascista-acoge-actos-falange.html>

¹⁰⁹ MUÑOZ-CONDE, F., "La transformación jurídica de la dictadura franquista en un estado de derecho", *cit.*, 71 or.

¹¹⁰ Alderdi Popularraren Kongresuko bozeramaileak adierazpen hauek egin zituen telebista saio batean. Zalaparta oso handia sortu zen berrian ikusi daitekeen moduan: https://cadenaser.com/ser/2013/11/22/espana/1385081464_850215.html

¹¹¹ Espainiar Gobernuko presidente-ohia den Jose Maria Aznar-ek baieztapen hau egin zuen ekitaldi publiko batean. Hemen ikusgai: https://www.eldiario.es/politica/Aznar_0_879462890.html. Hala ere, ideia zabaldua da esfera ideologiko batzuetan: <https://www.larazon.es/cultura/el-populismo-quiere-ganar-la-guerra-despues-de-80-anos-NO22979567/>

askotan, bizirik dauden biktimengana zuzentzen da, haien mina guztiz mesprextatuz eta arbuaiatuz.

Bestetik, kriminal ospetsuen ekarpen historikoa goraiatzen da hedabideetan, hauek gizartean eta biktimengan utzitako mina gutxietsiz, genozidio fenomeno hauen zilegitasuna eta balioa goraiatzearekin bat. Diskurtsoek, ondorioz, biktimen berbiktimizazioa eragiten dute, eta haien erreparazio morala guztiz kaltetu.

Gainera, hauen ohorea eta duintasuna modu indibidualean urratu ez ezik, eraso hauek dimentsio kolektiboa hartzen dute zalantzarik gabe; izan ere, adierazpen hauek komunitatearen elkartasun-sentimenduak kolpatzen ditu zuzen-zuzenean, guztien artean eraikitako bizikidetzak baketsua erasotzen baitute. Beste modu batera esanda, gizateriaren aurkako krimenek gizarte mailako traumak berpiztu eta zauriak irekitzen dituzte, eta hauen hutsaltze eta goratzeak indibidualetatik haratago gizarte mailako inpaktua sorrarazten dute.

Gauzak horrela, aipatu beharra dago Espainiar legediak jada biktimen duintasuna eta ohorea zaintzeko araudia izan baduela, ondasun hauek aitortuz eta oinarrizko ondasun juridiko moduan deklaraturik.

Horren adibide dugu 4/2015 Legea, apirilaren 27koa, Delituaren Biktimaren Estatutuarena.¹¹² Problematika berdina ez izan arren, gidalerroak ematen dizkigu Espainian biktimen duintasuna bermatzeko irizpideak ezagutzeko. Bere hitzaurreak honela dio: “Estatutu honek, gaiaren arloko Europako araudiarekin (...) bat etorriz, biktimen ondasun materialak eta moralak eta, horrekin batera, gizarte osoarenak, defendatu nahi ditu, haien duintasunaren aitortpena oinarri hartuta.”

Edonola ere, estaldura juridiko hau biktimologiaren alor zehatz batean eman da bereziki: terrorismoaren biktimengan. Terrorismoaren biktimak aitortu eta integralki babesten dituen 29/2011 Legea¹¹³, 61. artikuluan zehazki, Estatuari biktimen ohorea eta duintasuna bermatzeko ardura egozten zaio; aipamen berezia egiten zaio gainera biktimen gutxiestea edo umiliatzea sor dezaketen jarrerak ekiditeari, penalki bada ere¹¹⁴. Honela, botere publikoei biktimen eskubideak bermatzeko zeregina ezartzen zaie, Estatuaren esku-hartzea aginduz.

¹¹² 4/2015 Legea, apirilaren 27koa, Delituaren Biktimaren Estatutuarena. Estatuaren Aldizkari Ofizialean, 2015ko apirilak 28, 101. zenbakia, 36569 - 36598 orr.

¹¹³ 29/2011 Legea, irailaren 22koa, Terrorismoaren Biktimak Aitortu eta Babesteko. Estatuaren Aldizkari Ofizialean, 2011ko irailak 23, 229. zenbakia, 100566 - 100592 orr.

¹¹⁴ **Artículo 61.** *Defensa del honor y la dignidad de las víctimas*

Ikusi dugunez, Espainiar agenda politiko (eta kriminala) ez da arrotza ondasun juridiko hauen babesarekiko. Zentzu honetan, diskurtso apologetiko hauek Frankismoko errepresaliatuen ongizatean eta erreparazioan sortzen duten kalte onartezina kontuan, Estatuak ardura du zor zaien duintasun eta ohorea babesteko, tartean, neurri penalak hartuz.

2. Apologia 1995ko Zigor Kodean

Frankismoaren apologiak dituen berariazko ezaugarriak behin identifikatuta, biktimen erreparazio morala bermatuko digun baliabide penal egokiena bilatzea dagokigu, dela jada Zigor Kodean existitzen diren figura penalen ber-interpretazioaren bitartez edo tipo berri baten bitartez.

2.1. Delituen apologia (Zigor Kodeko 18 artikulua)

Zigor Kodea aztertuz, gorazarrearen kontzeptua jorratzen duen lehen tipoa 18 artikuluan kokatzen dela ikusi dezakegu. Hala ere, orain azalduko dugun moduan, xedapen honek ez dio erantzuten gure problematikari.

Kodeak apologiaren figura hau zigorgarriak diren prestamen-egintzen baitan kokatzen du probokazioarekin batera¹¹⁵, funtsean, delitu jakin bat burutzea probokatu dezaketen ideia eta diskurtsoen zabalkundea debekatuz. Izan ere, artikulua zentzu literalari jarraituz, apologia probokazio-modu gisa soilik izango da zigorgarria, hau da, bere izaera eta inguruabarrengatik delitu bat egitera zuzenean bultzatzen badu¹¹⁶.

1. El Estado asume la defensa de la dignidad de las víctimas, estableciendo la prohibición de exhibir públicamente monumentos, escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas o de exaltación o enaltecimiento individual o colectivo del terrorismo, de los terroristas o de las organizaciones terroristas.

2. Las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus competencias, adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a esta prohibición. Todo ello sin perjuicio de las actuaciones que las víctimas y sus familiares puedan llevar a cabo en defensa de su derecho al honor y dignidad.

3. Asimismo prevendrán y evitarán la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, exaltación del terrorismo, homenaje o concesión pública de distinciones a los terroristas.

4. Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas velarán por el cumplimiento de la obligación establecida en los apartados anteriores, por parte de las Corporaciones Locales, a los efectos de su reclamación de oficio ante los Tribunales de justicia que sean competentes.

¹¹⁵ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, cit., 61 or.; SÁNCHEZ OSTIZ, P., “La apología del delito”, cit., 622 or.

¹¹⁶ Zentzu literala:

Beraz, esan bezala, jarrera hau *iter criminis*-eko prestamen-egintza zigorgarrien eremuan sartuko litzateke, konspirazioarekin eta proposizioarekin batera. Hauetan, legegileak jazarpen penala delituaren prestaketara aurreratzen du, hauek izan dezakeen transzendentzia kriminal eta arrisku berezia oinarri¹¹⁷. Gure kasuan, jokabide penala bultzatzen duen diskurtso apologetikoa zigortuko litzateke.

1995 geroztik tipo generikoa da, hau da, ez dago jokabide zehatz bati edo delitutasalde bati lotuta eta ez da delitu autonomoa, Kodeko atal orokorrean kokatzen delarik. Bertan, prestamen-egintzen kontzeptuak azaltzen dira – tartean, probokazio eta apologiarenak – Zigor Kode osoaren ondoretarako.

Honela, ez da zigor orokorrik ezartzen izaera honetako apologia diskurtso guztiekiko; jazarpen maila hau soilik delitu larri batzuentzat aurreikusten da, eta atal berezian zehaztuko dira hauek¹¹⁸. Esaterako, 18. artikulutik abiatuz, 141 artikulua giza hilketarekiko probokazio, konspirazio edo proposizio jarrerak zigortzen ditu, 151 artikulua beste hainbeste egiten du lesio tipoekiko, eta berdina egiten da beste hainbat delitu larrietan (168, 269, 304, 373, 477, 488 edota 615 artikuluetan, besteak beste).

2.1.1. Tipoaren elementuak

18. artikuluko apologia kontzeptua, xedapenaren zentzu literala jarraituz, krimena goraipatzen duten edo haren egilea goraipatzen duten ideiak edo doktrinak zabaltzea litzateke, pertsona multzoen aurrean edo beste edozein hedabideren bidez. Apologia, beraz, delitu-egitea kontsideratuko da soilik probokazio-modu gisa, hau da, baldin eta bere izaera eta inguruabarrengatik delitu bat egitera zuzenean bultzatzen bada.

CUERDA ARNAU-en hitzetan, figura penal honen elementu objektiboak liriateke “krimena edo egilea goraipatzea” hedapen publikoarekin eta hori medio “delitu bat

1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

¹¹⁷; LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, cit., 61 or.; SÁNCHEZ OSTIZ, P., “La apología del delito”, cit., 622 or; MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, 8. Ed., Reppertor, Bartzelona, 2008, 341-342 orr.

¹¹⁸ *Ibid.*, 342 or.

egitera zuzenean bultzatzea”. Tipoaren edukiak berak delitu jakin bat egiteko gonbidapen *zuzena* eskatzen du (argumentu gramatikala); horrenbestez, ez dira apologia kontzeptu honetan sartzen delituak sustatzeko diskurtso inspiratzaile edo implizituak, ezta metaforen edo dibagazioen bidez zeharka bultzatzea ere.¹¹⁹

Krimenaren edo haren egileen goratzeak ere indar maila bat izan beharra duela ondorioztatzen da ikuspuntu teleologikotik. Izan ere, xedapenaren funtsa zuzeneko inzitazioa litzateke, eta zigorraren proportzionaltasunaren bidean, edukien larritasun minimoa galdatzen da. Doktrinak baldintza hau nabarmendu du bere konstituzionaltasuna onartzeko bidean¹²⁰; VAZQUEZ IRUZUBIETA-k, esaterako, diskurtso garatu eta osatua eskatzen du zigorgarria izateko, hots, ideia eta doktrina landuak biltzen dituen diskurtsoa izatea.¹²¹

Tipoa sistematikoki aztertuz ideia hau berresten da; lehen esan bezala, eduki apologetikoak soilik probokazio-modu gisa zigortuko dira, hortaz, zuzenbide-contrakotasunean erortzeko ezinbestekoa izango da aurreko elementuak zorrozki betetzea.

Alderdi subjektiboari dagokionez, funtsezkoa da egilearen doloak bere jokabidearen izaera inzitatzaila barnebiltzea¹²².

Hitz gutxitan, etorkizuneko jarrera zigorgarriak ekiditeko neurri penal baten aurrean gaude. Hain zuzen ere, OSTIZ-ek figura honek delituak prebenitzeko duen eraginkortasun negatiboa nabarmentzen du, segurtasun kolektiboa indartzeko edo arau penalak ziurtatzeko duen gaitasuna azpimarratuz¹²³.

Doktrina, haatik, oso kritikoa da tipoarekiko. DEL ROSAL BLASCO-ren iritziz¹²⁴, apologiak ez du berezko substantibotasunik prestaketa-egintza generiko propio gisa taxututa, eta, horregatik, haren erregulazioa “ez funtsezkotzat” edo “alferrikakotzat”

¹¹⁹ CUERDA ARNAU, M. L., “Terrorismo y libertades políticas”, *Teoría y derecho revista de pensamiento jurídico*, 3 zk., 2008, 27 or.

¹²⁰ Guztí horien izenean, LLABRÉS FUSTER, A., “Artículo 13-18”, TOMILLO GÓMEZ, M. (zuz.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 139-140 orr.; CORCOY BIDASOLO, M., “Artículo 18”, MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. (zuz.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valentzia, 2015, 103 or.; SÁNCHEZ OSTIZ, P., “La apología del delito”, *cit.*, 641 or.

¹²¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, Atelier, Bartzelona, 2015, 95 orr.

¹²² CUERDA ARNAU, M. L., “Terrorismo y libertades políticas”, *cit.*, 27 or.

¹²³ SÁNCHEZ OSTIZ, P., “La apología del delito”, *cit.*, 647 or.

¹²⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., “La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995”, *Cuadernos de política criminal*, 58 zk., 1996, 87-88 orr.

jotzen du¹²⁵. Izan ere, xedapen berean zehazten den probokazio figurarekin gainjartzen da, zigor-eremu propiorik gabe.

CUERDA ARNAU-k figura honen formulazio nahasia ere kritikatu du bere substantibotasun falta azpimarratuz; bere hitzetan, legegileak apologiaren definizio konkretu hau zehazten du, baina probokazioarena ez den aplikazio-eremu espezifiko batez hornitu gabe. Izan ere, esan bezala, apologia jokabidea delitu izateko probokazioaren baldintza guztiak bete beharra ditu¹²⁶.

Ildo honetan, VAZQUEZ IRUZUBIETA autoreak, apologia baino, probokazio tipo kualifikatu baten aurrean gaudela deritzo, azken batean, tipoaren oinarri materiala probokazioa baita, delituaren apologia bera beharrean¹²⁷.

Azkenik, figura honek adierazpen askatasunarekin izan ditzakeen talka nabarmenak salatu ditu doktrinak¹²⁸; zehazki, Estatuaren gehiegizko esku-hartze penala kritikatzeko da, honen zilegitasuna kolokan jarritz.

2.1.2. *Jurisprudentiaren papera adierazpen askatasunaren babesean.*

Ikuspegi jurisprudenzialari dagokionez, delitu honek ibilbide urria izan du epaitegietan. ROSAL DEL BLASCO-k hainbat gako ematen ditu honakoa arrazoitzeko¹²⁹; bere ustez, tipo honen funtzio politiko-kriminalarekiko mesfidantza nabarmena dago epailetza eta doktrinan, bereziki haren aplikazioak oinarrizko eskubideekin izan ditzakeen liskarreatatik. Horren froga litzateke figura honen mende eta erdiko existentzian Auzitegi Gorenak gai honen inguruko dozena bat ebazpen soilik eman izana.

Gauzak honela, ekarpen jurisprudenziala tipoaren interpretazio murriztailea sustatzera mugatu da, apologia adierazpen hutseko delitu izatetik aldentzeko asmoarekin. Besteak beste, ondasun juridikoak arriskuan jartzeko gai den diskurtso

¹²⁵ Ildo beretik, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, Reus, Madril, 2010, 270 or.; LLABRÉS FUSTER, A., "Artículo 13-18", *cit.*, 140 or.; TERUEL LOZANO, G., "La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4 zk., 2015, 21 or.

¹²⁶ CUERDA ARNAU, M. L., "Terrorismo y libertades políticas", *cit.*, 26 or. Zentzu berean, GARRO CARRERA, E., *La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo*, 2008, 362-363 orr.; LLABRÉS FUSTER, A., "Artículo 13-18", *cit.*, 140 or.

¹²⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, Atelier, Bartzelona, 2015, 95 orr.

¹²⁸ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, *cit.*, 271 or.; SÁNCHEZ OSTIZ, P., "La apología del delito", *cit.*, 628-629 orr.

¹²⁹ DEL ROSAL BLASCO, B., "La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995", *cit.*, 85 or.

argia eta egokia galdatzen da¹³⁰ eta kasuan kasuko azterketa behartzen da liskarrean dauden oinarrizko eskubideen haztapena egiteko¹³¹.

Lehenbiziko ukanbeharrak jarreraren edukiari egiten dio erreferentzia; lehen esan bezala, beharrezkoa da hitz apologetikoetatik ondasun juridikoentzako benetako arriskua ondorioztatzea, bai proportzionaltasuna, bai xedapenaren legezkotasuna errespetatzeko. Arrisku hau delitu potentziala burutzeko gonbidapenaren arabera neurtuko da, hau da, diskurtsoa delituaren bultzadarako egokitasunaren arabera.

Bigarrenak, aldiz, oinarrizko eskubideen defentsan, apologiaren problematikari erantzun penala emateko zuhurtziazko jarrera behartzen du. Auzitegi Gorenak plazaratutako 587/2007 Sententziak apologia delituarekin talkan dauden bi oinarrizko eskubide azpimarratzen ditu: adierazpen askatasuna (Konstituzioko 20. artikulua) eta ideologia askatasuna (Konstituzioko 16. artikulua)¹³² – Zuzenbidezko Estatu Demokratiko baten oinarrizko elementuak. Era berean, aipagarria da Konstituzio Auzitegiaren 159/1986 Sententzia¹³³, apologiak informazio eskubidearekin (Konstituzioko 20. artikulua) duen harreman gatazkatsua jorratzen duena.

Hauekiko errespetua oinarri, jurisprudentziak kasuz kasuzko azterketa eskatzen du¹³⁴; diskurtso zehatzak aztertu beharko dira, bai eta horien abagunea, agertokia eta

¹³⁰ Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 2/1997 Sententzia, azaroak 29koa. Zuzenbidezko XIII. Oinarria. Honela dio: "Por ello es exigible que la concreta manifestación apologética no sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y sus autores, sino que, además, ha de ser *apta e idónea* para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos en la medida en que pueda determinar a otros a la perpetración del delito."

Ilido beretik, Gipuzkoako Auzitegia Probintziala (1. Sekzioa). 264/1998 Sententzia, uztailak 27koa. Honela dio: "(...) no sólo se requiere para que pueda apreciarse la existencia de una conducta delictiva que se haya producido una concreta manifestación apologética, sino que además resulta elemento necesario que dicha manifestación sea *apta e idónea* para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de tal manera que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos, en la medida en que pueda determinar a otros a la comisión de un delito"

¹³¹ Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 224/2010 Sententzia, martxoak 3koa. Zuzenbidezko III. Oinarria.

¹³² Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 585/2007 Sententzia, ekainak 20koa. Zuzenbidezko VII. Oinarria.

¹³³ Konstituzio Auzitegia (Bigarren Sala). 159/1986 Sententzia, abenduak 16koa. Zuzenbidezko VIII. Oinarria. Honetan apologia tipoaren interpretazio murriztailea sustatzen da: informatzeko eskubidearen izenean eduki zehatzak zabaltzea zilegia da, hauek eduki apologetikoa izanda ere. Sententzia honen inguruan, MIRA BENAVENT, J., "El caso del diario "Egin": Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986", *ADPCP*, 1987.

¹³⁴ Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 354/2017 Sententzia, maiatzak 17koa. Zuzenbidezko V. Oinarria; Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 206/2017 Sententzia, martxoak 28koa. Zuzenbidezko III. Oinarria; Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 846/2015 Sententzia, abenduak 30koa. Zuzenbidezko II. Oinarria.

bestelako inguruabarrak ere, tipo penalaren baitan kokatzen den edo ez argitzeko (zalantza-kasuetan beti *favor libertatis* printzipioa gailenduz).

Honela, berme hauen bitartez, adierazpen askatasunaren egikaritzea babestu nahi da, materialki tipoan sartzen ez diren diskurtso horiei babes konstituzionala eskainiz. Muga hau zeharkatzen den ondorioztatzeke ezinbestekoa izango da diskurtso apologetikoen benetako izaera inzitatzaila eta arriskugarritasuna frogatzea.

2.1.3. Frankismoaren apologia eta 18. artikulua. Ondorioak.

Aztertutakoa kontuan, bistan da lan honetan erabiltzen ari garen apologiaren kontzeptua ez datorrela bat Zigor Kodeak 18. artikuluan jasotzen duen figura deliktiboarekin.

Xedapen honek prestamen-egintza modalitate zehatz bat zigortzen du, apologia-probokazioarena; hortaz, diskurtsoa soilik zentsuragarria izango da delitu bat burutzeko bultzada zuzena dakarrenean.

Frankismoaren apologia tipifikatzearen beharra ez da termino hauetan planteatzen; diskurtso frankisten bitartez ez da beste delituen burutzea eskatzen, eta, hala izango balitz ere, ez da lan honen helburua horretan sakontzea. Diskurtso hauen oinarri zigortzailea biktimengan sortzen den umiliazio eta iraintzea ekiditea litzateke, justizia trantsizionalaren bidean ezinbestekoak diren ondasun juridikoak babestuz, biktimen morala eta duintasuna, hain zuzen ere.

Horrenbestez, gure problematika konkretuak figura honen alderdi materiala gainditzeko du, probokazioarena ez den apologia modu baten aurrean baikaude.

2.2. Nazioarteko zigor-zuzenbideko krimenen apologia eta gorroto delituen apologia tipoak (510.1.c eta 510.2.b artikulua)

1995eko Zigor Kodearekin apologia zigorraren "prozesu deflaxionario" bat eman bazen – 18. artikuluko probokazio adieran islatu zena –, mende berriak buelta eman

zion joera honi; berriz ere, adierazpen delituen kriminalitatea mahai gainean jarri zen, apologia zigortzeko bestelako arrazoi politiko-kriminalak azaleratuz¹³⁵.

Horren adibide dira orain aztergai ditugun 510 artikuluko gorazarre figura autonomoak. Hauek 18. artikuluko apologia kontzeptutik aldentzen dira, eta prestamen-egintzak zigortzeaz haratago problematika penal berri bati erantzuten diote: gorroto delituei.

Azter dezagun, bada, apologiaren eta gorroto-delituen uztartzea nola ematen den, Frankismoaren apologia termino hauetan mugitzen den edo ez argitzeko.

LANDA GOROSTIZA-ren hitzetan¹³⁶, bi fenomeno mota aurreikusten dira gorroto-delituen eremuan: gorroto-ekintzen delituak (*hate crime*) eta adierazpen hutseko delituak (*hate speech*). Azken honi egiten dio aurre hizpide dugun artikulua.

Gorroto-adierazpenen kontzeptua argitzeko bidean ugariak izan dira nazioarteko erakundeen ekarpenak. Europako Kontseiluko Ministroen Batzardeak onartutako 20 (97) Gomendia¹³⁷, esaterako, baliagarria izan dakiguke kontzeptuaren oinarriak finkatzeko orduan. Honela dio:

“(...) gorroto-diskurtsoak barne hartzen ditu gutxiengo, migratzaile eta etorkinen aurkako arraza-gorrotoa, xenofobia, antisemitismoa edo intolerantzia zabaltzen, bultzatzen, sustatzen edo justifikatzen dituen adierazpen mota oro, nazionalismo oldarkorraren eta etnozentrismoaren bidez agertzen den intolerantzia, diskriminazioa eta etsaitasuna barne”

Arrazakeriaren eta Intolerantziaren aurkako Europako Batzardeak (ECRI), gorroto diskurtsoaren aurkako borrokari buruzko politika orokorreko 15. Gomendioan¹³⁸ definizio hau eguneratu zuen, modu honetan:

“Gorroto-diskurtsotzat ulertuko da pertsona edo pertsona-talde baten aurkako gorrotoa, umiliazioa edo gutxiespena sustatzea edo bultzatzea, edozein formatan, helburu duen adierazpena, bai eta pertsona edo pertsona-talde horrekiko jazarpena,

¹³⁵ CUERDA ARNAU, M. L., “Terrorismo y libertades políticas”, *cit.*, 26 or.

¹³⁶ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, *cit.*, 13 or.

¹³⁷ Europako Kontseiluko Ministroen Batzardea, *Gorroto-diskurtsoen inguruko R (97) 20 Gomendio Orokorra*, 1997ko urriak 30a, Rec(97)20, hemen irakurgai: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680505d5b

¹³⁸ Arrazakeriaren eta Intolerantziaren aurkako Europako Batzardea (ECRI) eta Europako Kontseilua, *Gorroto-diskurtsoen aurkako borrokari buruzko 15. Gomendio Orokorra eta memorandum esplikatiboa*, 2016ko martxoak 21a, CRI(2016)15, hemen irakurgai: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>

mesfidantza, estereotipo negatiboen hedapena, estigmatizazioa edo mehatxua bultzatzea ere.”

Diskurtso zigorgarri hauetan, esan bezala, apologiak bere lekua du. Europar Kontseiluko 2008/913/JAI Esparru-erabakiak, zigor-zuzenbidearen bitartez arrazakeria eta xenofobia adierazpenei aurre egiteko zigor markoa ezartzen duena¹³⁹, gizateriaren aurkako krimenen apologia tipifikatzea agindu zuen¹⁴⁰ – beste jokabide batzuen artean –, honek bereizkeriaren sustapenean izan zezakeen eragin nabarmenagatik.

Espainiar zigor-araudiak apologiaren ikuskera hau bere egin zuen 1/2015 Lege Organiko entzutetsuaren bitartez¹⁴¹. Europako irizpideetara egokitzeaz gain, erreforma honek gertakari garrantzitsu bati erantzuten zion: genozidioaren apologia delituaren (KZ 607.2 art.) konstituzio-kontrakotasun deklarazioa.

Honela, apologiaren kriminalizaziorako baldintza zehatzak ezarri ziren, eta hauek 510 artikuluko goraipatze-modalitateetan txertatu dira. Azter dezagun lehenbizi 607.2 artikulua konstituzio-kontrakotasuna zertan oinarritu zen, honela, apologia zigorgarriaren mugak argituko baititugu.

¹³⁹ Europar Batasuneko Kontseilua, 2008/913/JAI Esparru-erabakia, Zigor Zuzenbidearen bitartez arrazakeria eta xenofobia adierazpen jakin batzuen aurkako borrokari buruzkoa, 2008ko azaroak 28a, L 328/55, hemen irakurgai:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=ES>

¹⁴⁰ **Artículo 1**

Delitos de carácter racista y xenóforo

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:

(...)

c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo;

d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

¹⁴¹ Espainia. 1/2015 Lege Organikoa, martxoaren 30ekoa, Zigor Kodearen azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoa aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015ko martxoak 31, 77. zenbakia 27061 - 27176 orriak.

2.2.1. Aurrekaria: genozidioaren apologia delitua (607.2 art.) eta 235/2007 Sententzia.

Eztabaidagai dugun artikulua genozidioaren goraipatze, ukatze edo justifikatze jarreraren debekua ezartzen zuen, ildo horretako doktrina eta ideien zabalpena adierazpen askatasunaren eremutik kanpo utziz.

“Ukazio delitu” edo “genozidioaren apologia delitu” moduan ezaguna¹⁴², iritzi-delituen baitan kokatzen zen tipoa, adierazpen hutsen kriminalizazioa agintzen baitzuen. Tipo penalaren zentzu literala jarraituz¹⁴³, genozidioa ukatzen edo justifikatzen zuten ideien edo doktrinaren hedapen publiko oro zigortzera mugatzen zen, besterik gabe; ez zen eskatzen beste delitu bat gauzatzeko “probokazio-tresna gisa jardutea”, ez adierazpenek “biktimen duintasuna eta ohorea iraindu eta mespretxatzea”, iritzien kaleratze soila nahikoa zen jazarpen penala jasotzeko¹⁴⁴.

Delitua, beraz, "jokabide hutseko" tipo autonomo bat zen, eta ideia edo doktrina horien hedapen "publikoaren" bidez azkenduko litzateke. Doloak eduki horiek zabaltzeko borondatea baino ez luke barnebilduko¹⁴⁵.

Doktrina, hasiera batetik, oso kritiko azaldu zen tipo honekin. CUERDA ARNAU-k ideien eduki soila zigortzearen arriskua salatu, eta bestelako *lege lata* ber-interpretazioak proposatu zituen tipoaren zigor-eremua murrizteko¹⁴⁶. Honela, berarekin batera, doktrinaren gehiengoak adierazpen hauek sortu zezaketan arrisku abstraktuan kokatu zuten zuzenbide-kontrakotasuna, delitu jakin batzuk burutzeko ezkutuko edo zeharkako instigazio-modu gisa ulertuta¹⁴⁷.

¹⁴² TERUEL LOZANO, G., “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, *cit.*, 21 or. Autorearen ustez, “genozidioaren apologia” adiera ez da egokia, tipo honek ez baitu 18. artikuluko apologia delituaren konfigurazioarekin inongo zerikusirik, figura autonomoa da. Apologia-probokazio kontzeptzio honi men egiten dion tipoa Zigor Kodeko 615 artikuluan litzake.

¹⁴³ **Artículo 607.**

(...)

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

¹⁴⁴ TERUEL LOZANO, G., “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4 zk., 2015, 21 or.

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ CUERDA ARNAU, M. L., “El denominado delito de apología del genocidio: consideraciones constitucionales”, MORALES PRATS, F., QUINTERO OLIVARES, G. (kord.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, 1134 or.

¹⁴⁷ *Idem.*

Beste modu batera esanda, autore hauen arabera genozidioaren aldeko diskurtsoek – edo honen existentzia ukatzen duten diskurtsoek – kolektibo zaugarrien aurkako “eraso-klima” sustatu dezakete, nolabait estaldura soziala emanaz hauen aurkako jokabideei (Holokaustoaren ukatzea antisemitismoa sustatzeko bidea izan daiteke, adibidez). Honela, delitu honen “emaitza kaltegarria” ez zen genozidioa zehazki, baizik eta “etorkizuneko genozidioaren klima sustatu dezaketen gorroto-jarrerren zabalpena”¹⁴⁸.

Haatik, apologia kontzeptu honen ber-interpretazioa eta ondorengo indargabetzea Auzitegi Konstituzionalaren 253/2007 Sententzia ezagunaren eskutik etorri zen¹⁴⁹. Batetik, “ukatze” jokabidea zigortzea konstituzio-aurkakoa zela deklaratu zuen, eta, bestetik, hainbat elementu tendentzial zehaztu zituen “justifikazio” portaerak zigortu ahal izateko.

Elementu tendentzial hauen helburua adierazpen apologetikoek testuinguru zehatzetan izan dezaketen arriskugarritasuna neurtzea da, LANDA GOROSTIZA-ren hitzetan¹⁵⁰. Adieraz apologetiko soilak zigorgarriak izateko elementu tendentzialak hauek dira Auzitegiaren arabera: proselitismo arrazista edo xenofobikoa bilatzea; justifikazio-jokabideen bidez talde jakin batzuekiko gorrotoa probokatzeko zeharkako asmoa izatea, benetako arrisku- eta indarkeria-klima bultzatuz eta ondorioz, diskriminazio-ekintza zehatzak azaleratuz; edota, krimenen atxikimendu-judizioak egitea (adibidez, egileak goraiatzea), baldin eta hauek zeharkako probokazioa badakarte.

Modu honetan, gaur egungo 510 artikulua oinarriak ezarri ziren: jokabide apologetikoak gorroto-diskurtsoen baitan kokatuko dira – eta horrenbestez zigorgarriak izan – soilik haien bidez indarkeriarako edo deliturako gonbidapen eraginkorra ondorioztatzen bada. Hitz gutxitan, sententzia honek iritzi-delituen inguruko espainiar politika-kriminala guztiz baldintzatu zuen¹⁵¹.

¹⁴⁸ GÓMEZ MARTÍN, V., “Discurso del odio y principio del hecho”, MIR PUIG, S., CORDOY BIDASOLO, M. (zuz.), *Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valentzia, 2012, 96 t. hur. orr.

¹⁴⁹ Konstituzio Auzitegia (Osoko Bilkura). 235/2007 Sententzia, azaroak 7koa.

¹⁵⁰ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, cit., 49-50 orr.

¹⁵¹ BERNAL DEL CASTILLO, J., “La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2 zk., 2016, 3 or.

2.2.2. Tipoen elementuak

Gauzak horrela, 510. artikulua behin betiko testuak apologia delituak gainerako gorroto-modalitateekin batera artikulatu zituen.

Xedapen “nahasi”¹⁵² honek sei figura penal ezberdin barnebiltzen ditu¹⁵³, bi eremutan bereizi daitezkeenak: alde batetik, *instituzio publiko larriko jokabideak* direnak – edo zentzu hertsian, *instituzio-delituak* – eta, bestetik, *giza duintasuna kaltetzen duten jokabide iraingarriak*¹⁵⁴.

Apologiaren figura bi blokeetan tipifikatzen da, bakoitza bere funts juridiko propioarekin. Honela, 510.1.c artikuluan nazioarteko zuzenbide penaleko krimenen goraiatzeari debekatzen du, diskurtso hauen botere inzitazailan oinarrituta, eta 510.2.b artikuluan, ordea, delitu xenofobo eta baztertzailen apologia debekatzen da, jomugako kolektiboen irudi negatiboa sustatzeko duen ahalmenean oinarritua.

Lehenbizi 510.1.c artikuluko figura apologetikoaren elementuak argituko ditugu¹⁵⁵. Tipo honek hiru adierazpide tipiko izendatzen ditu zigor-eremua finkatzeko: *ukatu*, *larriki hutsaldu* eta *goratu*. Hauek orain arte zehaztutako marko konstituzionalaren

¹⁵² TERUEL LOZANO, G., “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, *cit.*, 32 or., bereziki kritikoa da artikulua egiturarekin, “zentsurabekeria penal” moduan deskribatzen baitu.

¹⁵³ Lehenengo blokean, urtebetetik lau urte arteko espetxealdi-zigorra eta sei hilabetetik hamabi hilabete arteko isuna ezartzen da, eta honako hauek zigortzen da: *gorrotoa edo indarkeria bultzatze jokabideak* (1. paragrafoko a letra), *gorrotoa edo indarkeria bultzatzeko material egokiak ekoizte, edukitze eta zabaltze jokabideak* (1. paragrafoko b letra), eta *gerra-krimenak edo gizateriaren aurkakoak ukatze edo goratze jokabideak* (1. paragrafoko c letra).

Bigarren blokeak sei hilabetetik bi urte arteko espetxealdi-zigorra eta sei hilabetetik hamabi hilabete arteko isuna ezartzen ditu, eta *diskriminazio-arrazoiengatik umiliazio- edo gutxiespen-egintzak tipifikatzen ditu* (2. paragrafoko a letra), bai eta *gizarte-talde batzuen edo horien kideen aurka diskriminazio-arrazoiengatik egindako delituak goraiatzeko edo jendaurrean justifikatzeko egintzak* ere (2. paragrafoko b letra).

¹⁵⁴ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, *cit.*, 59 or.

¹⁵⁵ Honela dio artikulua zentzu literalak:

Artículo 510:

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

arabera interpretatu behar dira, hau da, diskurtso hauen adierazpen soila ez da zigorgarria izango¹⁵⁶.

BERNAT DEL CASTILLO-ren arabera¹⁵⁷, tipoaren funtsa gizateriaren aurkako krimenen goratze, hutsaltze edo ukazioak sor dezakeen indarkeria-, etsaitasun- edo gorroto-giroa ekiditean datza. Legegileak, nazioarteko eredia jarraituz, diskurtso hauen kriminalizazioa agintzen du gorroto-ekintzen sorreran jo dezaketen ezinbesteko paperagatik, arrisku hipotetiko edo abstraktuko delitu moduan konfiguratzeko delarik¹⁵⁸. Beste modu batera esanda, diskurtso hauek ez dute zuzeneko probokaziorik eragiten, baizik eta etorkizuneko erasoetarako abagune ideologiko-soziala sortzen dute¹⁵⁹.

Hori oinarri, figura honek esku-hartze penala nabarmen aurreratzen du, kolektibo zaurgarrien oinarritzko eskubideen aurkako erasoak zilegitzen dituzten diskurtsoak ere debekatuz, tartean, jarrera apologetikoak.

Jar dezagun adibide bat: armeniarren genozidioaren errebisionismoak – honetaz barre egitea edo hau goraiatzea –, armeniarren aurkako erasoaldiak erraztu ditzake testuinguru jakin batzuetan, hauen aurkako irudia elikatu eta gorrotoa piztu dezaketelako.

Honela, 235/2007 Sententziaren ildo jarraituz, zentzu inzitatzalea izan beharko du gorroto-diskurtso zigorgarria deklaratzeko eta eremu kriminala igarotzeko¹⁶⁰. Zentzu honetan, LANDA GOROSTIZA-k diskurtsoa igortzen den (krisizko) testuinguruari berebiziko garrantzia ematen dio, honen arabera ondorioztatuko baita kolektibo zaurgarriek – eta hauen oinarritzko eskubideen egikaritzeak – bizi duen benetako arriskua¹⁶¹.

Gizateriaren-aurkako krimenen inguruan, doktrinak zehaztu du komenigarria litzatekeela tipoaren irismena mugatzea: soilik nazioarteko auzitegiek edota bertako

¹⁵⁶ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio, cit.*, 71-72 orr. *justifikazioaren* jokabide deliktiboaren hutsunea salatzen du; bere hitzetan, harritzekoa da honen falta, 253/2007 Epaiak justifikazioaren kontzeptua baimentzen baitzuen ukazioaren gainera.

¹⁵⁷ BERNAL DEL CASTILLO, J., “La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015”, *cit.*, 10-12 orr.

¹⁵⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del discurso del odio”, ÁLVAREZ GARCÍA, J. (zuz.), VENTURA PÜSCHEL, A., MANJÓN-CABEZA, A. (kord.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo Blanch, 2016, 368 t. hur. orr.

¹⁵⁹ TERUEL LOZANO, G., “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, *cit.*, 33 or.

¹⁶⁰ Nahitaezko elementu tendentzial hau artikulua berak jasotzen du: “(...) diskurtsoek indarkeria-, etsaitasun-, gorroto- edo diskriminazio-giroa sustatzen edo bultzatzen dutenean”.

¹⁶¹ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio, cit.*, 72 or.

auzitegiek – nazioarteko araudia aplikatuz – deklaraturako krimenen apologia, hutsaltzea edo ukatzea zigortuko litzateke¹⁶².

510.2.b tipoak, ordea, beste oinarri materiala du apologiari dagokionez. Xedapen honek gorroto-delituen *goraipatzea* edo *justifikazioa* zigortzen ditu¹⁶³, kasu honetan, nazioarteko zuzenbide penaleko krimenei aipamen espresua egin gabe.

Horrela, ba, goraipatzearen eremua izaera arrazista, xenofobo edo baztertzailera duten delitu-egiteetara zabaltzen da; honetan sartuko lirateke Zigor Kodeko 510, 511, 512, 314, 515.4º, 522 eta 526 artikulua, bazterkeriaren aurkako eremu penala osatzen baitute¹⁶⁴.

Gainera, LANDA GOROSTIZA-ren ustez, interpretazio murriztailea bermatze aldera, soilik burututako delituen goraipatze eta justifikaziora mugatu beharko litzateke zigorra, apologia generikoak baztertuz eta sententzia irmoaren baldintza ezarriz.¹⁶⁵

Delituaren funtsari dagokionez, honen kokapenari so egin behar diogu. Hau giza duintasuna kaltetzen duten jokabide iraingarrien artean kokatzen da, artikulua bigarren atalean; honela, interpretazio sistematiko batetik abiatuz, ondoriozta dezakegu goraipatzearen helburua kolektibo zaugarrien duintasuna urratzea litzatekeela, hauen “diana” izaera sustatuz eta haien gizatasuna kolokan jarritz, ondorengo ekintza kriminalak errazteko.

Beraz, apologia modalitate honen bidez biktimen duintasuna kaltetzea bilatuko litzateke, haien segurtasun existentziala kolokan jartzen duten baldintza soziologikoak elikatuz eta indartzuz¹⁶⁶. Oinarri berarekin zehazten da *gorrotozko irain kolektiboen delitua*, atal bereko lehen zatian aurreikusten dena (510.2.a art.).

¹⁶² *Ibid.*, 73 or.; PORTILLA CONTRERAS, G., “La represión penal del discurso del odio”, *cit.*, 403 t. hur. orr.

¹⁶³ **Artículo 510**

(...)

1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

¹⁶⁴ LANDA GOROSTIZA, J. M., Los delitos de odio, Tirant lo Blanch, Valentzia, 2018, 78 or.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 79 or.

¹⁶⁶ *Ibid.*, 55 or.

Ikusi dezakegunez, legegileak alde batera utzi du apologia modalitate honetan inzitazioaren baldintza¹⁶⁷. Nahikoa da "goratze" edo "justifikatze" jokabide hutsak burutzea 510.2.b artikulua aplikatzeko, jokabide horiek kolektibo jakin batzuekiko etsaitasun-, gorroto-, indarkeria- edo diskriminazio-giroa *ex ante* sortzeko gaitasuna dutela egiaztatu beharrik gabe.

Figura honekiko kritikak ez dira motz geratu. LANDA GOROSTIZA-k honen konstituzionaltasuna zalantzan jartzen du, batetik, eremu material oso zehaztugabea baitu, 510.1.c tipoarekin erraz nahasi daitekeena¹⁶⁸. Bestetik, Auzitegi Konstituzionalak zehaztutako elementu tendentzialen falta salatu du doktrinak, hauen ezean diskurtsoak babes konstituzionala duela aldarrikatuz¹⁶⁹. BERNAL DEL CASTILLO-k ildo honi eusten dio haren kritikan; diskurtsoa zigortzeko ez bada arrisku bat *ex ante* sortzearen baldintza eskatzen, artikulua konstituzio-kontrakoa litzake, soilik eduki sinbolikoa lukeena¹⁷⁰.

Tipo honetaz haratago, doktrinak mesfidantza askorekin jaso du 510 artikulua bera. Horietan, bereziki gogorra da PORTILLA¹⁷¹; adierazpen-askatasunaz gain, ideologia-askatasunaren urraketa larritzat kalifikatzen du 510 artikulua, "frankismoaren garaitik egin den erasorik handiena" dela argudiatuz.

LANDA GOROSTIZA-k arrisku hau ere aintzatesten du, baina interpretazio murriztaile egoki baten bidez honen konstituzionaltasuna salba daitekeela deritzo¹⁷². Hala ere, artikulua segurtasun juridiko falta salatu du, oinarrizko eskubideen urraketa irekitzen diola esanaz.

¹⁶⁷ Betebehar hau artikulua horretako bigarren paragrafoko astungarrian baino ez da aurreikusten. Honela dio, zehazki: "Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos."

¹⁶⁸ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, cit., 79 or.

¹⁶⁹ TERUEL LOZANO, G., "La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal", cit., 37 or.

¹⁷⁰ BERNAL DEL CASTILLO, J., "La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015", cit., 2016, 17 or.

¹⁷¹ PORTILLA CONTRERAS, G., "La represión penal del discurso del odio", cit., 403-411 orr.

¹⁷² LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, cit., 73 or.

2.2.3. Frankismoaren apologia eta 510.1.c eta 510.2.b artikulua. Ondorioak.

Aztertu berri ditugun tipoek apologiaren ikuskera berria txertatzen dute gure araudian, azken urteotan garatu den politika-kriminal garrantzitsu bati erantzuten diona: gorroto-diskurtsoei.

Honela, diskurtso hauen zigorgarritasuna hertsiki lotuta dago gorroto-delituen problematikarekin; delituen funtsa kolektibo zaurgarrien segurtasun existentziala bermatzea da, kasu honetan, esku hartze penala eraso hauek zilegitu edo bultzatu ditzaketen diskurtso apologetikoetara aurreratuz.

Hori dela eta, gizateriaren aurkako krimenen edo gorroto-delituen apologia planteatzen denean, hauen kriminalizazioa muga zehatz batzuetan ezartzen da. Gure problematika zehatza – Frankismoaren apologia – eremu material honetan sar daitekeela ondoriozta dezakegu azaleko azterketa bat egiten badugu; oker gaude.

Frankismoa goraipatzen duten diskurtsoen kriminalizazioa proposatzean, biktimen ohorea eta duintasuna babestea bilatzen dugu, diskurtso hauek haien erreparazio morala kaltetzeko duten gaitasun lazgarria kontuan. Apologia zehatz hau 510 artikuluko mugetan zigortuko bagenu, 235/2007 Epaia ezarritako elementuak kontuan izan beharko genituzke, zigorra soilik gaitasun inzitazaila duten diskurtsoetara mugatuz.

Beste modu batera esanda, Frankismoaren apologia zigorgarria litzateke soilik kolektibo zaurgarrien baten segurtasun existentziala kolokan jarriko lukeen bitartean. Frankismoko errepresaliatuak kolektibo zaurgarri moduan zehazteak ez dio men egiten errealitateari, gaur egun ez baita aurreikusten diskurtso hauen bitartez biktimen aurkako oldarraldiak ez izaera bereko erasoak egon daitezkeenik.

Izan ere, gorroto-diskurtsoen ikuspegitik, Frankismoaren apologiak kolektibo askoren arriskatzea ekar dezake, biktimen kolektiboaz haratago. Goraipamen hauek sarritan “gorrien”, “maritxuen” edo “aurrerakoien” aurkako adierazpenekin egiten dira, hauen aurkako krimenak goraipatuz eta justifikatuz; zentzu honetan, baieztapen hauek testuinguru zehatzetan indarkeria zilegitzeko giroa sustatu dezaketen eztabaidagarria izan arren, ez da gure lanaren xedea hori argitzea.

Gure ekarpena biktimen duintasunaren eta ohorearen defentsan egiten dugu, justizia trantsizionalaren ikuspegitik, beraz, tipifikazioaren arrazoi politiko-kriminala

ondasun juridiko hauen defentsa litzateke, ez kolektibo honen arrisku hipotetikoa – praktikan existitzen ez den arriskua.

Modu berean, 510.2 atalean kolektibo zaugarrien ohorea eta duintasuna jorratzen bada ere, soilik haien segurtasunarekin lotuta jasotzen da hau, umiliazioa eta iraina gorroto-delituaren atari moduan tipifikatuz. Zehatzago esanda, adierazpen hauen osagai umiliagarriak zigorgarriak dira soilik jomugako kolektiboaren “diana” irudia sustatzen badute.

Honakoa guztia kontuan, agerikoa da tipo hauek ez diotela biktimen erreparazio moralari erantzuten, apologiaren zigor mugatua aurkezten baitute, ohorearen eta duintasunaren babesetik urrun kokatzen dena.

2.3. Terrorismoa goratzearen eta biktimak umiliatzearen tipoa (KZ 578 artikulua)

Tipo penal honen analisiak berebiziko garrantzia du gure azterketan aurrera egiteko; batetik, Espainiar politika kriminalaren izaera ulertzeko hainbat gako aurkezten dizkigulako, eta, bestalde, apologia fenomenoaren ikuskera berri bat aurreikusten delako: biktimen umiliazioarena.

Aurrenez, delitu hau testuinguruan jartzea komeni zaigu. Abenduaren 22ko 7/2000 Lege Organikoak, Zigor Kodearen 10/1995 Lege Organikoa aldatzen duenak, *ex novo* aurreikusi zuen terrorismoa goratzearen eta biktimak umiliatzearen delitua¹⁷³, garaira arte gailentzen zen probokazio figuratik aldenduz¹⁷⁴.

Ondoren, Europako Kontseiluak 2008/919/JAI Esparru-erabakian¹⁷⁵ zedarritutakoari men eginez, 5/2010 Lege Organikoak¹⁷⁶ eta 2/2015 Lege Organikoak¹⁷⁷ plazaratu

¹⁷³ 7/2000 Lege Organikoa, abenduaren 22koa, Zigor Kodeari buruzko azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoa eta Adingabeen Erantzukizun Penal arautzen duen urtarrilaren 12ko 5/2000 Lege Organikoa aldatzen dituenak, terrorismo-delituei dagokienez. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2000ko abenduak 23, 307. zenbakia, 45503 - 45508 orriak.

¹⁷⁴ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, cit., 271-272 orr. Honela dio autoreak: “Cabe decir que se había alcanzado cierto consenso - materializado, como es sabido, por el legislador en la redacción dada al artículo 18.1, párrafo 2.º CP - respecto de que la mera expresión de ideas favorables al delito cometido o a su autor no podía constituir infracción criminal.”

¹⁷⁵ Europar Batasuneko Kontseilua, 2008/919/JAI Esparru-erabakia, *terrorismoaren aurkako borrokari buruzko 2002/475/JAI Esparru-erabakia aldatzen duena*, 2008ko azaroak 28a, L 330/21, hemen irakurgai:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0919&from=ES>

ziren, terrorismoaren fenomenoari erantzuteko aldaketa penalak zehazten zituztenak¹⁷⁸. Lege-testu hauek terrorismoaren kontzeptua lausotu eta honen pena periferikoak indartu zituen, apologiarena kasu, politika kriminalaren fase hedakor batean gaudelarik¹⁷⁹.

Esan bezala, tipo autonomo hau ez zen prestamen-egintzen baitan kokatzen (honakoa espresuki zigortzen zen 579 artikuluan), hau da, atal berezian kokatutako apologia modu banandua osatzen zuen, jokabide eta zigor independentearekin. Hortaz, aztertu berri dugun 510 artikuluan bezalaxe, apologia zigorgarri izateko jada ez zen beharrezkoa delitu bat burutzeko gonbidapen zuzena egitea¹⁸⁰.

Izan ere, LANDA GOROSTIZA-k azpimarratu moduan¹⁸¹, tipo honek gorroto-diskurtsoen esferarekiko antzekotasun asko ditu. Legegileak ibilbide juridiko banandua ematen dio figura honi, gizartean duen trataera bereziagatik, baino adierazpen askatasunarekin dituen talken inguruan, ikuskera doktrinal eta jurisprudenzial antzekoa dute.

2.3.1. Tipoaren elementuak

Xedapen *multiofentsibo* baten aurrean gaude, hau da, artikulua berean bi modalitate tipiko zehazten dira, elkarrekiko independenteak¹⁸²: batetik, terrorismo-delituak edo horren erantzuleak goratzea edo justifikatzea, eta bestetik, terrorismoaren biktimak eta haien senideak mespretxatzea, gutxiestea edo umiliatzea dakarten ekintzak egitea¹⁸³.

¹⁷⁶ 5/2010 Lege Organikoa, ekainaren 22koa, Zigor Kodeari buruzko azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoa aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2010ko ekainak 23, 152. zenbakia, 54811 a 54883 orriak.

¹⁷⁷ 2/2015 Lege Organikoa, martxoaren 30ekoa, Zigor Kodearen azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoa aldatzen duena, terrorismo-delituen arloan. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015ko martxoak 31, 77. zenbakia, 27177 - 27185 orriak.

¹⁷⁸ 2/2015 Lege Organikoa terrorismoaren modalitate berriei erantzuteko asmoarekin sustatu zen. Apologia dela eta, sare sozialen eta hedabide berrien inguruko araudia zehaztu zuen, bi azpimota berri sortuz zigor larriagoekin: sareetako diskurtsoena eta bake publikoan asaldura eragin dezaketen diskurtsoena.

¹⁷⁹ Joera honen inguruan, SÁNCHEZ OSTIZ, P., "La apología del delito", *cit.*, 639 or.

¹⁸⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, 8. Ed., Reppertor, Bartzelona, 2006, 346 or.

¹⁸¹ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, *cit.*, 92 or.

¹⁸² CASTELLVÍ MONSERRAT, C., "Artículo 571-580", MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. (zuz.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valentzia, 2015, 1745 or.; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, Atelier, *cit.*, 783 or.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., "Notas sobre la propuesta de tipificación de la apología del terrorismo", *Eguzkilore*, 15 zk., Donostia, 2001, 186 or.

¹⁸³ **Artículo 578.**

1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con

Legegileak, beraz, ildo politiko-kriminal argi bat jarraituz, babes-eremua bi norabide hauetara zabaltzea erabaki zuen.

Lehenengo jokabide tipikoa terrorismoaren goratze soilera mugatzen da, adierazpen delituen kontzeptura hurbilduz; adierazpen askatasunarekin duen talka nabarmena dela eta, doktrinak zein jurisprudenziak honen interpretazioa moldatu du konstituzionaltasuna salbatzeko¹⁸⁴. Edonola ere, jorratzen ari garen gaia biktimen problematika izanik, bigarren jarrera apologetikoa zaigu interesekoa.

Izan ere, justizia trantsizionalak galdatzen duen erreparazio moralaren, ohorearen eta duintasunaren babesa segurtatu aldera, bigarren modalitateak bete-betean egingo lioke – dagokion moldaketarekin – gure kasuistikari men. Batez ere, terrorismoaren biktimek eta gizateriaren aurkako krimenen biktimek parekotasun asko dituztelako.

Delitu terroristen biktimen edo haien senideen izen ona galtzea, gutxiestea edo umiliatzea dakarten jarrerak burutzean datza figura penala. VAZQUEZ IRUZUBIETA-k kontzeptu hauek argitzen ditu¹⁸⁵: *umiliazioa* pertsona baten duintasunari edo harrotasunari egindako iraina da, kontuan izanik duintasuna gizarte-testuinguruko elkarbizitzan sortzen de kontzeptu sozial ezinbestekoa dela; *izen ona galtzea* pertsona baten kreditu sozialari erasotzen dion kontzeptua da, pertsonen ospearen galera dakarrena; *gutxiespena* edozein pertsonarengatik izan behar den estimua murriztea edo deuseztatzea da, mespretxuaren sinonimoa.

Tipoak babesten duen ondasun juridikoari dagokionez, *biktimen ohorea* eta *giza duintasuna* (Konstituzioko 18.1 eta 10 artikulua) lirarteke babestutako ondasunak doktrina nagusiaren arabera¹⁸⁶; MUÑOZ CONDE-ren hitzetan, “biktimaren duintasunezko oroitzapenaren eskubidea – batez ere hil denean –, edo bere senideek hura errespetarazteko eta haien mina ez areagotzeko eskubidea” babesteko helburuarekin zehazten da xedapen penala.¹⁸⁷

Jurisprudenziak, bere aldetik, biktimen eta haien senideen *lasaitasuna* eta *bakea* identifikatu izan ditu ere ondasun babestu gisa; izan ere, adierazpen hauek beldur

la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

¹⁸⁴ CUERDA ARNAU, M. L., “Terrorismo y libertades políticas”, *cit.*, 33-37 orr.

¹⁸⁵ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, *cit.*, 783 or.

¹⁸⁶ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, *cit.*, 271 or.; CASTELLVÍ MONSERRAT, C., “Artículo 571-580”, *cit.*, 1745 or. (GARRO CARRERA, E., *La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo*, *cit.*, 368 or.)

¹⁸⁷ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, *cit.*, 897 or., GARRO CARRERA, E., *La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo*, *cit.*, 368 or. zitatua.

sentsazioa areagotu dezakeela argudiatzen dute, “diana kolektiboaren” irudia indartuz eta haien biktimizazioa eguneratuz eta betiketuz (STS 523/2011).¹⁸⁸

Terrorismo-biktimen errealitate gogorra kontuan, adierazpen umiliagarriek sor dezaketen desbalioa bereziki larria da, eta, horren ondorioz, irainen delituaz gaindiko jazarpen penal handiagoa justifikatua dagoela deritzote bai CASTELLVÍ-k zein MUÑOZ CONDE-k¹⁸⁹; jarrera hau terrorismo-delituen atalean kokatzeak larritasun ideia hau berresten du. Planteamendu honen ardatza litzateke jarrera hauek terrorismo biktimengan eragindako sufrimenduak eta min-sentimenduek tipifikazio autonomoa sortzeko adinako garrantzia dutela.

Zentzu honetan, esan beharra dago delitu honen konfigurazioak hurbiltasun gehiago duela 208 artikuluko irain delituekin, apologia jarrerekin baino, babestutako ondasun amankomunak baitituzte. Edonola ere, delitu-egite hau adierazpen apologetikoen bitartez ematen da; ASÚA autoreak honi egiten dio erreferentzia¹⁹⁰: *“Erailketak edo bahiketak ospatzen dituzten baieztapen jakin batzuek biktimen ohoreari eta duintasunari eragiten diete, eta, horregatik, ondasun juridiko horiek babesten dituzten manuen arabera zigortu beharko dira.”* Hemen sartuko litzateke hizpide dugun artikulua.

Izan ere, delitu hau ETaren terrorismoarekin lotutako omenaldi, laudorio eta bestelako gorespen-ekintzen erantzun moduan jaso zen, biktimek bizi zuten mespretxu-testuinguru nabaria zela eta. Honela, zigor eremua zabaldu egiten da izaera honetako adierazpenetara, biktimen ongizaterako politika-kriminalaren izenean.

Amaitzeko, eta honen harira, doktrinaren ikuspuntu kritikoa mahaigaineratzea dagokigu. Tutoretzapeko ondasun juridikoen zehaztasunik eza eta adierazpen askatasunarekin izan ditzakeen talka larriak kontuan, doktrinak tipoaren interpretazio zorrotza eskatzen du.

GARRO-k ideia hau jasotzen du¹⁹¹: interpretazio oso murriztailea egin ezean, komisio-modalitate honek ondorio onartezinak eragin ditzake, hala nola biktimak edo haien senideak, biktima izate hutsagatik, ohorearen aurkako delituen subjektu pasibo

¹⁸⁸ Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 523/2011 Sententzia, maiatzak 30a. Zuzenbidezko III. Oinarria.

¹⁸⁹ CASTELLVÍ MONSERRAT, C., “Artículo 571-580”, *cit.*, 1745-1746 orr.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, *cit.*, 897 or. (GARRO CARRERA, E., *La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo*, 2008, 368 or. zitatua)

¹⁹⁰ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “Notas sobre la propuesta de tipificación de la apología del terrorismo”, *cit.*, 195 or.-an zitatuta.

¹⁹¹ GARRO CARRERA, E., *La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo*, *cit.*, 369 or.

pribilegiatu bihurtzea. Horregatik, figura horrek berdintasun-printzipioa urratzen duela planteatzen da, terrorismo-delituen biktimei tratamendu berezia ematen baitie.

Babes hau Estatuaren bestelako Goi Erakundeek duten errefortzuarekin alderatua izan da, hala nola, Koroak duenarekin (honen aurkako irainak tipifikatuak daude Zigor Kodeko 490.3 eta 491 artikuluetan).¹⁹²

Hari beretik, delitu honek eragin dezakeen zentsura-politikoaren arriskua salatu da; umiliazioa jokabidea ideologia batekiko atxikipena adieraztetik ondorioztatzen bada, esaterako, disidentzia politikoa zigortzearen atea irekitzen da¹⁹³. Testuinguru honetan, jarrera apologetikoen inguruan “etsaiaren zuzenbidea” gailendu dela babesten du MUÑOZ CONDE irakasleak, salbuespenezko zuzenbidearen orokortzearekin batera¹⁹⁴. Honen bidez, apologiaren erabilera instrumental eta antikonstituzionala salatzen du, adierazpen askatasunarekin aurka diskurtso subertsiboak zigortuz¹⁹⁵.

Nolanahi ere, tipoaren egituraketa nahasiak edota eremu zigorgarri zabalak sor ditzakeen eskubide urraketez haratago, doktrinak bai jurisprudentziak figura honen beharra azpimarratu, txalotu eta babestu du.

Esaterako, CANCIO MELIÁ-k tipoaren lehen modalitatean zentratzen du bere kritika soilik; bigarren modalitateak, aldiz, justifikazio material zein sozial argia duela adierazten du. Bere ustez, “irain oso larri” baten aurrean gaude, zantzu kriminal argiak dituen, eta “hildakoen aurkako irainen eta kalumnien” delitua ezabatu ondoren (1973 ZKko 466 artikulua) are garrantzitsuagoa da honen tipifikazioa.¹⁹⁶ Tipoarekiko kritika soilik honen irismen materialera mugatzen du, terrorismoarenak ez diren bestelako biktimak alde batera uzten baititu.

Bestela, esan genezake ia ahobatezkoa dela tipoaren onarpena eta babesa¹⁹⁷.

¹⁹² Jurisprudentziak ideia hau ere babestu du sarritan, biktimen babes Koroak (490.3 eta 491. artikulua) eta Kongresuak (496 artikulua) duten babes bereziaren maila berean jarriz (STS 752/2012 Sententzia).

¹⁹³ TERUEL LOZANO, G., “La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal”, *cit.*, 17 or.; CUERDA ARNAU, M. L., “Terrorismo y libertades políticas”, *cit.*, 9 or.

¹⁹⁴ *Ibid.*, 24 or.

¹⁹⁵ Disidentzia politikoa aurkako erabilera ere azpimarratzen dute *Ibid.*, 21 or.; edota LLABRÉS FUSTER, A., “Artículo 13-18”, *cit.*, 140 or.

¹⁹⁶ CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, *cit.*, 273 orr.

¹⁹⁷ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, “Algunas notas sobre la relevancia penal de los actos de vejación de las víctimas del terrorismo”, PÉREZ RIVAS, N. (kord.), *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas: el estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Tirant lo Blanch, Valentzia, 2012, 2 or. Autorearen arabera, doktrinak, ia modu bateratuan, tipo honen konstituzio

2.3.2. *Jurisprudentziaren ekarpena adierazpen askatasunaren babesean*

Arestian adierazi dugun moduan, figura hauen zedarritzea ezinbestekoa da haien konstituzionaltasuna bermatzeko. Bide honetan, jurisprudentziak ekarpen handia egiten du legegilearen borondatea interpretatzeko. Bitan banatuko dugu azterketa hau.

Batetik, jurisprudentziak tipoaren inguruko elementuak argitu eta zehaztu ditu, eremu materiala ongi finkatzeko. Elementu subjektiboaren inguruan, adibidez, bilakaera nabarmena eman da, umiliazio delitua gauzatzeko baldintzak leundu direlarik. Hasiera batean, biktimen duintasuna urratzeko animo zuzena edo dolo espezifiko eskatzen zen (STS 523/2011)¹⁹⁸; beraz, jokabide honetatik kanpo geratzen ziren beste helburu zehatz batekin burututako jarrerak, nahiz eta hauek nolabait zeharkako mina edo larritasuna sortu biktimengan edo haien senideengan.

Azken aldian, berriz, jurisprudentzia aldaketa eman da. Auzitegi Gorenaren arabera nahikoa izango da dolo generikoa hautematea, hau da, adierazpenen izaera objektiboki umiliagarria eta laidogarria ezagutzea – isolatuta bai testuinguruan jarrita –, eta bereak eginez, onartu eta zabaltzea, nahiz eta zehazki biktimak kaltetzeko nahia ez izan. Hortaz, *animus iniuriandi*-aren beharra baztertzen da (STS 846/2015¹⁹⁹).

Aldaketa honen ondorioz, terrorismoa goratzeagatiko kondena-epaiak murriztuz joan dira, eta, terrorismoaren biktimak eta haien senideak umiliatzeko delituan eskatzen diren baldintzak leundu ahala, horiek zabaldu egin dira.

Subjektu pasiboari dagokionez, jurisprudentziak biktima terminoaren irismena mugatu du. Auzitegi Gorenaren 656/2007 Sententziaren arabera²⁰⁰, biktimaren kontzeptua arlo horretako legeria espezifikoaren arabera zehaztu behar da²⁰¹, eta ezin da hedatu ohore urraketa hau, esaterako, Segurtasun Indar guztietara, helburu terrorista potentzialak izate hutsagatik. Honek ez du ukatzen, noski, kolektibo edo

aurkakotasuna baztertu du. Honakoa babesten duten autoreen zerrenda osatzen du, tartean, Cancio Meliá, Manzanares Sanmaniego eta Muñoz Conde aipatuz.

¹⁹⁸ Auzitegi Gorenaren (Zigor-Arloko Sala). 523/2011 Sententzia, maiatzak 30koa. Zuzenbidezko III. Oinarria.

¹⁹⁹ Auzitegi Gorenaren (Zigor-Arloko Sala). 846/2015 Sententzia, abenduak 30koa. Zuzenbidezko IV. Oinarria.

²⁰⁰ Auzitegi Gorenaren (Zigor-Arloko Sala). 656/2007 Sententzia, uztailak 17koa. Zuzenbidezko IV. Oinarria.

²⁰¹ Legedi honek zehazten du *zuzeneko* eta *zeharkako* biktimen kontzeptua zein den, bakoitza bere aldagaiekin. Honakoak dira: Ley 35/95, de 11 de diciembre, de Ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; Ley 13/96 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 30 de diciembre, reformada por Ley 66/97 de 30 de diciembre, art. 48, sobre ayudas a los afectados por delitos de terrorismo, modificada por Ley 2/2003 de 12 de marzo; Ley 32/99 de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, modificada por Ley 2/2003 de 12 de marzo, y Reglamento 288/2003 de 7 de marzo, de ayudas y resarcimiento a las víctimas del terrorismo.

orokortasun baten ohore eta duintasuna; hauek ere ohore eskubidea dute (STC 183/1995, abenduak 11koa).

Azkenik, delitu honen komisio-moduaren inguruan jurisprudentziak azaldu du, terrorismoaren apologia delituarekin alderatuz, publikotasunak edota "transzendentzia sozialak" ez duela garrantzirik. Honela, biktimek ekintza mespretxagarria modu eraginkorrean jasotzean kontsumituko da delitua; adibide moduan, tonu umiliagarriko gutun bat jasotzeak jada tipikotasuna betetzen du (STS 752/2012)²⁰².

Bestetik, jurisprudentziak ezinbesteko gai bati heldu dio: adierazpen askatasunaren errespetuari. Iritzi-delituak direlakoen epaitzean, zaila da adierazpen askatasunaren eta zigor penalaren arteko marra definitzea, kontuan izan behar baitugu askatasun honen baitan ematen diren adierazpenek ezin dutela inola ere ez jazarpen penalik jaso, honek frontalki urratuko lukeelako oinarrizko eskubide honen muina.

Sistema demokratikoaren ezinbesteko euskarri batez ari garen heinean, honen eduki eta mugek atentzio berezia jaso dute jurisprudentzia konstituzionalaren eskutik. Izan ere, Konstituzioaren 20. artikuluko askatasunak, herritar bakoitzaren oinarrizko eskubideak izateaz gain, iritzi publiko askearen existentziaren baldintza ere badira, askatasunen sistema demokratiko batean hain garrantzitsua den aniztasun politikorako ezinbesteko betekizuna delarik (STC 214/1991²⁰³).

Giza Eskubideen Europako Auzitegiak ildo berari eutsi dio hainbat ebazpenetan, askatasun hau gizarte demokratiko baten funtsezko oinarrietako bat, eta haren aurrerapenaren eta norbanako bakoitzaren garapenaren funtsezko baldintzetako bat dela azpimarratuz (Lingens v. Austria, 1986ko uztailak 8koa; Vides Aizsardzibas Klubs v. Letonia, 2004ko maiatzak 27koa).

Are gehiago, askatasun honen baitan ere sartuko lirateke harridura sortzen, mintzen edo urduritzen duten ideiak eta adierazpenak; hala eskatzen du pluralismoak, tolerantziak eta irekitasun-espirtuak, horiek gabe ez baitago "gizarte demokratikorik" (Handyside v. Erresuma Batua, 1976ko abenduak 7koa; Jersild v. Danimarka, 1994ko irailak 23koa).

Edonola ere, askatasun honen zaintza eta babesak ezin du inola ere ez izaera absoluturik izan, ez baitago oinarrizko eskubide absoluturik – KE 20. artikulua berak adierazten duen moduan²⁰⁴ –. Beste modu batera esanda, hauek beste eskubide eta

²⁰² Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 752/2012 Sententzia, urriak 3koa. Zuzenbidezko III. Oinarria.

²⁰³ Konstituzio Auzitegia. 214/1991 Sententzia, azaroak 11koa. Zuzenbidezko VI. Oinarria.

²⁰⁴ **Artículo 20**

eskakizun konstituzionalei men egiten die. Honela, Auzitegi Konstituzionalak modu jarraituan aldeztu du askatasun honen mugaketak ezarri behar direla elkarbizitza eredu orekatua finkatze bidean (STC 39/2005 Sententzian²⁰⁵, STC 214/1991²⁰⁶).

Muga horietako bat biktimekiko mespretxu eta arbuiatzea litzateke; Auzitegi honen irailaren 23ko 539/2008 Epaiaren arabera, adierazpen-askatasunaren murrizketa jakin batzuk legitimoak izateaz gain, beharrezkoak ere izan daitezke indarkeria eragin dezaketen jokabideen aurrean, edo, gizartean inpaktu lazgarria sor dezaketen biktimen aurkako umiliatze jarreraren aurrean (STS 539/2008). Modu berean adierazi zen 846/2015 Epaian; honen arabera, ideologia- edo adierazpen-askatasunak ezin dio aterperik eman terrorismoaren biktimekiko mespretxu justifikaezina duten adierazpenak kanporatzeari (STS 846/2015²⁰⁷).

Are zehatzago da Konstituzio Auzitegia haren 235/2007 Sententzia entzutetsuan²⁰⁸; honela dio: “El reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas.”

Honakoa kontuan, epaileen jarduna bereziki zuhurra eta zorrotza izan behar da. Baieztapen umiliagarri hauek adierazpen- edo informazio-eskubideen egikaritze moduan ematen diren heinean, babes bereziaz gozaten baitute. Horretarako, epaileak azterketa zehatza egin beharko du, konkretua, Konstituzioak haren 20.1 a) eta d) xedapenetan aurreikusten dituen elementuak betetzen diren edo ez balioztatzeko, eta

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

(...)

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

²⁰⁵ Konstituzio Auzitegia. 39/2005 Sententzia, otsailak 28koa. Zuzenbidezko II. Oinarria.

²⁰⁶ Konstituzio Auzitegia. 214/1991 Sententzia, azaroak 11koa. Zuzenbidezko VI. Oinarria.

²⁰⁷ Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 846/2015 Sententzia, abenduak 30koa. Zuzenbidezko II. Oinarria.

²⁰⁸ Konstituzio Auzitegia (Osoko Bilkura). 235/2007 Sententzia, azaroak 7koa. Zuzenbidezko V. Oinarria.

horren arabera zuzenbide-kontrakotasuna baztertzeko (STS 1284/2005²⁰⁹, STC 39/2005²¹⁰, STC 107/1998²¹¹).

Beraz, esan bezala, jarrera umiliagarriak kasuz kasu aztertuko dira, honakoa argituz: zein egoeratan eman diren, zein esaldi eta/edo ekintzatan gauzatzen den, eta zein abagune eta jokalekutan gertatu den (STS 752/2012²¹²). Modu berean, ahoskatutakoaren hitzez hitzeko edukia ez ezik, garrantzitsua da hitzen norabidea edo asmoa aztertzea ere (STS 31/2011²¹³).

Azterketa honen bitartez, adierazpen askatasunaren babesa zein biktimen duintasunaren tutela bermatzea erdiesten da.

2.3.3. Frankismoaren apologia eta 578. artikulua. Ondorioak.

Apologiaren tipifikazio honek men egiten dio, zalantzarik gabe, lan honek jorratzen duen problematikari. Batetik, zuzenbide-kontrakotasunaren funtsa biktimen erreparazioaren eta ongizatearen babesean kokatzen duelako, eta, bestetik, apologia zigorgarriek eduki oso antzekoak dituztelako.

Arestian aztertu ditugun apologia tipoek diskurtso hauen ikuskera zehatz bat jasotzen dute: bidegabea adierazpenen arriskugarritasunean kokatzen da, hauen bitartez bestelako delituen probokazioa ematean, alegia (ZK 18 artikulua eta 510 artikulua). Kasu honetan, berriz, diskurtso hauen kriminalitatea biktimengan sor daitekeen irain larrian kokatzen da.

Terrorismoko biktimek pairatutako krimen lazgarriak kontuan, legegileak babes berezia eskaintzen die hauei, demokrazia batek bizi ditzakeen gertakari gogorrenen aurpegia baitira. Honela, krimen hauek gorai patzen dituzten diskurtsoek sortzen duten kaltea aitortzen da eta diskurtso hauen penalizazioa ematen da, ez soilik Estatuak biktimen erreparazioa errazteko betebeharra duelako, baizik eta babes penala merezi duten ondasun juridikoak urratzen direlako: ohorea eta duintasuna.

Frankismoaren biktimen eta haien senideen babesaz ari garenean parametro berdinetan mugitzen gara, hau da, arrazoi politiko-kriminal berdinen aurrean gaude. Ez

²⁰⁹ Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 1284/2005 Sententzia, urriak 31koa. Zuzenbidezko II. Oinarria.

²¹⁰ Konstituzio Auzitegia. 39/2005 Sententzia, otsailak 28koa. Zuzenbidezko III. Oinarria.

²¹¹ Konstituzio Auzitegia (Osoko Bilkura). 107/1988 Sententzia, ekainak 8koa. Zuzenbidezko II. Oinarria.

²¹² Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 752/2012 Sententzia, urriak 3koa. Zuzenbidezko II. Oinarria.

²¹³ Auzitegi Gorena (Zigor-Arloko Sala). 31/2011 Sententzia, otsailak 2koa. Zuzenbidezko III. Oinarria.

da lan honen helburua diskurtso apologetiko frankistek kolektibo zehatz batzuetan sor dezakeen arriskugarritasuna aztertzea (atzeritarrengan edota disidentzia sexualean); gure helburua, biktimen duintasuna urratuko luketen diskurtso apologetikoen kriminalizazioa sustatzea da, tipo honen egiturarekin partekatzen den asmoa behar honi men egiten diolarik.

Bestalde, esan bezala, tipo honen alderdi objektiboak eta subjektiboak antzekotasun handiak ditu gure problematika zehatzarekin.

Ikuspuntu objektibotik, Frankismoaren eta terrorismoaren gorazarreak elementu diskurtsibo parekoak ditu: krimenen gutxiestea eta ospatzea, biktimen irudi iraingarria sustatzea (merezi zutela esanez, hildakoaren ohorea urratuz, berriz gertatu beharko litzatekeela babestuz...) eta haien biktimizazio soziala betiketzea. Funtsean, biktimen umiliazioa bilatzeko bidea berdina da.

Gainera, alderdi subjektiboa dela eta, bistakoa da terrorismoaren biktimek eta Franksimoko biktimek bizipen eta problematika antzekoak bizi dituztela, hala nola, babes gabezia sentrazioa edota balore demokratikoen lotura hertsia biktimekin. Hala, legegileak terrorismoaren biktimei eskaini dien estaldura juridikoa Frankismoko errepresaliatuei zabaltzea ez da arriskatua. Ildo honetan aritu da doktrina; tipo honen beharra babestu eta txalotu duten moduan, honen irismen falta kritikatu dute, bestelako biktimei zabaldu beharko litzaiokela argudiatuz.

Beraz, laburbilduz, tipo honek Frankismoaren apologia delitua litzatekeenaren oinarriak finkatu ditzake, biktimen erreparazio morala babesteko eta apologiaren fenomenoari aurre egiteko erreminta eraginkorra ematen baitigu, berme konstituzional nahikoarekin eta doktrinaren babesarekin.

Gure problematikara egokitzeko ber-interpretazioa ezinezkoa den heinean – borroka antiterroristaren baitan kokatzen den delitua dugu, soilik kasuistika zehatz honi erantzuten diona –, tipo berri baten eztabaidan sakontzea dagokigu orain, artikulua honek eskaintzen dizkigun gidalerroak abiapuntutzat hartuz.

2.4. Tipo berriaren eztabaida eta komenigarritasuna. Proposamena.

Azken atal honetan, Frankismoaren apologia delituari ikuspuntu tekniko batetik helduko diogu, tipifikazio prozesurako hainbat gako emanez.

Ezer baino lehen, aipatzekoa da juristen artean nahiko zabaldua dagoela tipo berri bat sortzearen inguruko mesfidantza; gure herrialdeko politika-kriminalak bizi duen joera hedakorraz arduratuta²¹⁴, iritzi-delituen gehiegizko erabilera ekidin nahi da, adierazpen- zein ideologia-askatasunaren murrizte neurrigabeak ekarri ditzakeen arriskuak kontuan.

Ildo honetan, hainbat autorek ZK 510 artikulua ber-interpretazioa eta moldaketa eskatu dute tipo berri bat sortu beharrean, jokabide hauek gorroto-diskurtsoen baitan txertatuz eta neurritz gaineko tipifikazioa ekidituz²¹⁵. Haien hitzetan, bide honekin zigorzuzenbidearen esku-hartze minimoaren printzipioa errespetatuko litzateke, “zigor-populismoan” erori gabe.

Honela, esfera honen baitan mugitu izan dira tipifikazioaren lehen proposamenak. 2018ko uztailak 13an Podemos alderdiak gain honen inguruan aurkeztutako Lege-proposamena horren adibide dugu²¹⁶; bertan, 510.1.c artikulua erreforma aurreikusten zen, Frankismoaren biktimak kolektibo zaurgarri moduan aurkeztuz²¹⁷. Honen hitzetan, Frankismoaren goraipamena soilik zigorgarria litzateke argi eta garbi biktimen aurkako indarkeria edo gorrotoa bultzatzen dutenean.

Arestian aipatu dugun bezala, apologiaren ikuskera zehatz baten aurrean egongo ginateke – gorroto-diskurtsoen baitan kokatzen dena –, eta ez diona inola ere irtenbiderik ematen gure problematikari; izan ere, Frankismoaren biktimek ez dute esku-hartze penalik behar haien segurtasun existentziala zaintzeko (ez dago arrisku errealik), baizik eta haien duintasuna eta ohorea babesteko.

²¹⁴ Guztien izenean, ALASTUEY DOBÓN, C., “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-14 zk., 2016.

²¹⁵ Eztabaida doktrinala aldizkari eta egunkarietara zabaldu da; segidan, esaterako, “Público” egunkariaren prentsa-oharra ikus daiteke, zeinetan hainbat autorek (Eduardo Ranz, Miquel Ramos, Txema Urkijo edota Manuela Bergerot) tipo honen komenigarritasunaren inguruko iritzia ematen duten: <https://www.publico.es/politica/prohibir-apologia-franquismo-medida-necesaria-populismo-punitivo.html>

²¹⁶ *Proposición de Ley integral de memoria democrática y de reconocimiento y reparación a las víctimas del franquismo y la Transición.*, 122/000254, Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala, B-294 zk., 2018ko uztailak 13, 1 or.

²¹⁷ «**Artículo 510.** 1. Serán castigados con una pena de prisión de 6 meses a 1 año de prisión y trabajos en beneficio de la comunidad de 15 a 30 días:

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, *incluidos los crímenes del fascismo, del franquismo y su dictadura, o enaltezcan a sus autores*, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando claramente constituyan clara y directamente una incitación a la violencia o al odio contra los mismos.»

Beraz, xedapen honen baitan Frankismoaren apologia txertatu nahi bada (guk babesten dugun ikuskeratik), ber-interpretazio sakona beharko luke, konstituzionalki zaila dena. 510.2 atalean txertatuko bagenu ere – *irain larrien ingurukoa* –, gogoratu beharra dugu umiliazio edo gutxieste hauek kolektibo zaurgarrien “diana” izaera sustatzera mugatzen direla, soilik gorroto-ekintzen atari moduan zigortzen direlarik.

Gauzak honela, tipo berri baten ideiak pisua hartzen du, terrorismoaren biktimek duten babes penala eredutzat hartuz. 578 artikulua eta Talde Parlamentario Sozialistak Memoria Historikoaren Legea aldatzeko azken lege-proposamena oinarri²¹⁸, Frankismoaren apologia zigortzeko bidean honakoa balizko aukera bat litzateke:

“Serán castigados con una pena de prisión de 6 meses a 1 año de prisión y trabajos en beneficio de la comunidad de 15 a 30 días quienes mediante actos de exaltación, enaltecimiento o conmemoración del golpe militar de 1936, de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil española, de la dictadura franquista, o del dictador Francisco Franco, lesionen la dignidad, humillen, menosprecien o desacrediten a las víctimas del golpe militar, la Guerra Civil y la dictadura o a sus familiares.”

Tipifikazio honen bitartez, Frankismoaren goraiatzea zigortzea lortuko genuke diskurtso apologetiko soilak jazarpen-eremutik kanpo utziz; honela, biktimekiko umiliazio zantzu nabarmenak ondorioztatu beharko dira diskurtsoaren penalizaziorako, berme konstituzionalak kontuan hartuz eta biktimen erreparazioa, duintasuna eta ohorea lehenetsiz.

²¹⁸ *Proposición de Ley de Memoria Histórica y Democrática. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista*, B-47-1 zk., 2020ko urtarrilak 31, hemen irakurgai: http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-47-1.PDF

VI. Ondorioak

Lan honen helburua, funtsean, Espainiar Estatuak haren demokratizazioaren bidean beharrezkoa duen aurrerapauso bat aurkeztea da, justizia trantsizionalaren ikuspuntutik ezinbestekoa dena: Frankismoa goraipatzen duten diskurtsoen debekua.

Ikusi dugunez, herrialde baten politika-kriminaletik haratago doan neurri batez ari gara; gizateriaren aurkako krimen larriak bizi izan dituen herrialde batek, nahitaez, bakea finkatzeko neurri eta mekanismo batzuk sustatu behar ditu, horiek gabe elkarbizitza justu eta egonkorra ezinezkoa delarik.

Testuinguru horretan, justizia trantsizionalak exigentzia garbia egiten die iragan traumatikoa bizi izan duten herrialdeei: biktimen erreparazioak lehentasun osoa du, eta honakoa erdiesteko Estatuak behar beste neurri hartu beharko ditu. Agindu honen baitan, hain zuzen ere, kokatuko litzateke mahai gainean dugun neurria.

Izan ere, Espainiar testuingurura hurbilduz, biktimen problematika jorratzeko orduan hutsune handiak eman direla ukazina da; trantsizio-prozedura “burutugabe” honek nolabaiteko defizit demokratikoa eragin du espainiar gizartean, Frankismoaren krimenen eta hauen egileen inguruan ematen diren goraipatze, justifikazio edo hutsaltze diskurtsoak honen adibide esanguratsuak direlarik.

Diskurtso hauen osagai umiliagarri nabarmena kontuan, adierazpen hauen zilegitasuna ezbaian jartzen da, bereziki biktimen ongizatean eta erreparazioan sor dezaketen min konponezinagatik. Babesgabezia larri hau oinarri, jokabide apologetiko hauek adierazpen-askatasunaren eremutik kanpo kokatzen dira, esku-hartze penalarik atea irekiz.

Edonola ere, iritzi-delituen baitan mugitzeak dakartzan arriskuez jakitun, tipifikazio hau arreta bereziarekin eman behar da; zentzu horretan, diskurtso apologetikoen mugak modu argian marraztu zituen Konstituzio Auzitegiaren 235/2007 Epaiak, hauen zigortzerako beharrezko elementua zehaztuz: potentzial inzitatzaila.

Muga konstituzional horiek kontuan, Zigor Kodeak aurreikusten dituen apologia tipoen irismena argitzen da, gure problematikari erantzuteko gaitasun eza azalerraten delarik. Horren adibide dira 18 artikuluko apologia-probokazio figura eta 510 artikuluko gizateriaren aurkako krimenen apologia tipoak; diskurtso hauen penalizazioa aipatutako mugetan ezartzen den heinean, ez da erdiesten bilatzen dugun estaldura penala, bestelako arrazoi politiko-kriminalei erantzuten baitie.

Illo horretan, legedia antiterroristak gure analisirako ezinbesteko ekarpena egiten du, biktimen babeserako hainbat neurri aurreikusten baititu, tartean, hauen umiliazioa eragin dezaketen diskurtsoen kriminalizazioa. 578 artikulua formulazioak, zehazki, gure problematikari ezin hobe erantzuten dio, apologia diskurtsoen zigorraren muina biktimen duintasun eta ohorean kokatzen baitu.

Honela, onespren doktrinal zein jurisprudenziala duen tipo baten aurrean gaude, aldi berean adierazpen-askatasunaren egikaritzea errespetatu eta biktimen erreparazio morala ahalbidetzen duena. Are gehiago, Frankismoaren errepresaliatuek eta terrorismoaren biktimek partekatzen dituzten elementu sozialak kontuan, eredu honen egokitasuna berresten da, eta termino hauenpean, zehazki, tipifikazio-proposamena luzatzen dugu.

Horrenbestez, arestian aipatutakoa kontuan, espainiar demokraziak haren memoria historikoa garatzeko orduan jorratu gabeko problematika bati erantzuten diogu neurri honen bitartez, biktimak erdigunean jarriz elkarbizitza eredu egonkorraren bidean.

Erreferentziak

- AEDIDH, *Informe sobre el derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España*, 2008.
- AGUILAR FERNÁNDEZ, P. "Justicia, política y memoria: los legados del franquismo en la transición española", *Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones*, 2001.
- AGUILAR FERNÁNDEZ, P., *Políticas de la memoria y memorias de la política en la dictadura y en la democracia*, Alianza, Madrid, 2008.
- AGUILAR FERNÁNDEZ, P., BALCELLS, L., eta CEBOLLA, H., "Las actitudes de los españoles ante las medidas de justicia transicional relativas a la guerra civil y al franquismo", *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, 69 zk., 2011, 59-90 orr.
- AMBOS, K., "El marco jurídico de la justicia de transición". AMBOS, K., MALARINO, E. eta ELSNER, G. (zuz.), *Justicia de transición. Informe de América Latina, Alemania, Italia y España*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009, 23-129 orr.
- AMNISTIA INTERNACIONAL, *Victimas de la Guerra Civil y el régimen franquista: el desastre de los archivos, la privatización de la verdad*, Madrid, 2006.
- AMNISTIA INTERNACIONAL, *Victimas de la guerra civil y franquismo: no hay derecho*, Madrid, 2006.
- AMNISTIA INTERNACIONAL, *Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo en España*, Madrid, 2012.
- ARANGÜENA FANEGO, C., "La ley de memoria histórica y sus limitaciones: una visión desde la óptica del derecho procesal", TAMARIT SUMALLA, J. (kord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, 119-139 orr.
- BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. «La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015.» *Indret: Revista para el análisis del derecho*, 2 zk. (2016).
- CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010.
- CEPEDA CASTRO, IVÁN. «Justicia para la democracia.» *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada* en, egilea:

Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Michael Reed, & Maria Cristina Rivera editada, 225-232. Bogotá: ICTJ, 2010.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. «Artículo 18.» *Comentarios al Código Penal* en, editado por: SANTIAGO MIR PUIG, & MIRENTXU CORCOY BIDASOLO. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

CUERDA ARNAU, MARIA LUISA. «El denominado delito de apología del genocidio: consideraciones constitucionales.» *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* en, editado por: FERMIN MORALES PRATS, & GONZALO QUINTERO OLIVARES, 1125-1166. Aranzadi, 2001.

CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA. «Terrorismo y libertades políticas.» *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 3 zk. (2008): 61-97.

DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO. «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995.» *Cuadernos de política criminal*, 58 zk. (1996): 69-88.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, JULIO. «Notas sobre la propuesta de tipificación de la apología del terrorismo.» *Eguzkilore*, 15 zk. (2001).

GARRO CARRERA, ENARA. «La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo.» 2008.

GÓMEZ MARTÍN, VICTOR. «Discurso de odio y principio del hecho.» *Protección de la libertad de expresión e información: una interpretación constitucional* en, editado por: SANTIAGO MIR PUIG, & MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, 89-119. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA. *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

LLABRÉS FUSTER, ANTONI. *Comentarios al Código Penal* en, editado por: MANUEL GÓMEZ TOMILLO. Valladolid: Lex Nova, 2010.

LUTHER, JÖRG. «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada.» *"Historia, verdad, derecho" Kongresuko Ponentzia* (Sociedad Italiana para el Estudio de la Historia), 2008.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal: Parte General*. 8. Barcelona: Reppertor, 2008.

- MIRA BENAVENT, JAVIER. «El caso del diario "Egin": Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986.» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987: 505-528.
- PORTILLA-CONTRERAS, GUILLERMO. «La represión penal del "discurso del odio".» *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución.* en, egilea: JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, ARACELI MANJÓN-CABEZA, & ARTURO VENTURA PÜSCHEL, 379-412. Tirant lo Blanch, 2016.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO. «La apología del delito.» *Persona y Derecho* (Nafarroako Unibertsitatea), 55 zk. (2006): 619-652.
- TERUEL LOZANO, GERMÁN. «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal.» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4 zk. (2015).
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS. *Código Penal comentado*. Barcelona: Atelier, 2015.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO. «Algunas notas sobre la relevancia penal de los actos de vejación de las víctimas del terrorismo.» *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas: el estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España* en, egilea: NATALIA PÉREZ RIVAS, 187-218. 2013.