



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE DEL VOCAL ÁLVARO CUESTA MARTÍNEZ AL QUE SE ADHIEREN LAS VOCALES CLARA MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, PILAR SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Y EL VOCAL RAFAEL MOZO MUELAS, AL ACUERDO ADOPTADO POR EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN SU SESIÓN DEL DÍA 7 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA.

El presente Voto particular concurrente plantea discrepancias puntuales con algunos aspectos del Informe sobre el anteproyecto de ley de Memoria Democrática, aprobado por la mayoría del Pleno del CGPJ, en su sesión del día 7 de junio, Informe que hemos votado afirmativamente, y que es fruto de un trabajo y voluntad de Consenso, que incorpora en torno al mismo, a una mayoría de quince Vocales de la que hemos formado parte.

En primer lugar es preciso resaltar nuestra valoración positiva del Anteproyecto de ley de Memoria Democrática, en los estrictos términos que este CGPJ debe pronunciarse, que no son otros que los derivados de la competencia reconocida en el artículo 561.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En concreto, el Informe entra a valorar, en los términos del artículo 561.1.6ª, "*Normas Procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la Tutela ante los Tribunales Ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*".

Consideramos que el Anteproyecto de ley es un texto normativo inclusivo y respetuoso con los Valores Constitucionales y los Derechos Humanos.

En este sentido estamos plenamente de acuerdo con tres afirmaciones concluyentes que realiza en su inicio el Informe del Pleno del CGPJ en sus Párrafos 30, 31 y 33, en los siguientes términos:

Opta el pre legislador, por tanto, por elaborar un nuevo texto normativo que deroga a la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, al tiempo que incorpora a su articulado algunos de los contenidos regulatorios de la misma, y no por la reforma de la Ley de Memoria Histórica, por entender que se logra así un mayor enfoque integral y una menor dispersión normativa, y lo hace de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

conformidad con la competencia exclusiva atribuida al Estado en los apartados 1ª, 6ª, 8ª, 15ª, 18ª, 28ª y 30ª del artículo 149.1 de la Constitución Española.

Nada cabe objetar a dicha opción del pre legislador, toda vez que con la aprobación de esta nueva ley integral y la derogación de la Ley de Memoria Histórica no se generan concomitancias, concurrencias e interferencias con otras disposiciones de ámbito nacional, indeseable consecuencia que puede manifestarse en los casos de introducción en el ordenamiento jurídico de disposiciones normativas "integrales", y no obstante reiterativas respecto a la regulación contenida en materias de índole análoga.

En virtud de todo lo anterior, debe concluirse por tanto el adecuado rango normativo de la norma objeto de informe.

Este Voto concurrente se centra en determinados aspectos y consideraciones que estimamos que no son abordados por el Informe de manera acertada o a plena satisfacción, a nuestro juicio, dicho sea con todos los respetos. Estos aspectos, básicamente son los siguientes que exponemos a continuación, y en los que nuestro criterio difiere de los términos del Informe del CGPJ:

PRIMERO:

En primer lugar, **La creación de la Fiscalía de Sala de Memoria Democrática y de Derechos Humanos**, constituye uno de los temas que este Vocal y quienes comparten este Voto concurrente consideran un acierto del Anteproyecto de Ley. Por ello hemos planteado la supresión del tenor del párrafo 103 del Informe aprobado por el Pleno del CGPJ, proponiendo una redacción más positiva con el siguiente contenido:

“El Artículo 29 del Anteproyecto de ley de Memoria Democrática prevé la creación de la Fiscalía de Sala de Memoria Democrática y de Derechos Humanos, con competencias para «la investigación de los hechos que constituyan violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario», así como «las funciones de impulso de los procesos de búsqueda de las víctimas de los hechos investigados, en coordinación con los órganos de las distintas administraciones con competencias sobre esta materia, para lograr su debida identificación y localización». La opción del prelegislador merece una valoración



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

globalmente positiva por cuanto favorece la especialización del Ministerio Fiscal en una materia especial relevante como los Derechos Humanos y promueve una acción más eficaz de éste en el cumplimiento de las previsiones legales en materia de memoria democrática. Por otro lado, en cuanto a la denominación, resultaría coherente con el carácter prevalente de estos Derechos, anteponer "Derechos Humanos" a "Memoria Democrática".

SEGUNDO:

En segundo lugar, tal como hemos afirmado al inicio, consideramos que el Anteproyecto de ley es una propuesta de texto legal que cierra asignaturas pendientes, que está concebido desde la igualdad y la no discriminación de las ciudadanas y de los ciudadanos, desde el pleno respeto a los Derechos y Garantías fundamentales, coherente con los valores superiores y las Libertades públicas de nuestra Constitución y con un espíritu inclusivo. Por eso no se entiende, ni se comparte que en el párrafo 134 del texto aprobado por el Pleno del CGPJ, de manera forzada, contradictoria, injustificada, excesiva y sin motivación alguna, se haya deslizado un recelo, por matizado que sea, en el sentido de considerar la hipótesis de que algún precepto del anteproyecto pudiera dar lugar a una **"tutela asimétrica" de la dignidad de las víctimas**. Ello se dice además, de forma incomprensible, y fuera de sistemática o contexto, respecto a la **regulación que de la tipificación como muy graves de algunas infracciones recoge el artículo 62 del Anteproyecto**. Es por ello por lo que discrepamos del contenido del Párrafo 134 del Informe, del que hemos propuesto su supresión y sobre todo del inciso que afirma inmotivadamente que ***"la redacción del precepto puede dar lugar a una tutela asimétrica de la dignidad de las víctimas"***. ¿Quiénes son las víctimas tratadas asimétricamente? El Informe nada indica ni aclara, por lo que podría ser fruto de un involuntario "corta- pega", procedente de textos corregidos sobre los que no hubo acuerdo.

TERCERO:

En tercer lugar, en cuanto a la **regulación de la Extinción de Fundaciones** que se contempla en la **Disposición Adicional Quinta del**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

Anteproyecto, consideramos que el Interés General es un elemento esencial del Derecho de Fundación, que la dimensión finalista de las fundaciones es muy relevante y que en general, sin perjuicio de algunas correcciones y concreciones técnico jurídicas, el anteproyecto acierta y no incurre en falta de taxatividad, ni discrimina, ni genera asimetrías o inequidades, por lo que deberían desaparecer algunos de los recelos del Informe expresados por un sector del Pleno del CGPJ. Por ello hemos sugerido la Supresión total o parcial, o la modificación de su redacción, de los párrafos 154, Párrafo 156, Párrafo 157, Conclusiones cuadragésimo primera, cuadragésimo octava, quincuagésima, y quincuagésimo primera, en los términos en los que incorporan los aspectos de los párrafos 134, 154, 156, y 157 de los que hemos propuesto su supresión.

En este sentido, entendemos que de alguna manera, el informe confunde causa de extinción y proceso de ilicitud o ilegalización. El régimen propuesto por el Anteproyecto, no persigue ilegalizar una Fundación, sino promover su extinción al no concurrir uno de sus elementos definitorios y constitutivos: los fines de interés general.

Es por ello que hay que señalar que la causa de extinción no se corresponde con una consecuencia sancionadora, sino con la pérdida de uno de los elementos constitutivos esenciales del derecho de fundación: los fines de interés general.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial aprobado por el Pleno mayoritariamente, considera que debería retirarse esta previsión por falta de claridad y taxatividad y por ser desproporcionada. En cuanto a la apreciación concreta, según la cual se consideraría contrario al interés general la apología del franquismo o la incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, por su condición de tales, el Informe del Consejo considera que podría afectar negativamente a la neutralidad del Estado y a la libertad ideológica.

Sin embargo, aun considerando que el concepto de interés general es un concepto jurídico indeterminado, sobre el mismo existe suficiente doctrina y jurisprudencia para poder establecer un mínimo de seguridad jurídica, siendo además utilizado en otros ámbitos.

En todo caso, el interés general es un elemento esencial del derecho de fundación, por lo que, en primer lugar, hay una legitimidad del control



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

permanente del cumplimiento de fines de interés general, más allá del acto constitutivo de una Fundación y, en segundo lugar, existe una posibilidad de concreción de los fines de interés general aplicables al derecho de fundación, al menos por exclusión.

El Tribunal Constitucional ha configurado el derecho de fundación como una "una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados (STC 40/1988, de 22 de marzo).

Sin embargo, no se trata de una disposición con carácter absoluto e ilimitado. Así, el Tribunal Constitucional (STC 341/2005, de 21 diciembre) también ha subrayado el carácter finalista del reconocimiento del derecho de fundación "para fines de interés general" y que fija claramente la Constitución en su tenor literal (artículo 34.1).

De esta manera, el derecho de Fundación se dirige a una concreción del interés general "a través de una interacción entre el Estado y los agentes sociales", como señala la propia Exposición de motivos de la Ley 50/2002, de Fundaciones, retomando la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en (STC 18/1984, de 7 de febrero, entre otras).

El fruto de esa "interacción" que cita la legislación no está sometido solo a las preferencias individuales, más vinculadas con otras libertades o derechos individuales, sino a una, o diversas, manifestaciones de los intereses generales.

La dimensión finalista es tan relevante que el Tribunal Constitucional ha considerado que, no solo se refiere al momento constitutivo o fundacional, sino que afecta a toda la extensión de ese negocio jurídico. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que "...aunque de su tenor literal resulta evidente que la norma se dirige al momento de la constitución de la fundación, el control de los fines fundacionales debe prolongarse a todo lo largo de la vida de la fundación hasta su extinción" (STC 341/2005, FJ7).

El control sobre los fines de interés general, no pueden limitarse solo y exclusivamente al destino patrimonial (art. 3.3) sino también al resto de elementos del precepto, y por lo tanto en cuanto a los fines en sí mismos señalados en el art. 3.1.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

En este sentido, hay que recordar que el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre las fundaciones en Europa (R.A. 304/93), señala, en este sentido, que "merecen apoyo especial las fundaciones que participen en la creación y desarrollo de respuestas e iniciativas, adaptadas a las necesidades sociológicas de la sociedad contemporánea. Particularmente, las que luchan por la defensa de la democracia, el fomento de la solidaridad, el bienestar de los ciudadanos, la profundización de los derechos humanos, la defensa del medio ambiente, la financiación de la cultura, las ciencias y prácticas médicas y la investigación".

Aunque sea a título meramente enunciativo, pero sí con un fuerte carácter ejemplar, esta misma categorización se puede observar en el artículo 3.1 de la ley 50/2002, cuando cita como fines de interés general, entre otros: "los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico".

Sin entrar en la consideración de una definición o delimitación taxativa de lo que sean fines de interés general, como categoría abstracta, sí que podemos concluir que la simple mención de las categorías ejemplificativas que realiza la ley permite, *ad sensum contrario*, excluir que algunos fines puedan ser considerados como de interés general. Especialmente aquellos que son opuestos o contradictorios con los mencionados. Así lo debería ser la divulgación de un credo o una obra política que es contraria a los valores constitucionales y a la defensa de los principios democráticos.

Si entendemos que los principios superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) de libertad, la igualdad la justicia y el pluralismo político, son esos valores constitucionales, podemos colegir que, **aunque no todas las**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

fundaciones deban promover dichos valores, no cabe admitir como fines de interés general, y por lo tanto susceptibles de valoración a estos efectos, aquellos que resultan contrarios a dichos valores. Lo que constituye una acción directamente opuesta a los fines mencionados por la ley 50/2002, aunque lo sean sin ánimo exhaustivo.

Así, además lo ha entendido **recientemente el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa (2019/2819) cuando señala en su numeral 20 que "Insta a los Estados miembros a que (...) que prohíban efectivamente los grupos neofascistas y neonazis y cualquier otra fundación o asociación que exalte y glorifique el nazismo y el fascismo o cualquier otra forma de totalitarismo, dentro del respeto del ordenamiento jurídico y la jurisdicción nacionales"**.

Por otro lado el informe del CGPJ argumenta también la desproporción que supondría "imponer una vinculación positiva a los intereses generales en toda la actividad de las fundaciones". Sin embargo, la propuesta normativa del Anteproyecto no exige a la Fundación la realización de todas sus actividades conforme al interés general, sino que sus actividades respondan a un interés general y más propiamente que no lleven a cabo actuaciones contrarias a éstos, por lo que no hay desproporción alguna.

En cuanto a las precisiones procesales, precisamente por ello, no hay nadie mejor situado para conocer y apreciar la adecuación de los fines fundacionales y las actividades al interés general que el Protectorado, entre cuyas funciones según los artículo 34 y 35 de la Ley de Fundaciones se encuentra no solo "velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación" sino también velar por la efectiva "consecución del interés general". De hecho, el Informe del Pleno del Consejo en la redacción alternativa que da a ese párrafo, mantiene al Protectorado, como responsable de instar la oportunidad de medidas cautelares, lo que no se entendería si no fuera quien además pudiera instar la extinción de la Fundación, por esta causa, ante la autoridad judicial.

Por último, y como hemos señalado con anterioridad, el informe del CGPJ recoge una crítica -que no compartimos- que se reitera respecto de algunos preceptos del Anteproyecto de ley de Memoria Democrática. Dicha crítica sostiene que pudiera darse el riesgo de ***una situación de "asimetría en la tutela" de las víctimas, incompatible con la universal e igual dignidad humana, fundamento de estas medidas.*** Así, se refiere de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

manera inmotivada, como ya hemos indicado, a la regulación de las infracciones y sanciones, y luego se repite el argumento respecto de la Disposición Adicional Quinta, formulando una frase que no se acierta a entender, en la que se dice que el *"imperativo de la igualdad ínsita en el mismo principio de dignidad se tutele la dignidad de las distintas víctimas de violaciones de derechos humanos acaecidas en el periodo histórico contemplado por el legislador, tal y como se ha expuesto más arriba"*.

Pues bien, con carácter general, hemos advertido al igual que el Informe del CGPJ, que en el APL la protección y reconocimiento de las víctimas se realiza con carácter universal en base a un criterio temporal (las violaciones de derechos humanos producidos durante la Guerra Civil y la Dictadura y hasta la entrada en vigor de la Constitución Española), sin establecer ninguna diferencia en el reconocimiento de las víctimas por razones ideológicas, políticas o de conciencia. Y con ese horizonte, no obstante, también hemos señalado, con el CGPJ, que siempre es susceptible de mejora la redacción del articulado del Anteproyecto, para alcanzar dicho fin.

Sin embargo, no se puede compartir la confusa crítica en cuanto a su aplicación concreta para el caso del supuesto de hecho extintivo de la personalidad jurídica de Fundaciones, previsto en la Disposición Adicional Quinta del APL.

Compartiendo el postulado esencial del informe respecto de la igual dignidad de las distintas víctimas de violaciones de derechos humanos acaecidas en el periodo histórico, y el total rechazo a las manifestaciones políticas de toda ideología totalitaria, hay que recordar que el objeto del Anteproyecto de la ley es doble (art. 1): por un lado, la recuperación, salvaguarda y difusión de la memoria democrática en España; y, por otro, el reconocimiento y reparación moral de todas las víctimas (en el amplísimo sentido ya señalado) de la Guerra Civil y la Dictadura, hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

Por tanto, protegiendo y respetando la memoria y la dignidad de todas las víctimas de la violencia política de ese periodo histórico, y condenando las devastadoras consecuencias y masivas vulneraciones de derechos humanos cometidas en el nombre de todo tipo de regímenes e ideologías totalitarias, lo cierto es que el franquismo es el único régimen totalitario implantado en España durante una parte del siglo XX, y más concretamente en el periodo histórico objeto de la norma, es decir, desde el 18 de julio de 1936 hasta



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Vocalías

las elecciones del 15 de junio de 1977 que dan lugar a la Constitución democrática publicada el 29 de diciembre de 1978.

Dicho todo lo anterior, manifestamos nuestro acuerdo con la generalidad del Informe aprobado por el Pleno del CGPJ.

En Madrid, a 8 de junio de 2021.

LOS/AS VOCALES

Álvaro Cuesta Martínez

Clara Martínez de Careaga García

Pilar Sepúlveda de la Torre

Rafael Mozo Muelas