



---

## **VOTO PARTICULAR**

---

### **VOTO PARTICULAR DE LOS VOCALES JUAN MANUEL FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, JUAN MARTÍNEZ MOYA Y NURIA DÍAZ ABAD AL ACUERDO ADOPTADO POR EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN SU REUNIÓN DEL DÍA 7 DE JUNIO DE 2021, EN EL PUNTO I-4º DEL ORDEN DEL DÍA**

Los Vocales que suscriben, al amparo de lo dispuesto en el art. 631.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ), formulan voto particular al acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) en su reunión del día 7 de junio de 2021, en el punto del orden del día I-4º para que se adjunte al acta.

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1. Los Vocales que suscriben este voto particular, aun compartiendo muchas de las conclusiones que se alcanzan en el informe aprobado por el Pleno, entienden que dicho informe adolece, de una parte, de una visión de falta de conjunto del anteproyecto de ley y, de otra, que no entra a valorar los incumplimientos que conlleva de los Acuerdos con la Santa Sede, que tienen rango de tratado internacional en nuestro ordenamiento jurídico.
2. El texto del anteproyecto sometido al parecer de este órgano constitucional, transmite, desde su preámbulo, la idea de un déficit tanto en lo concerniente a los deberes de memoria histórica que debe tener una Nación regida por el Estado de Derecho, como en lo relativo a peligros potenciales que pueden resquebrajar la convivencia democrática en España. Ninguna de ambas cosas puede sostenerse con rigor.



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

3. Con respecto a lo primero, son múltiples las disposiciones legales que se han dictado en nuestro país desde el fin de la dictadura, tendentes tanto a evitar el olvido de lo acontecido entre 1936 y el restablecimiento de la democracia en España, como a resarcir, en la medida de lo posible, a las víctimas, con medidas de muy diversa índole. Como hitos legislativos más destacados deben citarse la Ley de Amnistía del año 1997 y la ley de Memoria histórica de 2007.
4. Además no es de recibo que la exposición de motivos de la norma proyectada incluya una crítica a la labor legislativa llevada a cabo en la Legislaturas X y XI indicando que la tarea pro recuperación de la memoria histórica "fue, sin embargo, abrupta e injustificadamente interrumpida" en dicho periodo.
5. Llama la atención, por otra parte, el cambio de terminología al introducir la expresión "Guerra de España", que es el término, como se explica en la Exposición de Motivos, utilizado por la República Española ante la Sociedad de Naciones, para designar un conflicto que se ha venido denominado "Guerra Civil" en todos los textos nacionales e internacionales hasta la fecha.
6. Por otra parte, el anteproyecto de ley fija como fecha final del periodo histórico contemplado el momento de la promulgación de la Constitución española. El informe de la ponencia (Conclusión segunda) se limita a llamar la atención sobre la ausencia en el preámbulo de una explicación de la razón de elegir esa fecha y no otra, como límite temporal del periodo histórico respecto del que se desarrolla las políticas de memoria democrática. Consideramos que es conveniente reparar en este aspecto.
7. En primer lugar, para destacar el valor de la transición española como un proceso –modélico y referente en la historia del constitucionalismo- de sustitución de un régimen político por otro al hacerse, tanto en su preparación como en su ejecución, sobre la primacía del consenso y del Derecho. Consenso entendido como transacción política realizada por parte de todos los actores políticos, de manera pacífica y con un altísimo nivel de acuerdo, en un clima de civismo y espíritu de reconciliación nacional. Conforme a Derecho, al haberse llevado a cabo a través de instrumentos



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

jurídicos –entre ellos, la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política- orientados a la apertura y al cambio de régimen, poniendo la mirada en el horizonte de la elaboración de una Constitución.

8. Y en segundo término, para dejar constancia de que las elecciones celebradas el 15 de junio de 1977 y las Cortes constituyentes de las que dimanaron las mismas, tienen una significación histórica incontestable al entrañar el reconocimiento de la soberanía del pueblo español y el comienzo de la democracia. La etapa de consolidación de la democracia arranca a partir de la promulgación de la Constitución española por S.M el Rey el 27 de diciembre de 1978, que entró en vigor el 29 de ese mes.
9. Por lo demás, el prelegislador no acierta a explicar cuál es la razón que aconseja derogar el marco vigente en este campo y sustituirlo por el proyectado, esgrimiendo en la MAIN como únicos motivos que aconsejan la redacción de un nuevo texto los informes de organismos internacionales en materia de derechos humanos que, aunque valorando positivamente el significado de la normativa estatal y autonómica y sus avances, han puesto de manifiesto algunos déficits y cuestiones pendientes. El texto que se nos presenta excede, sin embargo, de los déficits y cuestiones pendientes, de los que no cabe derivar la exigencia de derogar la norma vigente. Pero es que, además, hemos de hacer unas consideraciones sobre este particular.
10. La normalidad democrática, afortunadamente instaurada en nuestra Nación, hace que la Convención e informes internacionales citados en la norma proyectada como determinantes de su necesidad carezcan de virtualidad o, como máximo, no tengan la que el texto objeto de informe les quiere otorgar.
11. En primer lugar, respecto de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas no puede ignorarse que la Convención proyecta sus previsiones hacia el futuro, como lo expresa su artículo 35:



*"1. La competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención.*

*2. Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado."*

12. La entrada en vigor de la Convención en España se produjo el 23 de diciembre de 2010, y conviene recordar, como hace el Tribunal Supremo en su sentencia 101/2012, de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:813) que "aún cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código penal".
13. A ello ha de unirse la obviedad de que las desapariciones forzadas no son un problema en España y no lo son desde hace muchos años, con la penosa excepción de los secuestros llevados a cabo por las bandas terroristas, especialmente los perpetrados por ETA. Los exigibles deberes de Memoria no pueden soslayar la mención a quienes se han afanado en destruir nuestra convivencia democrática a lo largo de estos años y a quienes los apoyaron y enaltecieron.
14. Similares reflexiones cabe hacer respecto de la idea de Justicia transicional y de las conclusiones elaboradas en 2011 por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para el fomento de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de crímenes y violaciones graves de los derechos humanos. Es cierto que dichas conclusiones muestran una postura crítica, pero no tanto con el marco normativo vigente, como con su aplicación.
15. El anteproyecto de ley viene a caer en lo mismo que critica, que es la declaración de nulidad de las condenas y sanciones de determinados



tribunales, de forma genérica y global, del mismo modo que, como recuerda el informe, se hizo durante la dictadura respecto de condenas y sanciones de tribunales de la república (apartado 78 del informe), cuando la Transición española supuso precisamente superar esta dialéctica. El propio Relator Especial de Naciones Unidas habla en su informe del “ejemplo español” y de una transición sin ruptura. Por ello el texto propuesto no puede sino tener una valoración negativa desde el punto de vista de lo que pretende ser su finalidad con arreglo a su artículo 1, a saber “fomentar la cohesión y la solidaridad entre las diversas generaciones en torno a los principios, valores y libertades constitucionales”. Por lo demás el informe destaca que la interpretación jurisprudencial atribuye a la declaración de ilegitimidad que realiza el legislador en el Ley de Memoria Histórica de 2007 una consecuencia concreta, la inexistencia de tales sentencias (apartado 60 del informe), por lo que la declaración de nulidad que introduce el anteproyecto de ley es innecesaria.

16. Es imprescindible no olvidar la consolidación democrática operada en España en los últimos cuarenta y cinco años, tiempo transcurrido desde la muerte del dictador. Algo que es verdad que el prelegislador afirma en su preámbulo, pero lo ignora después, olvidando que el pluralismo político es uno de los valores superiores del ordenamiento español, según se desprende del artículo 1.1. de nuestra Constitución.
17. Sin entrar en el análisis del concepto de Justicia transicional, sí cabe decir que el modelo que dibuja el Anteproyecto no puede calificarse como modelo concreto de justicia transicional por la evidente desconexión temporal con los acontecimientos sobre los que pretende proyectarse, pero sobre todo por la existencia de una ley, la Ley de Amnistía de 1977, sobre la cual hemos de hacer alguna consideración.
18. La norma proyectada no contempla su derogación, pero la intención del prelegislador no queda suficientemente aclarada. Por ello no es baladí recordar el criterio jurisprudencial establecido sobre una ley tan importante y fundamental en este ámbito, y que contribuyó decisivamente a la reconciliación y a la reparación. La sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:813), señala sobre la misma: (i) “En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los



vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes”; (ii) “La idea fundamental de la “transición”, tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico”; (iii) “Precisamente, porque la “transición” fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento”. Sobre esto último ha de añadirse que la ley de amnistía no solo fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977, sino que, además, fue confirmada el 19 de julio de 2011, al rechazar el Congreso de los Diputados una proposición para modificarla.

19. Por lo demás, la sentencia citada señala claramente que quedan fuera de nuestro Derecho “los denominados juicios de la verdad, esto es, aquellos que pretenden una indagación judicial sobre unos hechos, con apariencia de delictivos, respecto a los que se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal, muerte, prescripción o amnistía. Por lo tanto, en estos casos, los denominados juicios de la verdad pretenden una reconstrucción parcial de unos hechos, sin intervención del imputado. El sistema español diseñado en la Ley procesal penal se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades penales con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal, dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático.”
20. Tampoco tiene cabida en la forma en que pretende en el anteproyecto legislativo la pretensión de las víctimas de conocer la verdad, toda vez que, como indicó el Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente citada, “el proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho.”



21. Cierto que el informe insiste en numerosas ocasiones en que el anteproyecto ha optado por un mecanismo administrativo de reconocimiento de las víctimas (apartados 47 y 50). Sin embargo, la introducción de determinadas figuras parece desbordar el ámbito administrativo. Así el aplicar a quienes se reconozcan víctimas al amparo de esta normativa el Estatuto de la Víctima (artículo 3.5 del anteproyecto), cuando el propio informe reconoce que la finalidad tuitiva de dicha norma está conectada con la apertura actual o futura de un proceso penal (apartado 49 del informe) o la creación de la Fiscalía de Sala para la investigación de los hechos que constituyen violaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (artículo 30 del anteproyecto) o cuando el anteproyecto garantiza la tutela judicial efectiva en los procedimientos encaminados a la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados con las víctimas (artículo 30.2), previsiones todas ellas que apuntan más bien a la judicialización de esta materia y, como se destaca en el informe “no parece corresponderse con el carácter esencialmente administrativo de las medidas e instrumentos de protección de las víctimas contemplados en el anteproyecto de ley (apartado 103).
22. Por lo que respecta al rango normativo del anteproyecto cabe decir que, en la medida en que se ven afectados derechos fundamentales respecto de los que rige el principio de reserva de ley orgánica, dichos artículos deben someterse a dicha reserva. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 45 que incide en el derecho a la educación consagrado en el artículo 27 de la Constitución o con el artículo 62 cuando tipifica como sanciones muy graves determinadas conductas que pueden chocar con la libertad de expresión o de ideología (artículo 21 y 16 de la Constitución). El propio informe, aunque parte de la base de que cabe regular derechos fundamentales por ley ordinaria siempre que dicha regulación no tenga como objetivo ni lleve a cabo en su articulado un desarrollo del contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas (apartado 32 del informe) en algunos puntos la regulación que se pretende afecta al contenido esencial de derechos fundamentales, como es el caso del ejercicio del derecho de reunión.



23. Finalmente, llama la atención el que nada se diga sobre el artículo 55 del Anteproyecto de ley cuando atribuye el carácter de cementerio civil a las criptas adyacentes a la basílica y a los enterramientos existentes en la misma lo que, a nuestro juicio, vulnera el Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979 (BOE de 15.12.79), dado que el artículo 5 del Acuerdo, que es un tratado internacional, declara la inviolabilidad de los lugares de culto.
24. No se puede declarar que un cementerio en el interior de una basílica, creada con todos los requisitos canónicos, se transforme en cementerio civil. Además, una basílica no puede dejar de serlo sin cumplir los requisitos canónicos, y menos aún por declaración legal y unilateral, pues ello sí constituiría una vulneración de la inviolabilidad de un lugar de culto.
25. Conviene recordar que el Decreto-Ley de 23 de agosto de 1957 por el que se estableció la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos (BOE de 5.9.57) estipuló el establecimiento de un acuerdo entre el Patronato de la Fundación y el Monasterio de Silos. El acta de erección pontificia de la Abadía de S.S. Pío XII de 27 de mayo de 1958 constituyó la nueva abadía con el título de "Santa Cruz del Valle de los Caídos" con todos los derechos y privilegios que corresponden a la Orden de San Benito.
26. El artículo 5 del citado Decreto-Ley de 1957 estableció que "El Patronato de la Fundación concertará con la Abadía Benedictina de Silos el establecimiento en el Valle de Cuelgamuros -previos los oportunos requisitos canónicos- una Abadía Benedictina de la 'Santa Cruz del Valle de los Caídos'...", con la finalidad, entre otras, de "mantener el culto con todo el esplendor que la Iglesia recomienda...". El artículo 7 del Decreto-Ley de 1957 establece que: "se estipulará el Convenio definitivo entre la Fundación, representada por el Consejo de Administración de Patrimonio Nacional y la Abadía Benedictina de Silos, que especificará con el debido detalle los derechos y obligaciones recíprocos y cuanto concierne a sus relaciones contractuales". Dicho convenio se firmó el 29 de mayo de 1958 por el mismo se encomendó a la Abadía la realización de los fines propios de la Fundación (artículo 3, 4), para cuyo cumplimiento se entregaron a la misma la Basílica "y edificios existentes en el Valle", así como la



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

administración de los mismos y la de todo el Valle y "las instalaciones de todo orden existentes en el" (artículos 7, 8, 10). El convenio tiene duración indefinida y los monjes podrán permanecer en la Fundación mientras cumplan los compromisos consignados en el Decreto-Ley y en este Convenio.

27. En virtud del Reglamento de ejecución de 24 de enero de 1959 la administración de los bienes adscritos a la Fundación se transfirió a Patrimonio Nacional. La Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional dejó a la Fundación del Valle de los Caídos fuera de la estructura orgánica del Patrimonio Nacional y sin personalidad jurídica propia. De acuerdo con su Disposición final tercera, dos, una Comisión compuesta por la representación del Patrimonio y de la Abadía elevará al Gobierno una propuesta sobre "el régimen jurídico de los bienes de la Fundación y sobre las situaciones jurídicas derivadas" del Decreto-Ley de 1957 y autorizó al Gobierno para regular por Decreto las materias contempladas en el mismo Decreto-Ley. El Real Decreto 663/1984, de 25 de enero (BOE de 4.4.1984) creó la Comisión encargada de elaborar las nuevas propuestas en relación con los bienes y situaciones concernidas por el Decreto-Ley de 1957. Por último el Reglamento de la Ley reguladora del Patrimonio Nacional, aprobado por real decreto 496/1987, de 18 de marzo (BOE de 13.4.1987) prescribe que, en tanto la Comisión constituida por el Real Decreto de 1984 concluya sus propuestas, el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional administrará la extinta Fundación del Valle de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre Fundaciones culturales privadas (Disp. Transitoria tercera).
28. El artículo 55.6 del anteproyecto de ley prevé un Real Decreto para establecer el nuevo marco jurídico aplicable al Valle de los Caídos que determine la organización, funcionamiento y régimen patrimonial. Hasta que se apruebe este Real Decreto, la Disposición Transitoria Única del Anteproyecto, prevé la extinción de la Fundación "Santa Cruz del Valle de los Caídos", establece que el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional continuará ejerciendo las funciones de patronato y representación de la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, rigiéndose para ello transitoriamente por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

Fundaciones, y por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal. Finalmente, la Disposición Transitoria única del anteproyecto de ley en su apartado 2 c) deroga expresamente el Decreto-Ley de 1957, del Disposición Final tercera de la Ley del Patrimonio Nacional y el artículo 58 de su Reglamento.

29. Como se ha dicho anteriormente el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional venía administrando la Fundación del Valle de los Caídos. La diferencia está en que hasta ahora era el Convenio con el Monasterio de Silos el que regían las relaciones entre la Comunidad benedictina y el Patrimonio Nacional. A partir de ahora será la Ley y Reglamento de Fundaciones de competencia estatal. Pero además, dicha Disposición Transitoria establece que las funciones que ejercerá Patrimonio Nacional, "se orientarán, además de a la conservación y mantenimiento de la finca y de los edificios e instalaciones, a la preparación de la liquidación de la actual fundación al objeto de determinar los inventarios, presupuesto y cuentas de la misma, considerando de forma integral la totalidad de la gestión económica de las actividades desarrolladas en el Valle de los Caídos por la fundación o por su administrador delegado. A estos efectos, el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional contará con la colaboración de los órganos de la Administración General del Estado competentes por razón de la materia". Esto significa que, no es descartable, sino probable, que se quiera prescindir de la Comunidad benedictina, cuando su presencia en la basílica está anclada en el acta de erección pontificia de la Abadía, como se ha explicado, y no puede modificarse sin con ello vulnerar el Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, que declara la inviolabilidad de los lugares de culto.
30. Finalmente, existen circunstancias que pueden hacer difícil la disolución pretendida. Así, el capital de la Fundación del Valle se estableció en 100 millones de pesetas, en que se valoró las joyas donadas por los españoles para reponer el oro que se llevaron del Banco de España, y que estaban depositadas en este Banco. De acuerdo con el anteproyecto de ley, una vez disuelta por ley la Fundación del Valle, las donaciones de aquellas joyas al haber perdido su finalidad, puesto que se trataba de donaciones modales (reponer el oro robado del Banco de España), el donante, o sus herederos,



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

podrían solicitar la reversión de la donación. Ello podría ocasionar una masiva petición de miles y miles de personas, que, si su donación no pudiera ser identificada, tendría derecho a una indemnización. Y que originaría multitud de reclamaciones ante los Tribunales.

Madrid, a 7 de junio de 2021

Juan Manuel Fernández Martínez

Juan Martínez Moya

Nuria Díaz Abad