



---

**VOTO PARTICULAR**

---

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE DE LOS VOCALES JOSÉ MARÍA MACIAS CASTAÑO Y JOSÉ ANTONIO BALLESTERO PASCUAL 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**

**I. CONSIDERACIONES GENERALES**

**A) Contexto normativo del anteproyecto de Ley**

1. Desde la promulgación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de Memoria Histórica son numerosas e inesquivables las resoluciones europeas sobre las normas de memoria histórica. Resulta significativa, la selectiva amnesia del anteproyecto de ley acerca de las resoluciones europeas sobre estas cuestiones. Y, si bien es cierto que en el apartado 29 del informe se mencionan algunas de las resoluciones del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa indicando que, sería oportuno que en el preámbulo del anteproyecto se hiciera mención a las distintas resoluciones europea, es lo cierto que debemos recordar en este punto cómo en el contexto europeo se ha condenado toda forma de totalitarismo. Así, recordemos entonces la reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de septiembre de 2019, sobre la importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa. Este texto es fundamental en la medida en que, entre otros



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

antecedentes, se apoya en los principios universales de los derechos humanos y los principios fundamentales de la Unión Europea como una comunidad basada en valores comunes; en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas; en la Resolución 1481 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 26 de enero de 2006, sobre la necesidad de una condena internacional de los crímenes de los regímenes comunistas totalitarios; en la Declaración de Praga sobre la Conciencia Europea y Comunismo, adoptada el 3 de junio de 2008; o la Resolución del Parlamento Europeo sobre la conciencia europea y el totalitarismo.

2. Todo este conjunto de resoluciones, tras recordar que los regímenes nazi y comunista cometieron asesinatos en masa, condena toda manifestación y propagación de ideologías totalitarias, como el nazismo y el estalinismo, así como los crímenes contra la humanidad y las violaciones masivas de los derechos humanos perpetrados por los regímenes comunista, nazi, y otros regímenes totalitarios, al tiempo que rechaza el revisionismo histórico y pide que se mantenga viva la memoria del pasado para que estos crímenes no vuelvan a repetirse jamás, promoviendo, a través de la cultura en general la educación relativa a la diversidad de nuestra sociedad. En consecuencia, pide que se preste apoyo efectivo a los proyectos de conmemoración de las víctimas de todo totalitarismo y que se retiren de los espacios públicos los símbolos que ensalzan los regímenes totalitarios.
3. El anteproyecto también olvida que en Alemania no sólo hubo leyes de desnazificación iniciadas inmediatamente después de la guerra por el Consejo de Control Aliado, sino que tras la reunificación, en virtud del artículo 8 del Contrato de Unificación, el Derecho Penal de la República Democrática de Alemania es reemplazado por el de la República Federal de Alemania con la consecuencia de que no se anulan en bloque todas las sentencias dictadas por la extinta República Democrática.
4. Por eso, en línea con el artículo 1 de la Constitución Española, no pueden eludirse que los valores consagrados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

derechos de las minorías, constituyen el marco común en el que se han de inscribir las políticas de memoria.

5. Es, por ello, necesario que en el preámbulo del anteproyecto se haga mención a las distintas resoluciones europeas sobre la importancia de la memoria histórica como mecanismo de reparación para las víctimas de violaciones de los derechos humanos y reafirmación de los valores en que se funda la democracia.
6. De otra parte, debemos recordar que las sentencias del Tribunal Constitucional nos enseñan de manera constante y uniforme que la democracia española es extraordinariamente tolerante y, a diferencia de lo que sucede en otros países europeos, las ideologías comunista, nazi u otras totalitarias, no están prohibidas (Sentencias 192/2020, 235/2007, 12 de marzo de 2003, etc.), de modo nuestra Norma Suprema no ha optado por un sistema de «democracia militante», sino por un sistema extremadamente tolerante, si se quiere «combativamente» tolerante, a favor de todos los postulados políticos, pues sin pluralismo no hay democracia. Así, en nuestro sistema constitucional tienen cabida todas las ideas y todos los proyectos políticos, incluso, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 7 de diciembre de 1976 o 13 de febrero de 2003), aquellos que «ofenden, chocan o inquietan». Tienen incluso cabida, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, aquellas ideas que fueren contrarias al sistema constitucional, pretendan su sustitución o derogación, como nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Especial de la Sala especial del artículo 61 de la LOPJ, de 27 de marzo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:2133). La única exigencia al pluralismo, impuesta por el propio texto constitucional en plena sintonía con el Convenio de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, - continúa la mencionada sentencia - es que la defensa de sus postulados por los partidos debe hacerse respetando la legalidad y por cauces democráticos, nunca a través de la violencia y nunca cercenando derechos fundamentales de los demás, esto es, nunca aprovechándose de un marco constitucional de extrema amplitud para lesionar unos derechos fundamentales de las personas que ostentan un nivel no inferior de protección. La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2003

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

(ECLI:ES:TS:2003:614) ha declarado en esa misma dirección que: «En la medida en que la democracia implica pluralismo, ampara la discrepancia y las formas en las que ésta pueda manifestarse, siempre que esa expresión sea, a su vez, respetuosa con los derechos de los demás». Por su parte, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de noviembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:7236) ha abundado en aquella dirección: «... el sistema democrático español ampara en su seno la convivencia pacífica de corrientes sociales y actividades políticas discrepantes, incluso la de aquellas que preconizan postulados destinados a sustituir el esquema territorial constitucionalmente consagrado, pues precisamente la grandeza de la Democracia reside en asumir la discrepancia política y, digerir, además, planteamientos no violentos, por muy distintos que sean del programa que para regular su pacífica convivencia ha conformado la mayoría de los ciudadanos a través, usualmente, de su representación parlamentaria».

7. A juicio de los Vocales que suscriben este voto el informe debió examinar el grado de cumplimiento de los principios de buena regulación impuestos por el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios. A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas. Conviene también reseñar que, de acuerdo con el precepto de referencia, en la exposición de motivos de los anteproyectos de ley quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



8. Estos criterios deberían haber sido resaltados convenientemente en el informe en la medida en que constituyen los elementos jurídicos de contraste desde los que se ha de evaluar, desde una perspectiva de conjunto, el texto sometido a nuestra consideración, de manera muy especial en cuanto hace a los derechos constitucionales que se ven afectados.

## **B) Historia normativa de la memoria histórica**

9. El Anteproyecto tiene, según la MAIN y la Exposición de motivos, un doble objetivo, de un lado «fomentar el conocimiento de las etapas democráticas de nuestra historia y de todas aquellas figuras individuales y movimientos colectivos que, con grandes sacrificios, fueron construyendo progresivamente los nexos de cultura democrática que permitieron llegar a los acuerdos de la Constitución de 1978, y al actual Estado Social y Democrático de Derecho para defender los derechos de los españoles, su nacionalidades y regiones. Por otro lado, esta Ley persigue preservar y mantener la memoria de las víctimas de la Guerra y la dictadura franquista, a través del conocimiento de la verdad, como un derecho de las víctimas, el establecimiento de la justicia y fomento de la reparación y el establecimiento de un deber de memoria de los poderes públicos, para evitar la repetición de cualquier forma de violencia política o totalitarismo».
10. En la Exposición de motivos se expresa con nitidez que “La conquista y consolidación de la democracia en España ha sido el logro histórico más significativo de la sociedad española. El asentamiento de los principios y valores democráticos que consagra la Constitución de 1978 hace nuestra sociedad más fuerte y constituyen la más clara apuesta de convivencia en el futuro”.
11. Precisamente porque la democracia es plural y, por tanto, inclusiva, se señala que la sociedad española tiene un deber de memoria con las personas que fueron perseguidas, encarceladas, torturadas y que incluso perdieron sus bienes y hasta su propia vida en defensa de la democracia y la libertad.
12. En consecuencia, la pretensión de esta ley, según su exposición de motivos, es la de “cerrar una deuda de la democracia española con su pasado y



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

- fomentar un discurso común basado en la defensa de la paz, el pluralismo y la condena de toda forma de totalitarismo político que ponga en riesgo el efectivo disfrute de los derechos y libertades inherentes a la dignidad humana”.
13. Se fundamenta, pues, esta norma en los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, así como en los valores democráticos de concordia, convivencia, pluralismo político, defensa de los derechos humanos, cultura de paz e igualdad de hombres y mujeres.
  14. Para la consecución de los fines propuestos, a partir de esenciales principios y valores constitucionales, interpretados de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España, sin perjuicio de su aplicación directa cuando proceda, se regulan una serie de instrumentos que hagan efectivo el reconocimiento y reparación de las víctimas como consecuencia de acciones u omisiones constitutivas de violaciones de los derechos humanos durante el periodo que abarca el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la posterior Guerra y la Dictadura hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978.
  15. Los aspectos críticos de este voto no se centran, pues, en el conjunto de las loables medidas, ya hace mucho tiempo iniciadas por la democracia española, tendentes al reconocimiento y reparación de la dignidad de las víctimas, sino en aquellas otras que no se ajustan a la proclamada finalidad de “fomentar formas de ciudadanía abiertas, inclusivas y plurales” como base de nuestro futuro.
  16. se enmarca en el proceso que desde la transición democrática de nuestro país ha sido desarrollado por el Parlamento, los Gobiernos y varias Comunidades Autónomas, que aprobaron normas para compensar y reparar a las víctimas individuales y a sus familias, a los partidos políticos (restitución de los objetos y propiedades confiscados e indemnización) y a otros grupos específicos como los exiliados, “los niños de la guerra”, los miembros de la Brigadas Internacionales, los prisioneros de campos de concentración y de batallones disciplinarios de trabajadores.
  17. Sin embargo, el texto del anteproyecto sometido al parecer de este órgano constitucional, transmite, desde su preámbulo, la idea de un déficit tanto en

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

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.

18. Lo primero no puede sostenerse con rigor. Como se expresa a continuación, 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. Así se recogen estas disposiciones en los apartados 11 a 22 del informe. Como hitos legislativos más destacados deben citarse la Ley de Amnistía del año 1997 y la Ley de Memoria histórica de 2007.
19. 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.
20. También es llamativo que el anteproyecto de ley fije como 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.
21. 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 jurídicos – entre ellos, la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

Política- orientados a la apertura y al cambio de régimen, poniendo la mirada en el horizonte de la elaboración de una Constitución.

- 22.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.
- 23.Por eso, 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 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 y sus avances, han puesto de manifiesto algunos déficits y cuestiones pendientes, y lo avances producidos en diversas Comunidades Autónomas. El texto que se nos presenta excede, sin embargo, de los déficits y cuestiones pendientes señalados en el informe del Relator Especial de Naciones Unidas.
- 24.Como punto de partida es conveniente 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.
- 25.La normalidad democrática afortunadamente instaurada en nuestra Nación hace que las Convenciones internacionales citadas en la norma proyectada como determinantes de su necesidad carezcan de virtualidad o, como máximo, no tengan la que el texto objeto de informe le quiere otorgar.
- 26.Buena muestra de ello es la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Esta Convención proyecta sus previsiones hacia el futuro como lo expresa su artículo 35:

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.





**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

*"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."*

27. 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". El principio de seguridad jurídica impide por tanto una aplicación retroactiva de dicha Convención. El propio informe alude a la no aplicación retroactiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos ratificado por España en 1979.

28. 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.

29. 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.

30. 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



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

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.

31. 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. Ominoso silencio que guarda el Anteproyecto, por cierto, respecto de quienes se han afanado en destruir nuestra convivencia democrática a lo largo de estos años, y respecto de quienes los apoyaron, y de quienes los enaltecieron.
32. En los apartados 24 a 28 del informe se hace referencia a la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 14 de julio de 2009 y a las visitas impulsadas por las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e involuntarias y el Relator especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, Pablo de Greiff, que se plasmaron en sendos informes de 2014. A su vez, en el 36º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, que tuvo lugar del 11 a 29 de septiembre de 2017, el Grupo de Trabajo

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

emitió informe de seguimiento de dichas recomendaciones por parte de España, como se recoge en el apartado 28 del informe.

33. En vista de lo anterior, la Exposición de motivos del Anteproyecto concluye que la Ley se estructura «en torno al protagonismo y la reparación integral de las víctimas de la Guerra y la Dictadura, así como a las políticas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que han sido objeto de las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos al Estado». Sin embargo, la ley proyectada, como hemos avanzado y razonamos en los puntos siguientes, va mucho más allá.

### **C) Consideraciones sobre el rango normativo del anteproyecto y el ámbito competencial**

34. Como se explica en los apartados 30 a 33 del informe el prelegislador opta por elaborar un nuevo texto normativo que deroga a la Ley de Memoria Histórica. Nada cabe objetar a dicha opción del prelegislador. Por otra parte, el rango normativo de la norma proyectada es el de ley ordinaria. Sin embargo, 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.

## **II. CONSIDERACIONES PARTICULARES**

### **A) Consideraciones sobre la Exposición de Motivos**

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



35.Si, como se ha puesto de manifiesto, la exposición de motivos debe identificar con claridad los objetivos propuestos por el legislador y por ello constituye un elemento de especial referencia en la interpretación teleológica del texto, no se entiende en términos jurídicos que se utilice para –creemos – una finalidad bien distinta, cual es criticar al adversario político, pues no de otra manera puede entenderse el párrafo “ Esta tarea – la del conocimiento de la verdad – fue, sin embargo, abrupta e injustificadamente interrumpida. Este esfuerzo reparador en favor de quienes comprometieron su vida y su libertad en la lucha por la democracia y las libertades no tuvo continuidad en las X y XI Legislaturas, dejándose de dotar estas medidas y eliminándose la partida presupuestaria para esta política. Como consecuencia, la continuación de muchas de las actividades memoriales por parte de la sociedad civil y el movimiento memorialista sufrieron la carencia de medios y orfandad institucional, contrarrestado en algunos territorios por el desarrollo de la política memorial en el ámbito autonómico”.

36.En la misma línea llama la atención, cuando la exposición de motivos echa la vista atrás hacia un pasado más lejano, hacia nuestra historia constitucional, que sólo se fije en algunos de nuestros textos constitucionales con olvido de uno tan significativo, por ejemplo, como el de 1876 que tanta estabilidad democrática y prosperidad trajo a nuestra Nación.

**B) Consideraciones sobre el artículo 3: la definición del concepto de víctima, la inviabilidad del proceso penal como instrumento para hacer efectivo el derecho a conocer la verdad histórica y los límites constitucionales del procedimiento administrativo para establecer la consideración de víctima**

37.Como se destaca en los apartados 39 y siguientes del informe el prelegislador ha incorporado como novedad respecto de la Ley de Memoria histórica la definición de un concepto de víctima de la Guerra y la dictadura. Esta definición de víctima es ajena a la existencia de un proceso penal y se mueve en un plano estrictamente administrativo, en el marco de los fines propios de la Ley de «reconocimiento de quienes padecieron persecución o violación, por razones políticas, ideológicas, de pensamiento u opinión, de conciencia o creencia religiosa, de orientación e identidad sexual, durante el



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

periodo comprendido entre el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la Guerra de España y la Dictadura franquista hasta la promulgación de la Constitución Española de 1978» (art. 1.2 APL).

38. Conviene contrastar el sesgo del casuismo del artículo 3 del anteproyecto con el punto 5 de la Declaración de Praga que nos habla de "la garantía del principio de igualdad de trato y no discriminación entre las víctimas de todos los regímenes totalitarios". O con el artículo 14 de la Constitución Española: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."
39. Es doctrina jurisprudencial bien asentada que el derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal. En esta línea el informe en su apartado 42 se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:813) e inmediatamente después en el Auto de 28 de marzo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3009A) y a la sentencia de 17 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:558). La inviabilidad del proceso penal para la investigación de hechos vinculados con la guerra civil y la posguerra se sustenta, de acuerdo con el Alto Tribunal, en tres razones fundamentales: el principio de legalidad penal y el de interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) prohíben la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras a los hechos anteriores a su vigencia; la prescripción del delito y el efecto de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía, cuyo artículo 6 determina la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que pudieran imponerse por los actos y delitos amnistiados, contenidos en los artículos 1 y 2 de la Ley.
40. El informe en su apartado 38 entiende que a la hora de configurar el concepto de víctima, el Anteproyecto no contradice la anterior doctrina, pues, por un lado, hace depender la condición de víctima de «acciones u omisiones que constituyan violación de los derechos humanos durante el periodo que abarca el golpe de Estado de 18 de julio de 1936, la posterior Guerra y la Dictadura, incluyendo el transcurrido hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978» (art. 3.1 APL) y, por otro lado, la condición de víctima lo es a los efectos de esta Ley y tiene como efecto principal el constituir hecho inscribible en el registro administrativo mantenido por el

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



departamento ministerial que asuma las competencias en materia de memoria democrática (art. 3.2 APL). Por lo demás, la consideración de víctima es independiente de «que exista o no autoría conocida de la violación de sus derechos» (art. 3.3 APL).

41.El anteproyecto ha optado, así, por un mecanismo administrativo de reconocimiento de las víctimas. 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 la finalidad tuitiva de dicha norma está conectada con la apertura actual o futura de un proceso penal, 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).

### **C) Consideraciones sobre los artículos 4 y 5: la vía legislativa para la declaración de nulidad de condenas y sanciones**

42.La Ley de Memoria Histórica estableció en sus artículos 2 y 3 el carácter radicalmente injusto de las condenas y sanciones de la Guerra Civil y la Dictadura franquista, así como la ilegitimidad de los tribunales y de las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia. En el Anteproyecto objeto de informe, el prelegislador explicita la inexistencia derivada de la declaración de ilegitimidad mediante una declaración de nulidad en su artículo 4, declaración de nulidad general que se ve completada por la regulación contenida en el artículo 5, disponiendo la nulidad de las condenas y sanciones impuestas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa durante la Guerra y la



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

Dictadura "independientemente de su calificación jurídica", de lo que se desprende que dicha disposición alcanza a las sentencias de los tribunales de la época, pero no exclusivamente a ellas, encuadrándose dicha opción legislativa dentro de la evolución del paradigma de la ilegitimidad, interpretado como inexistencia por la jurisprudencia de la Sala Quinta.

43. Los Vocales que suscriben este voto consideran, frente al criterio mantenido en el informe, que no procede la anulación indiscriminada de todas las sentencias cualquiera que sea su calificación como consecuencia de la sucesión de sistemas jurídicos incompatibles, porque no resuelve adecuadamente aquellos supuestos en que se condena exclusivamente o conjuntamente por otros hechos que continúan constituyendo un injusto penal por atacar bienes jurídicos amparados por nuestro vigente ordenamiento democrático.
44. Tampoco parece razonable arraigar la nulidad de las sentencias en la carencia de garantías, pues esto es aplicable a cualquier sentencia dictada, cualquiera que sea la acusación o título de imputación, desde el 18 de julio de 1936 hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978. No se entiende entonces la razón de tan gran discriminación entre unos y otros condenados.
45. La Constitución Española carece de esa fuerte eficacia retroactiva según nos enseña su máximo intérprete en el ya citado auto de 25 de mayo de 2004, con apoyo en una firme línea jurisprudencial:

*"En la jurisprudencia previa de este Tribunal se había admitido que la Constitución pudiera afectar a situaciones nacidas con anterioridad a su entrada en vigor, pero cuyos efectos todavía no se hubieran agotado, lo que encuentra apoyo normativo en la disposición transitoria segunda, apartado 1, LOTC [TC SS 9/1981 , FJ 3; 43/1982, FJ 1 (que se refiere a una «débil eficacia retroactiva»); 35/1987, FJ 3]. Con respecto a situaciones jurídicas nacidas y agotadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, sin embargo, ha declarado este Tribunal, utilizando la terminología clásica en esta materia, que no se puede pretender otorgar al texto constitucional una «retroactividad en grado máximo» ( STC 43/1982 , FJ 1), de forma tal que no puede admitirse el intento de formular el recurso de amparo para «remediar toda aquella situación anterior a la Constitución, cualquiera que sea su fecha,*

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

*que pudiera resultar vulneradora de los derechos fundamentales que en la misma se instauran, incluidas las que hubiesen sido objeto de pronunciamientos judiciales y mantenidas en Sentencias firmes de acuerdo con la legalidad vigente en su momento» ( STC 35/1987 , FJ 3).*

*Que la situación jurídica declarada por la Sentencia de 1975 ahora impugnada (una condena a muerte ejecutada de forma inmediata) agotó todos sus efectos antes de la entrada en vigor de la Constitución es, en este caso, trágicamente incontestable. Debe tenerse en cuenta que no se invoca en la demanda de amparo ningún derecho fundamental como el honor personal o de la familia, que de alguna manera pudieran seguir viéndose afectados tras la entrada en vigor de la Constitución, sino exclusivamente los derechos fundamentales a los que ya se ha hecho referencia. Y cae fuera de la competencia de este Tribunal contrastar con las normas, valores y principios garantizados por la Constitución Española de 1978 actos del poder público, como la dramática ejecución de una condena a muerte, que pertenecen a la Historia de España anterior al momento de su entrada en vigor. Procede, por tanto, declarar la inadmisión del presente recurso de amparo por la causa puesta de manifiesto en la providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 23 de abril de 2003 [art. 50.1 c) LOTC]”.*

*“La doctrina constitucional es, en este punto, tan clara como inequívoca: no cabe proyectar la eficacia de la Constitución sobre situaciones surgidas al amparo de leyes, disposiciones o actos preconstitucionales que hayan agotado ya su virtualidad jurídica, porque solo así es posible encontrar un punto de equilibrio entre dos realidades que necesariamente han de ser conjugadas: la justicia material y la seguridad jurídica”.*

46. Luego la nulidad pretendida por el anteproyecto no puede estar basada en la mera y simple sucesión de sistemas jurídicos incompatibles, pues esto conduciría, por ejemplo, a la absurda conclusión de que toda Ley anterior a la Constitución sería nula, en cuanto emitida por un órgano que no representaba a la soberanía nacional.

47. Conviene concretar el contenido del informe emitido 28 de julio de 2006 por la Comisión interministerial anteriormente aludida con los resultados del trabajo de dos años sobre las condenas penales en procesos sin garantías:

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.





*"Cabe preguntarse, pues, si después de treinta años de convivencia democrática, existen fórmulas alternativas que, sin reabrir el ayer, permitan declarar la profunda ilicitud de aquellas condenas, reconociendo así, pública y personalmente, a los ciudadanos que tan injustamente las padecieron mediante un merecido gesto de estricta amistad cívica (...) como bien se sabe, jurídicamente, toda apertura al pasado corre el riesgo de confrontar con el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE) y, particularmente, con el respeto a la cosa juzgada (...) Para reparar el daño moral padecido y reconocer el honor de cuantos vieron vulneradas sus libertades fundamentales como consecuencia de condenas impuestas en procedimientos punitivos celebrados durante la Guerra Civil y la dictadura". El informe establece que no se recomienda la anulación de las referidas sentencias recordando que el Tribunal Constitucional subraya la débil eficacia retroactiva de la Constitución española de 1978. También se hace alusión a los principios de seguridad jurídica y de cosa juzgada. El texto aclara que "la anulación que se demanda no puede ser acogida en sus propios términos, por así impedirlo la Constitución, ni tampoco resulta factible alcanzar ese objetivo a través de los recursos actualmente existentes en nuestro ordenamiento jurídico". Más adelante agrega que solamente cabría pensar el establecimiento por ley de "un cauce judicial ad hoc de carácter excepcional y extraordinario" a los efectos de llevar a cabo la revisión de sentencias. Pero enseguida, siempre en virtud de los principios de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica, agrega que no es aconsejable.*

48. Tampoco en el Derecho comparado se ha seguido el camino de anulación total e indiscriminada. Citemos dos ejemplos: Italia y Alemania.

49. En Italia, el Decreto Legislativo Luogotenenziale No. 159 del 27 de julio de 1944 (DLL 159) contiene varias disposiciones que establecen sanciones contra el fascismo. A su vez, el artículo primero de la ley establece la derogación de todas las disposiciones penales tutelando las instituciones y órganos políticos creados por el fascismo y la anulación de las sentencias que fueron pronunciadas en base a tales disposiciones. El DLL 316 del 5 de octubre de 1944 se refiere a las sentencias de condena no susceptibles de anulación, creando un recurso especial de revisión. El legislador establece una distinción entre, por un lado, las sentencias fruto de normas penales propias a un Estado fascista y por otro lado, aquellas que son consecuencia



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

de la aplicación de una normativa penal no constitutiva del fascismo, que existe en Estados con la plena vigencia del Estado de Derecho. Para el primer tipo de sentencias el legislador dispone la nulidad, mientras que para el segundo tipo establece un procedimiento especial para la revisión de las sentencias por vicios en la aplicación del derecho.

50. En Alemania, el 29 de Octubre de 1992 el parlamento sanciona la primera ley para la rectificación de las injusticias del SED (Partido Socialista Unitario, Sozialistische Einheitspartei Deutschlands). El 23 de junio de 1994 el mismo parlamento sancionará la segunda ley para la rectificación de las injusticias del SED que complementa la primera ley. El artículo 1 (Parte. 1, Pár. 1, num. Primero) de la primera ley dispone que las sentencias de las Cortes Públicas del territorio de la antigua RDA emitidas entre el 8 de mayo de 1945 y el 2 de octubre de 1990, tendrán que ser declaradas en violación del Estado de Derecho y anuladas a petición de parte interesada. Las decisiones judiciales deberán ser anuladas si son incompatibles con los principios esenciales de un Estado de Derecho. Se prevén dos situaciones. En un caso se considera que las condenas se oponen a los principios básicos del Estado de Derecho, cuando las decisiones de los tribunales perseguían objetivos de represión política (se enumeran una serie de delitos en los cuales se presume esa intención, como por ejemplo el hecho de cruzar la frontera, agitación subversiva, traición por medio de la transmisión de información, alta traición, etc....). Por otro lado, también se considera que existe esa inadecuación a los referidos principios cuando la sanción dispuesta por el tribunal es desmesuradamente desproporcionada con respecto a la acción delictiva que se busca castigar.
51. Por lo demás, se presume – con relación a las sentencias dictadas por el régimen nacionalsocialista - que las sentencias fueron dictadas para mantener el sistema de injusticias por motivos políticos, raciales, militares, religiosos o ideológicos cuando aplican una serie de disposiciones legales que se enumeran en el anexo de la ley (se hace referencia a unas 59 disposiciones legales sancionadas entre 1933 y 1945).
52. La proyectada declaración de nulidad e ilegitimidad carece, a nuestro juicio, de sentido, porque, como bien se explica en el informe, ya ha sido declarada por el Tribunal Supremo, Sala V, al aplicar la Ley de Memoria Histórica, en

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

cuanto las citadas sentencias por ser intrínsecamente injustas han desaparecido de la realidad jurídica "*ope legis*". Si carecen de vigencia alguna, si para el Tribunal Supremo la ilegitimidad proclamada por la Ley 52/2007 equivale a inexistencia, resulta obvio que no se puede declarar la nulidad de algo inexistente. Carecen, pues, los preceptos de referencia de lógica jurídica, porque caen en el vacío y no pasan, por tanto, de ser un "*flatus vocis*".

- 53.No se entiende que una norma de "justicia transicional", cuarenta y tres años después de convivencia democrática, venga a resolver algo que ya está resuelto por los tribunales. El anteproyecto en este punto carece, pues, de la identificación clara de los objetivos de interés general a que se refiere el artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- 54.En cualquier caso, el Tribunal Constitucional en la resolución reseñada anteriormente no cierra la puerta a reclamaciones judiciales de amparo de algunos derechos fundamentales, como el honor personal o familiar.
- 55.El anteproyecto de ley, en definitiva, 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, insistimos, la declaración de nulidad que introduce el anteproyecto de ley es innecesaria.

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



D) **Deber de memoria democrática**

56. El capítulo IV del Título II, bajo el título «Del deber de memoria democrática» comprende los artículos 35 a 56 que se dividen en cuatro secciones: símbolos, elementos y actos contrarios a la memoria democrática (arts. 36 a 40); distinciones, condecoraciones y títulos (arts. 41 a 43); conocimiento y divulgación (arts. 44 a 49); y, lugares de memoria democrática (arts. 50 a 56). Se trata de una materia, como se observa en el apartado 115 del informe, que no incide, en líneas generales, en aspectos vinculados con la Administración de Justicia por lo que, desde la perspectiva del ámbito propio de la potestad de informe de este Órgano constitucional, merecen atención aquellos elementos de la regulación que tengan o puedan tener proyección sobre la materia expresada en la regla 6ª del artículo 561.1 LOPJ.
57. Con carácter general, en lo que afecta a los derechos constitucionales de reunión, asociación, expresión, fundación, libertad ideológica, libertad de enseñanza y no discriminación por razones ideológicas, cabe preguntarse si esta norma guarda los **principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica**; entendida la primera como necesidad de implantación de las concretas medidas adoptadas en lugar de otras menos restrictivas de derechos; y la segunda, como armonización máxima de esas medidas con nuestro contexto constitucional y con el Derecho de la Unión Europea.
58. A la vista de los parámetros anteriores más bien pudiera parecer que la norma proyectada no persigue tanto la convivencia inclusiva de todos, exigida por del pluralismo propio de una democracia consolidada y avanzada cuanto la "*damnatio memoriae*" de una ideología y los símbolos de determinado régimen totalitario, el franquismo, lo que sin duda se encuentra amparado por todas las normas democráticas, pero se olvida de que existen otros totalitarismos, igualmente merecedores de repulsa que resultan ajenos a la norma.
59. No puede entenderse que estas otras ideologías totalitarias - nazismo, estalinismo, realsocialismo, comunismo, fascismo, separatismo terrorista y cuantos otros se sirven, apoyan o instrumentalizan la violencia para la consecución de sus fines o niegan la vigencia de los derechos fundamentales o de la dignidad humana a todos o algunos de los ciudadanos - no merezcan



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

el mismo conjunto de medidas especiales de prevención o sanción en tanto en cuanto pueden ser o quizá sean más letales y peligrosas en la actualidad para nuestra convivencia. Pensemos, por ejemplo, en el revisionismo que niega el Holocausto o el Gulag. Si el legislador no articula este conjunto de medidas especiales debemos suponer que entiende suficientes las contenidas en la legislación vigente reguladora del ejercicio de los derechos y libertades, con el Código Penal y otras normas delimitadoras de su contenido en su interpretación jurisprudencial, como puede ser la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 1/2015 de modificación del Código Penal.

60. Al contrario, al enfocarlo exclusivamente hacia un grupo de personas definido por una ideología concreta y no con carácter general a todo totalitarismo, parece como si se volviera a establecer, en contra de los principios democráticos y con una técnica jurídica ya periclitada, una nueva categoría de estado de peligrosidad por ofrecerse ciertamente, a juicio del prelegislador, como reveladora de futuras y probables actividades delictivas o de presentes y efectivas perturbaciones sociales con grave daño o riesgo para la comunidad. En consecuencia, se somete a esta nueva categoría de peligrosos sociales a viejas medidas preventivas como, por ejemplo, la sumisión a una especial vigilancia de la autoridad, ya sea el Ministerio Fiscal a los efectos de la aplicación, si preciso fuere, de la Ley de Seguridad Ciudadana, ya de los Ayuntamientos a efectos de vigilar el ejercicio del derecho de reunión, ya sea del Protectorado a efectos de instar la disolución de una fundación.
61. Se cuestiona entonces no ya la proporcionalidad, sino, incluso, la necesidad misma de la norma para alcanzar el objetivo perseguido, el interés general, a través de unas mayores restricciones en el ejercicio de sus derechos cuando son ejercidos por unos concretos ciudadanos amparados por su libertad ideológica y no por otros, seguidores, no obstante, de otros discursos también totalitarios que del mismo modo, de manera históricamente indubitada, causaron paralelamente en nuestra Nación gravísimos quebrantos a los derechos humanos.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

62. Las restricciones de derechos no parecen el camino adecuado para la consecución del fin perseguido ya en una democracia consolidada, fruto de un modelo de transición que ha constituido un verdadero paradigma de cambio e inspirador de numerosas transiciones a la democracia en el mundo con su ruptura pactada o reforma pactada.
63. La citada Comisión Interministerial se refiere en estos términos a la Ley de Amnistía: "Frente a la privación injustificada de la libertad y el inmerecido padecimiento del castigo, la ley de amnistía supuso para muchas personas la recuperación de la libertad personal. Ese era, sin duda alguna, el principal objetivo de una Ley fruto de una España que todavía caminaba vacilante en sus primeros pasos hacia la democracia. Una España en la que se decidió avanzar en la conquista de la libertad sin mirar al pasado".
64. Tampoco parece ocioso citar el artículo 7 de la ya mencionada Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo: 1. La presente Decisión Marco no podrá afectar a la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. 2. La presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el de exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a las libertades de asociación y expresión, en particular, las libertades de prensa y de expresión en otros medios de comunicación, ni las normas que regulen los derechos y las responsabilidades de la prensa o de otros medios de información, tal como se derivan de tradiciones constitucionales, así como sus garantías procesales, cuando esas normas se refieren al establecimiento o a la limitación de la responsabilidad.
65. Bien pudiera parecer entonces que este anteproyecto de ley, cuyo **artículo 39** llama en su auxilio a la Ley de Seguridad Ciudadana, pretendiera crear un entramado de leyes para asfixiar la capacidad de reacción, protesta o resistencia de la ciudadanía hacia las políticas del Gobierno. Por eso acumula militantemente medidas preventivas y reactivas, y, en cualquier caso, restrictivas de derechos. En fin, se nos ofrecen, según lo argumentado, si no innecesarias, desde luego desproporcionadas, asfixiantes e inmotivadas, pues no se nos explica la razón por la que no otro que el interés general, definido por los valores constitucionales e insertos en los Tratados de la

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

Unión sobre pluralismo y libertad, igualdad y dignidad humana con la garantía del Estado de Derecho, exige tal plus de reduplicada defensa jurídica – penal, civil, administrativa, sancionatoria - sólo frente a una concreta ideología totalitaria y no frente a todas ellas.

- 66.El anteproyecto desnaturaliza, pues, el carácter no militante de nuestra Constitución para hacerlo exclusivamente combativo contra unas determinadas ideas.
- 67.No es extraño, en consecuencia, que no aparezca cuando menos dudosa su contribución a la seguridad jurídica, dada su cuestionable sintonía con los artículos 1, 9.3, 10.1, 14, 16.1, 20, 21, 22, 27.1 y 34.1 y2 de la Constitución y con el Derecho de la Unión, en cuanto se refiere a los preceptos criticados de forma negativa en este voto.
- 68.Recordemos que el reciente “Informe de indulto de la Sala Penal del Tribunal Supremo emitido en el expediente tramitado con ocasión dela ejecutoria correspondiente a la causa especial número 3/20907/2017” nos recuerda. “...La Sala comparte plenamente la idea –proclamada por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- de que un exceso punitivo en la represión de los delitos contra el orden público puede conllevar un efecto inhibitorio en el ejercicio de los derechos ciudadanos de reunión y manifestación”.
69. Debe destacarse, por otra parte, que se ordena en el **artículo 45.1** del anteproyecto que el sistema educativo español incluya entre sus fines el conocimiento de la historia y de la memoria democrática española y la lucha por los valores y libertades democráticas, al tiempo que se impone un deber de formación a los profesores, y nada, en principio, se debe objetar a esta aséptica proposición armonizadora, si no fuera porque este precepto no puede interpretarse de forma aislada, sino en el contexto, al menos, de toda la norma, pero ya se ha expuesto la preconcebida manera de entender el concepto de memoria democrática. Baste con recordar lo ya relatado sobre nuestra historia constitucional o el casuismo con el que se concreta el concepto de víctima. Se introduce, por tanto, un sesgo en las materias educativas que pudiera chocar con la libertad de cátedra, la libertad de



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

expresión o la libertad educativa en tanto en cuanto no se refiere a todos los sistemas totalitarios.

70. Baste con comparar la dicción del artículo 45 del anteproyecto con el punto 17 de la Declaración de Praga: ( Pedimos) "El ajuste y revisión de los libros de texto de historia europea para que los niños puedan aprender y ser advertidos sobre el comunismo y sus crímenes en la misma forma que se les ha enseñado a comprender los crímenes nazis". O con el punto 10 de la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de septiembre de 2019 cuando "pide una cultura común de memoria histórica" y no una memoria sectaria.
71. Por otra parte, el **artículo 39**, del anteproyecto de ley lleva por título «Actos públicos contrarios a la memoria democrática». -La calificación de acto contrario a la memoria democrática no comporta por sí sola una determinada consecuencia jurídica en el sistema de la Ley, como se destaca en el 128 del informe. Del ámbito de aplicación del precepto deberían quedar claramente excluidos los supuestos de ejercicio del **derecho de reunión**, cuyo desarrollo está sujeto a un específico régimen jurídico contenido en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. Además de las medidas preventivas de peligrosidad, se establecen graves sanciones administrativas por la convocatoria de actos por estas personas, como si no fuera suficiente el régimen sancionador general y hubiera que reforzar las medidas disuasorias y punitivas. Notemos que una Ley ordinaria viene a desarrollar una restricción administrativa, de nueva creación, al ejercicio de un derecho fundamental reservado a Ley orgánica.
72. Por otro lado, limitado el alcance de la norma a los actos en lugares públicos que no constituyan reuniones a efectos constitucionales, se contiene en ella, ciertamente, una declaración de ilicitud del contenido de los mensajes que supongan exaltación personal o colectiva de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura y entrañen descredito, menosprecio o humillación de las víctimas o sus familiares.
73. De nuevo la norma es discriminatoria y un exponente más de esta asimetría en los límites del ejercicio de la libertad de expresión es la regulación de los símbolos.

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.





**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

74. Conviene recordar que la Declaración de Praga solicita en el punto 11 un "debate público sobre el mal uso comercial y político de los símbolos comunistas".
75. En todo caso el **artículo 36** está destinado a los símbolos y elementos contrarios a la memoria democrática -definidos en los apartados 1 y 2-, diferenciando entre aquellos ubicados o colocados en edificios de carácter público (apartado 4), y aquellos ubicados en edificios de carácter privado o religioso, pero con proyección a un espacio o uso público (apartado 5). En el segundo caso, debe tomarse en consideración que ello implica la posible existencia de símbolos y elementos susceptibles de retirada conforme a lo dispuesto en el anteproyecto de ley que, sin embargo, incorporen un valor histórico, cultural y/o artístico relevante. En este sentido, procede recordar que el artículo 46 CE establece que: los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio. En virtud de dicho precepto, resultaría conveniente que por parte del legislador se introdujera una matización en el artículo 36.5 del siguiente tenor o similar: «sin perjuicio de que, en su caso, sea puesto en conocimiento de la Administración competente el valor histórico, cultural y artístico inherente al símbolo y elemento, y la eventual obligación legal de su conservación».
76. En el presente caso, la opción del legislador merece algunas consideraciones. Desde el punto de vista sustantivo, el precepto no puede declarar como ilícitos («actos contrarios a la memoria histórica») la mera expresión de opiniones o juicios de valor sobre hechos de nuestra historia si tales expresiones no constituyen a su vez un ataque a un bien jurídico de relevancia constitucional. Es la dignidad (art. 10.1 CE) de la víctimas la que se erige como límite del ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo considerar el precepto legal como ilícitas aquellas conductas expresivas o actos que, además de exaltación de determinados hechos o etapas de nuestra historia, «entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares». La redacción del precepto, sin embargo, puede dar lugar a una tutela asimétrica de la dignidad de las víctimas y sus familiares de hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

acaecidos en el periodo histórico contemplado por el legislador, que no resultaría compatible con el igual respeto y consideración que merece todo ser humano por el hecho de serlo. Por ello, la consideración de «actos contrarios a la memoria democrática» debería configurarse de un modo más omnicomprendivo siguiendo el espíritu de las resoluciones europeas citadas más arriba. Estas consideraciones son trasladables a la tipificación de las infracciones muy graves contenidas en las letras d y e del artículo 62.1 del Anteproyecto que exigen para la comisión del tipo infractor junto a la exaltación de la Guerra o de la Dictadura, el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares.

77. En su actual redacción la norma, por su asimetría, discrimina entre unas y otras víctimas de modo que infringe las resoluciones europeas y el artículo 14 de la Constitución Española.

78. En otro orden de consideraciones, desde el punto de vista del principio de necesidad de la iniciativa del prelegislador (art. 129 Ley 39/2015), cabe plantear la oportunidad de acudir a la potestad administrativa sancionadora para tutelar bienes jurídicos de titularidad individual (dignidad) frente a ofensas entre particulares, existiendo ya una específica prohibición penal del denominado discurso del odio lesivo de la dignidad de las personas (art. 510 CP).

79. Sobre el derecho de reunión ya se ha indicado la especial vigilancia a que se encuentra sometido por esta ley ordinaria que añade condiciones a la Ley Orgánica reguladora de este derecho, pero sólo si es ejercido por un determinado grupo de personas, dada, según entiende el prelegislador, la alta probabilidad de que se utilice para la comisión de ilícitos penales o administrativos, creados estos últimos por la propia norma, con mensajes de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o sus familiares o de exaltación de la Guerra o la Dictadura. El artículo 62.1-d) es, pues, un claro ejemplo de medida de seguridad preventiva de actos ilícitos derivada de la pertenencia a un determinado grupo ideológico porque, en cuanto convocan una reunión, el anteproyecto prevé el peligro de la inminente comisión de un ilícito.

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

- 80.El **artículo 40** (Privación de ayudas y subvenciones) dispone que las administraciones públicas no subvencionarán, bonificarán o prestarán ayudas públicas a aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sancionadas por resolución administrativa por atentar, alentar o tolerar prácticas en contra de la memoria democrática, en los términos previstos en el régimen sancionador contemplado en la Ley.
- 81.El precepto incrementa la represión no sólo con las sanciones administrativas previstas en el artículo 63 sino incluso con la privación de subvenciones. Se trata de una censura reduplicada y asfixiante, innecesaria y desproporcionada dadas las vinculaciones instrumentales de los derechos de asociación, reunión y fundación con la libertad de expresión.
- 82.En relación con el **artículo 63** del anteproyecto, como se señala en el informe (apartado 139) nada habría, en principio, que objetar por tanto al establecimiento de una sanción accesoria como la contenida en dicho precepto. Pero nuevo se trata, por su sesgo, de una norma discriminatoria; y las sanciones, desproporcionadas. Debería por ello acotarse con mayor precisión el objeto y la duración de la medida referida y vincularlos de manera expresa con la actuación cuya sanción merece aquella, tal y como señaló el Consejo de Estado en su dictamen de 14 de mayo de 2018 . Esta sugerencia de mayor precisión del objeto y extensión de la medida de privación de ayudas y subvenciones es trasladable al artículo 40.1 del anteproyecto de ley.
83. La **disposición adicional quinta** del Anteproyecto introduce una nueva causa de extinción de fundaciones, a la que el informe se refiere en sus apartados 149 a 154, considerando que adolece de falta de taxatividad. Ha de hacerse notar en este punto la íntima vinculación de los derechos de asociación – los partidos políticos lo son – y fundación, muchas de ellas afiliadas, con las libertades de información y expresión y de aquí que las causas tasadas constitucionalmente de ilegalidad de asociaciones y fundaciones sean las mismas: persecución de fines o utilización de medios constitutivos de delito. De ello resulta que es suficiente, entonces, con lo

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

establecido, sin discriminación alguna, en los artículos 512 a 515 del Código Penal. El conflicto entre derechos, el límite de su ejercicio entre particulares ha de venir establecido por los Jueces y no por la Administración en la medida en que la protección de uno puede implicar la limitación del otro. Esto es la esencia de la Jurisdicción.

84. La **disposición adicional sexta**, ley ordinaria, hace una interpretación legal del artículo 32.1 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación que en realidad es una modificación en cuanto añade que no responden a la promoción de fines de interés general aquellas asociaciones que entre sus fines persigan o que con sus actividades lleven a cabo apología del franquismo o al 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.
85. Se trata también de una medida preventiva, de especial vigilancia, que no se emplea para otras asociaciones que persigan la exaltación de otros regímenes totalitarios o menosprecien a sus víctimas.
86. La **disposición adicional séptima** dispone que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley «se promoverá la modificación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, con el objeto de incluir como causa de disolución de las asociaciones la realización pública de apología del franquismo y 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». Se trata de un mandato al prelegislador cuyo contenido, en lo que pueda tener de delimitación indiciaria de la futura ilicitud de una clase de asociaciones, debería replantearse a la luz de lo dispuesto en el artículo 22.2 CE y las consideraciones anteriores.
87. 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 art. 5 del Acuerdo, que es un tratado internacional, declara la inviolabilidad de los lugares de culto.

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

- 88.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.
- 89.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.
- 90.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 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.
- 91..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

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

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).

92.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 los Caídos, rigiéndose para ello transitoriamente por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de 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.

93.Esto venía siendo así, como se ha dicho anteriormente. 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

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

ejercherà 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.

94. Por último, 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, 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

Voto Particular de los Vocales José Antonio Ballester Pascual y José María Macías Castaño al punto I-4 del orden del día del Pleno de 7 de junio de 2021 sobre Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática.