JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION Nº 5
AUDIENCIA NACIONAL. MADRID

SUMARIO (PROC.ORDINARIO) 53 /2008 E

AUTO

En Madrid a dieciocho de noviembre de dos mil ocho.

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 15 de Diciembre de 2006 fueron turnadas por el Decanato de los Juzgados Centrales de Instrucción, a este Juzgado, distintas denuncias de fecha 14 de Diciembre de 2006 presentadas por Asociaciones de Recuperación de la Memoria Histórica y particulares, dando lugar a la incoación de las Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado nº 399/2006. A las denuncias indicadas siguieron otras muchas hasta el día de la fecha. Todas ellas por presuntos delitos de DETENCION ILEGAL basadas en los hechos que se describen en las mismas, fundamentalmente por la existencia de un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir de 1936, durante los años de Guerra Civil y los siguientes de la

posguerra, producidos en diferentes puntos geográficos del territorio español.

SEGUNDO.- Por providencias de fechas 28 de agosto y de 25 de septiembre se solicitó de las partes y de diferentes organismos información necesaria para resolver sobre la competencia de este Juzgado a fin de conocer de la presente causa.

TERCERO.- Por auto de fecha 16 de octubre de 2008 se resolvió asumir la competencia para el conocimiento e instrucción de las presentes diligencias, acordándose la práctica de diferentes diligencias de investigación

CUARTO.- Por auto de fecha 17 de octubre de 2008, y dada la gravedad de los hechos objeto de investigación, se acordó la transformación de las referidas Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado en Sumario (Procedimiento Ordinario).

QUINTO.- El día 20 de octubre de 2008 por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 16 de octubre de 2008, el cual no fue admitido a trámite por los motivos y razonamientos que constan en el auto de fecha 23 de octubre de 2008.

SEXTO.- En el auto de 16 de octubre se acordó que se acreditara la defunción de Francisco Franco Bahamonde, Miguel Cabanellas Ferrer, Andrés Saliquet Zumeta, Miguel Ponte Manso de

Zúñiga, Emilio Mola Vidal, Fidel Dávila Arrondo, Federico Montaner Canet, Fernando Moreno Calderón, Francisco Moreno Fernández, Germán Gil y Yuste, Luis Orgaz Yoldi, Gonzalo Queipo de Llano y Sierra, Francisco Gómez-Jordana y Souza, Francisco Fermoso Blanco, Luis Valdés Cabanilla, Nicolás Franco Bahamonde, Francisco de Asís Serrat i Bonastre, José Cortés López, Ramón Serrano Súñer, Severiano Martínez Anido, Tomás Domínguez Arévalo, Raimundo Fernández Cuesta y Merelo, Valentín Galarza Morante, Esteban Bilbao y Eguía, Jose Luis Arrese y Magra, Juan Yagüe Blanco, Salvador Moreno Fernández, Agustín Muñoz Grandes, José Enrique Varela Iglesias, Juan Vigón Suero Díaz, Blas Pérez González, Carlos Asensio Cabanillas, Eduardo Aunós Pérez, Eduardo González Gallarza, Francisco Regalado Rodríguez. En la causa consta la acreditación del fallecimiento, en virtud de las gestiones practicadas por el grupo de Policía adscrito a la investigación .

SEPTIMO.-En la referida resolución también se pidió al Ministerio del Interior que identificara a los máximos responsables de la organización FALANGE Española Tradicionalista y de las JONS. Además de los responsables que ostentaron su cargo hasta el 20 abril de 1937, a partir de esa fecha hasta el mes de diciembre de 1951, los que ostentaron la máxima responsabilidad orgánica fueron: Manuel Hedilla Larrea, Tomas Domínguez Arévalo, Darío Gazapo Valdez, Tomás Dolz del Espejo, Joaquin Miranda, Luis Arrellano Dihinx, Ernesto Jiménez Caballero, José María Mazón, Pedro González Bueno y Ladislao Lopez Bassa; Fernando González Vélez, en sustitución de

Manuel Hedilla; Raimundo Fernández Cuesta; Ramón Serrano Suñer; Agustín Muñoz Grandes y José Luis Arrese Magra. En la causa consta la acreditación del fallecimiento, en virtud de las gestiones practicadas por el grupo de Policía adscrito a la investigación.

OCTAVO.- Al día de la fecha existen peticiones de exhumación de cuerpos en las siguientes localidades, en las que se han ubicado fosas comunes, o constancia de la existencia de restos de personas a los que se refiere esta investigación: Aranga (A Coruña); San Martin del Rey Aurelio (Asturias); Finca "La Crespa"y Santa Amalia (Badajoz); Montes Rasineros (Castellón); Cordoba; Las Gabias, Viznar y Alfacar (Granada); La Palma del Condado, Niebla y Bonares y Calañas (Helva); Artieda (Huesca); Portomarin y Mondoñedo (Lugo); Parrillas (Toledo); Adrada de Haza, Milagros, San Juan del Monte y Valdenoceda (Burgos); La Robla, Ponferrada, Balboa, Dehesas, Camponaraya, Magaz de Abajo, Tejedo del Sil, Lago de Carucedo,, Brañuelas, Friera, Rodanillo, San Juan de la Mata, Ocero, Sobrado, Algadefes, Fuentes Nuevas, Vilasumil, Toreno, Santa Lucia de Gordón, Busdongo, La Collada de Carmenes, Villaceid, Quintanilla de Combarros, Pombriego, Santalla, Fresnedo, San Pedro Mallo y Toral de Merayo (León); La Serena (Madrid); Valle de los Caídos (San Lorenzo del Escorial); Fuerte San Cristóbal (Navarra); Ventosa de Pisuerga y Villamedina (Palencia); Baiona-O Rosal, Porriño y San Andrés de Xeve (Pontevedra); Robleda (Salamanca); Berlanga de Duero (Soria); Maire de Castroponce y Santa Marta de Tera (Zamora); Calatayud (Zaragoza).

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En la resolución jurídica por la que se asumió la competencia se indica claramente que el ámbito competencial para la investigación del delito se centraba en el de detención ilegal, sin dar razón del paradero de la víctima (equivalente a desaparición forzada de personas) cometido en el contexto de crímenes contra la humanidad, en conexión con un delito contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno. En dicha resoluciones se expresa, asimismo, que, una vez extinguida la responsabilidad penal de los imputados, sí así correspondía, se determinaría, caso de permanencia del delito, como acontece, la competencia para la continuación de la investigación, lo que podría tener lugar en un marco competencial diferente al de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de este Juzgado Central de Instrucción (Razonamiento Jurídico Décimo tercero).

En este punto y antes de resolver sobre la extinción de responsabilidad penal por fallecimiento de las personas que estén en esa situación y sobre el o los órganos competentes, y precisamente para fundamentar la resolución, **deben ratificarse con contundencia las bases sobre las que se asienta la investigación, así como la necesidad de la misma, al tratarse de delitos permanentes cuya comisión o efectos jurídicos son actuales,** tal como se defendió en el

auto de fecha dieciséis de octubre de dos mil ocho y, ahora se abundará en la misma línea.

Las cuestiones que se plantean y deben ser resueltas en este momento, son las siguientes:

1. Si existe, como se afirma en el auto de 16 de octubre de 2008, la figura penal de múltiples detenciones ilegales sin dar razón del paradero de las víctimas, desarrolladas en forma sistemática, tanto de personas que previsiblemente se hallan muertas pero de las que nunca se han ofrecido datos oficiales sobre su paradero, como de víctimas que todavía viven, y cuya identidad real se desconoce o conociéndose, la situación de desaparición de las mismas se ha prolongado en el tiempo, incluso hasta nuestros días. Todo ello, en el contexto y conexión antes mencionados.

   En el caso de las víctimas que pueden estar vivas, se debe tomar muy en cuenta en la investigación los casos de aquellas personas que durante su primera infancia o preadolescencia, fueron "sustraídos" "legal" o ilegalmente, según se ofreciera cobertura aparente desde el Estado o no frente a sus madres naturales durante la guerra o, principalmente tras la misma y los de aquellos menores que fueron "recuperados" contra la voluntad, o sin ella, de sus progenitores, en el extranjero, entre 1939 y 1949, a través

de todo un entramado de acciones, organismos, principalmente el Servicio Exterior de Falange y de normas que condujeron inexorablemente a la pérdida de la identidad, hasta el día de hoy, de miles de personas que desde entonces vivieron y, en su caso, viven, sin conocimiento de cual es o fue su identidad real, por lo que los efectos del delito se mantienen incólumes, no sólo porque es probable que no se haya producido el deceso, sino porque, en el caso de que así hubiera sido, no se dispone, al menos en este momento, de dato alguno sobre cual fue la data de aquél.

2. Si la naturaleza jurídica de los delitos investigados es de carácter permanente y, caso positivo, el tratamiento que debe recibir el instituto de la prescripción en este tipo de delitos.

3. La inaplicabilidad de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977 a este tipo de delitos, y, en particular, a los que aquí se investigan.

4. La competencia para conocer, tras la extinción de la responsabilidad de los dirigentes del golpe militar y la

represión posterior por fallecimiento, de los hechos investigados.

5.- La necesidad de protección de las víctimas y reconocimiento de la compatibilidad y diferencia de la acción de la justicia y las medidas de la Ley de 26 de diciembre de 2007 conocida como "Ley de la Memoria Histórica"

SEGUNDO.- Sobre la catalogación del llamado "Alzamiento Nacional" como delito contra Altos Organismos de la nación y la Forma de Gobierno.

La categoría jurídica propuesta y aceptada en el auto de 16 de octubre de 2008, junto a la de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima en el marco o contexto de crímenes contra la humanidad por la desaparición forzada de personas, ha sido la de delitos contra Altos Organismos de la Nación y la forma de gobierno, en conexión con aquellos, competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (artículo 65 1 a) de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial: **"…la insurrección se llevó a cabo con una muy concreta finalidad, acabar con el sistema de Gobierno y los Altos Organismo que lo representaban…"** (página 50 del auto de 16/10/2008).Estos delitos, previstos en el Código Penal de la época, también lo están en el actual (artículos 472 a 509) y tienen por sujeto pasivo a los más Altos Organismos institucionales de España: el Rey

como Jefe del Estado (entonces el Presidente de la República), Regente, Sucesor, el Gobierno, las Cortes Generales –Congreso de los Diputados y Senado – el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal Supremo.

Es decir, que los ataques producidos en 1936, tuvieron por objetivo acabar con la Forma de Gobierno y los representantes de las diferentes altas instituciones que quedaron sin actividad, siendo sustituidos por los que creó el nuevo régimen, no ofrece dudas serias por lo que no es necesario ocupar más espacio en justificarlo.

Que el denominado "Alzamiento" fue el instrumento adecuado para que, en un contexto de crímenes contra la humanidad, se produjeran detenciones ilegales sin dar razón del paradero de la víctima (desapariciones forzadas) torturas, tratos inhumanos, asesinatos y el exilio forzado de miles de personas, en forma sistemática por razones ideológicas, no ofrece tampoco dudas serias.

Que **ambos actos delictivos, uno instantáneo** (ataque a las Instituciones) y **otro prolongado en el tiempo** (detención sin dar razón del paradero y todos los que durante esa situación se produjeran sobre las víctimas), **dada su consumación permanente son delitos conexos, ya que sin la insurrección jamás se habría producido la acción criminal sistemática descrita**, tampoco ofrece duda razonable, y, por ende, la suerte que corre el primero de los delitos, a

efectos de prescripción, es la misma del delito con más duración en el tiempo al que va ligado en concurso real en forma inseparable, mientras aquél se mantenga subsistente.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, << (…) **no debe operar la prescripción cuando se condena por varios delitos conexos ya que todos, si han sido realizados en virtud de un proyecto único, constituyen una unidad indestructible, de suerte que mientras el delito principal no prescriba, no se puede entender prescrito el delito subordinado>>** (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 29-7-1998, que a su vez recoge otras anteriores)

Por tanto, si en algún momento esa ecuación se rompe, las figuras recobran su independencia a todos los efectos.

TERCERO.- Sobre la catalogación de los crímenes como delitos permanentes de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, o lo que es lo mismo con desaparición forzada de personas en el contexto de crímenes contra la humanidad

a) **De los crímenes contra la humanidad**.-

El Tribunal de Nüremberg, en las condenas por el Cargo I (Conspiración) de Goering, Jodl, Ribbentrop, Rosenberg, Hess, Keitel y la propia Control Council Law nº 10 (citada en la página 21 del auto

de 16 de octubre de 2008), que complementaba el Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1945, en su artículo 2.5, contemplan el límite temporal del 30 de enero de 1933 y el acceso nazi al gobierno de Alemania, claramente anterior al inicio de la Segunda Guerra Mundial en 1939 y a la Guerra Civil española de 1936, para la **perseguibiidad y el enjuiciamiento** de los crímenes contra la humanidad cometidos en esas fechas.

La Resolución 32(I) d 9 de febrero de 1946 de las Naciones Unidas expresaban así su condena al régimen de Franco: ***<< El actual gobierno español, el cual habiendo sido fundado con el apoyo de las potencias del Eje, no posee, en vistas de sus orígenes, su naturaleza, su historial y su íntima asociación con los Estados agresores, las condiciones que justifiquen su admisión>>***

La Resolución 39 (I) de la Asamblea General de la ONU de 12-12-1946 dice: ***<<De acuerdo con su origen, naturaleza, estructura y conducta general, el régimen de Franco es un régimen Fascista basado en el modelo de la Alemania Nazi de Hitler y la Italia fascista de Mussolini, y en su mayor parte establecido con resultado de la ayuda recibida de los mismos>>***

Dicha Resolución en su apartado c) continua*:<<**Existen pruebas documentales incontrovertibles que establecen que Franco fue parte culpable, con Hitler y Mussolini, de la conspiración para declarar la guerra a aquellos países que, eventualmente durante el curso de la***

guerra mundial, se unieran como Naciones Unidas. Que la plena beligerancia de Franco fuese pospuesta hasta que fuese mutuamente acordada más adelante, tan sólo fue una parte más de esa conspiración>>.

Por tanto, las fechas a las que se extiende la resolución de 16 de octubre de 2008 y este procedimiento, entran de lleno en el período de aplicación de los principios de Nüremberg. Así lo entendió el Ministerio Fiscal de la Audiencia Nacional, cuando en las **Diligencias Previas nº 211/2008 tramitadas en el Juzgado Central de Instrucción nº 2, el 14 de julio de 2008**, dice al despachar el traslado conferido para competencia que los hechos "pudieran constituir delitos de genocidio y lesa humanidad previstos en los artículos 607 y 607 bis del Código Penal". Tales hechos los resume el Sr. Fiscal de la siguiente forma: ***«(…) En el campo de concentración nacionalsocialista de Mathausen estuvieron prisioneros más de 7000 españoles de los cuales murieron más de 4300. Lo mismo en los campos de Sachsenhausen y Flossenbürg. Durante el periodo comprendido entre 1942 y abril de 1945 se albergó en dichos campos a miles de personas entre las que estaban muchos españoles. Los prisioneros fueron sometidos a programas de exterminio diseñado por el sistema nacionalsocialista, siendo retenidos en contra de su voluntad por razones de raza, religión nacionalidad o convicciones políticas. Los prisioneros recluidos en estos tres campos fueron objeto de formas extremas de maltrato y abuso, incluido el asesinato. Una parte importante de los españoles llegaron como prisioneros en***

convoyes de deportados procedentes de diversas ciudades europeas, siendo sometidos a tratos inhumanos, violencia…llegando incluso a la muerte en multitud de ocasiones…»

Por lo que se refiere a la **necesidad y justificación de esta investigación** y al margen de los hechos, baste mencionar que el Consejo de Europa en su declaración de fecha 17 de marzo de 2006 de condena a la dictadura franquista (Recomendación 1736) hace la siguiente mención: *«65. Psiquiatras militares efectuaron experimentos sobre presos para identificar los "genes rojos" ».*

En 1938, algunos **miembros de las Brigadas Internacionales, presos en el Campo de concentración de San Pedro de Cardeña (Burgos) y mujeres presas republicanas en la Prisión de Málaga,** fueron sometidos a test físicos y psicológicos extraños; se trataba de una de las primeras tentativas sistemáticas de poner la psiquiatría al servicio de una ideología. Documentos publicados en los últimos años, muestran el proyecto concebido por el psiquiatra en jefe de Franco, el doctor Antonio Vallejo **Nágera**, para **identificar el "biopsiquismo del fanatismo marxista".**

Francisco Franco, mediante **el telegrama nº 1565,** de 23 de agosto de 1938 **autorizó** al Jefe de los Servicios Psiquiátricos Militares la **creación del Gabinete de Investigaciones psicológicas**, cuya "finalidad primordial será **investigar las raíces psicofísicas del marxismo**", cuyo precedente no puede ser otro que el Instituto para la

Investigación y Estudio de la Herencia creado por Himmler en Mecklenburg.[1]

El gabinete concluyó su estudio en octubre de 1939 recibiendo su autor las felicitaciones del Estado Mayor del Ejército.

Nótese también, por su interés, lo que el doctor Vallejo **Nágera** escribía en su obra *"**La locura de la guerra. Psicopatología de la guerra española**"* citada por Ricard Vinyes y otros[2]: *"La idea de las íntimas relaciones entre marxismo e inferioridad mental ya la habíamos expuesto anteriormente en otros trabajos…La comprobación de nuestras hipótesis tiene enorme trascendencia político-social, pues si militan en el marxismo de preferencia psicópatas antisociales, como es nuestra idea, la segregación total de estos sujetos desde la infancia, podría liberar a la sociedad de plaga tan terrible".*

En el escrito presentado en las Diligencias Previas nº 211/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 2, el Sr. Fiscal dice respecto de los crímenes contra la humanidad: «*La categoría de los crímenes contra la humanidad es una categoría preexistente en el Derecho Internacional, de origen consuetudinario, que establece la prohibición de actos inhumanos contra la población civil y*

[1] ." *El caso de los niños perdidos del franquismo"*. Miguel Angel Rodríguez Arias. Tirant lo Blanch 592. Valencia 2008, pg. 41.

[2] *"Irredentas. Las presas políticas y sus hijos en las cárceles franquistas"*. Ricard Vinyes. Temas de Hoy. Historia. Madrid 2002, pg 59. Los niños perdidos del franquismo. Vinyes, Armenguo y Belis. Anexo documental

persecuciones políticas, raciales, religiosas, de carácter imperativo, de ius cogens, que impone a los Estados una obligación de perseguir y castigar. El desvalor de la conducta de los crímenes contra la humanidad pertenece al derecho internacional consuetudinario en vigor desde hace muchas décadas, con eficacia erga omnes aplicable también a España aunque el legislador no hubiese desarrollado hasta 2004 la especifica tipicidad y penalidad en el Código Penal español. Esta prohibición se traducía en el art. 137 bis , luego en el 607 y ahora 607 bis, sin solución de continuidad.

El principio de legalidad aplicable a los delitos internacionales tales como los crímenes contra la humanidad no es interno, sino internacional, contenido del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, España lo ratifica el 27 abril de 1977(BOE 30 abril 1977) según el cual:

1.-Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable al momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiara de ello.

2.-Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de

cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

El CP vigente puede aplicarse retrospectivamente a conductas anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional e esa época, aunque aun no hubieran sido tipificadas en el C.P. español.

La legalidad penal internacional debe establecerse atendiendo tanto al derecho convencional escrito, tanto interno como internacional, así como al derecho consuetudinario u otros principio generales de las naciones civilizadas. El art. 38 del Estatuto Internacional de Justicia señala como fuentes del derecho internacional: La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

-convenciones internacionales
-costumbre internacional
-principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas las decisiones judiciales y doctrinas publicadas, como medio auxiliar.

En los supuestos en los que el Tribunal nacional aplica la jurisdicción universal actúa como órgano de la comunidad internacional y su ejercicio está justificado por la ley internacional.

Por tanto coexisten el principio de legalidad interno y el de legalidad internacional aplicable y vigente para los delitos internacionales. España ha ratificado los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos sin reserva, conforme al art. 19.2 CE.

El crimen de lesa humanidad (prohibido por norma de ius cogens) es un crimen tipificado en el derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal.

Así, la sentencia del TEDH, de 17 de enero de 2006, ratificando su doctrina, dictada en el caso Kolk y Kislyiy v. Estonia hace referencia a esta materia señalando que nada impide el juicio y castigo de una persona culpable de una acción u omisión, que en el momento de cometerse, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es así, para los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha en la que se hayan cometido. Incluso el TEDH afirma que aún en el supuesto de que los hechos hubieran sido vistos como legales por el derecho interno entonces en vigor, los tribunales locales si han considerado que constituían crímenes contra la humanidad, como crímenes de

formación consuetudinaria,(son) imputables internacionalmente al sujeto que los comete.

En 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 15.2 como dijimos, recoge el principio de legalidad penal internacional

Finalmente, los Estatutos de la Corte Penal Internacional (art. 6 genocidio y art. 7 lesa humanidad), del Tribunal para la Ex Yugoslavía (art. 4 genocidio y 5 lesa humanidad) y del Tribunal de Ruanda (art. 3 genocidio y 4 lesa humanidad) cristalizan dicha formación estableciendo la tipificación internacional, como se hace en los distintos derechos internos así en España en el CP de 1973 y de 1995, ampliando este último incluso el delito de genocidio respecto del Derecho Internacional Convencional(…).»

Con este texto queda en evidencia una **palmaria contradicción entre la postura defendida por el Sr Fiscal (la Misma Fiscalía) en esta causa (Diligencias Previas nº 211/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 2) que va mas allá y contradice a la sentencia del Tribunal Supremo de 1-10-2007 y la defendida en este sumario, exactamente la contraria, lo cual, además de incomprensible, por lo que merecería una profunda y convincente explicación por quien es el garante de la legalidad y en aras a garantizar la seguridad jurídica (aunque no es este el único caso) va en contra del principio de unidad que preside la Institución del Ministerio Fiscal.**

Aun en la posguerra, Vallejo alertaba sobre el daño que podía hacer y hacía el ambiente democrático en niños y niñas, e insistía en combatir la propensión degenerativa de los muchachos criados en ambientes republicanos, debiendo ser segregados en centros adecuados, en los que se promoviese «***una exaltación de las cualidades biopsíquicas raciales y eliminación de los factores ambientales que en el curso de las generaciones conducen a la degeneración del biotipo»***[3]**.**

Estas teorías tendrían aplicación práctica inmediata en la posguerra, específicamente sobre los hijos de las presas republicanas encarceladas por motivos políticos, aunque este carácter no se les reconociera, precisamente por la conceptuación que de las mismas daba el Gabinete de Investigaciones Psicológicas:

*"**La enorme cantidad de prisioneros de guerra en manos de fuerzas nacionales salvadoras de España permite efectuar estudios en masa, en favorabilísimas circunstancias que quizás no vuelvan a darse en la historia del mundo. Con el estímulo y beneplácito del Excmo. Sr. Inspector de los Campos de Concentración, al que agradecemos toda suerte de cariñosas facilidades, iniciamos investigaciones seriadas de individuos marxistas, al objeto de hallar***

[3] *"Niños y Jóvenes Anormales"*. Vallejo Nágera. Madrid 1941. Citado por Ricard Vinyes.

las relaciones que puedan existir entre las cualidades biopsíquicas del sujeto y el fanatismo político democrático-comunista".[4]

En el marco de los referidos estudios del **Gabinete de Investigaciones Psicológicas**, el director del mismo, Doctor A. Vallejo Nágera decía en el trabajo *Psiquismo del fanatismo marxista. Investigaciones psicológicas en marxistas femeninos delincuentes*[5]:

"Recuérdese para comprender la activísima participación del sexo femenino en la revolución marxista, su característica labilidad psíquica, la debilidad del equilibrio mental, la menor resistencia a las influencias ambientales, la inseguridad del control sobre la personalidad… Cuando desaparecen los frenos que contiene socialmente a la mujer y se liberan las inhibiciones frenatrices de las impulsiones instintivas; entonces despiértase en el sexo femenino el instinto de crueldad y rebasa todas las posibilidades imaginadas precisamente por faltarle las inhibiciones inteligentes y lógicas… Caracteriza la crueldad femenina que no queda satisfecha con la ejecución del crimen, sino que aumenta durante su comisión. El hecho es tanto más digno de atención cuanto que la mujer suele desentenderse de la política, aunque su fanatismo o ideas religiosas la hayan impulsado en los últimos años a mezclarse activamente en ella, aparte de que en las revueltas políticas tengan ocasión de satisfacer sus apetencias sexuales latentes".

---

[4] *"Psiquismo del Fanatismo marxista"*. Revista Semana Médica Española. 6 años. San Sebastián 08/10/1938, pg 172. Citada por Ricard Vinyes. Ver documento en Los niños perdidos del Franquismo. Ricard Vinyes, Armengol y Bilis. Edi, Plaza y Janes. 2002

[5] Publicada en la revista Española de Medicina y Cirugía de Guerra, 9, año II, mayo de 1939, pg. 399, citado por Ricard Vinyes, op. Citada, pg. 68. Documento en misma obra anterior.

Con estos estudios como base se comprenden bien las actuaciones que el régimen franquista desarrollaría después en el ámbito de los derechos de la mujer y específicamente en relación a la **sustracción o eliminación de custodia sobre sus hijos**, es decir, acometió una segregación infantil que alcanzaría unos límites preocupantes y que, bajo todo un entramado de normas legales, pudo haber propiciado la pérdida de identidad de miles de niños en la década de los años 40, situación que, en gran medida, podría haberse prolongado hasta hoy. Es decir, se habría privado de su identidad a miles de personas en contra de los derechos de las propias víctimas inmediatas y de sus familiares, **en aras a una más adecuada "preparación ideológica y la afección al régimen".**

CUARTO.- Ya se ha dicho antes cual fue el límite temporal de los juicios de Nüremberg (30 de enero de 1933).

Ahora, debe mencionarse el artículo 7 de la Constitución Española de 1931 que establecía :

"El Estado Español acatará las normas universales de Derecho Internacional, incorporándolas a su Derecho positivo."

Por su parte, el artículo 65 de la misma Norma Constitucional estipulaba que:

"Todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley

internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en ellos se disponga."

Teniendo en cuenta estas normas y que la cláusula Martens, luego reiterada en la IV Convención de La Haya de 1907, fue ratificada por España y apareció publicada en la Gaceta Oficial del Estado, de 22 de noviembre de 1900, dentro de los Convenios y declaraciones estipulados en la Conferencia Internacional de la Paz, celebrada en La Haya, su contenido era plenamente vigente en España el 17 de Julio de 1936. Como también lo había sido como soporte para la declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia en 1915 sobre la perseguibilidad del genocidio armenio como crimen contra la humanidad y la civilización, y, como en el mismo sentido se había aplicado en los procesos de Estambul de 1919, el Tratado de Sèvres (artículos 230, 226-228) y en el Tratado de Versalles. La Comisión creada por la Conferencia Preliminar de paz de París (1919-1920) estableció que las responsabilidades sobre los delitos cometidos por las autoridades de las fuerzas de los Imperios centrales y de sus Aliados contra las leyes y costumbres de la guerra y las leyes de humanidad eran exigibles partiendo de los principios del derecho de gentes y tal como resulten de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de humanidad y de los dictados de la conciencia pública. Es decir retomaba el contenido de la Cláusula Martens. Entre los actos se incluían todos aquellos que hoy se califican como crímenes contra la humanidad (torturas, asesinatos, masacres, violación, deportación, detención e internamientos en

condiciones inhumanas, actos contra los propios nacionales de los imperios, como por ejemplo las masacres contra armenios que habían propiciado la declaración de 1915) También es de destacar el pacto Brian-Kellog firmado en Paris en 1928, sobre la proscripción de la guerra para zanjar disputas internacionales[6].

Pero además, la cláusula Martens, que nunca dejó de estar vigente, fue incluida en las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, artículos 63,62, 142 y 158, respectivamente (**la denuncia de los Convenios de Ginebra "no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes Contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública".** Es decir, exactamente el mismo contenido de la cláusula Martens).

Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Papon contra Francia de 15 de Noviembre de 2001 y Kalk y Kislyiy contra Estonia de 17 de Enero de 2006 apoyan la línea interpretativa que aquí se sostiene.

El artículo 7.2 del Convenio de 1950 establece, que no se impedirá el juicio o condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito

[6] Interrogatorios. El tercer Reich en el banquillo. Edi. Tusquet. Barcelona. 2003.

según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

En el primer caso el Tribunal dice:

"La Corte destaca que el párrafo segundo del artículo 7 contempla expresamente que tal artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de una persona por cualquier acto u omisión, fuese considerado criminal de acuerdo a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad en cuanto a crímenes contra la humanidad, respecto a los cuales la regla de que no pueden ser sujetos a limitaciones temporales fue establecida ya por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg."

Por su parte, en el segundo caso, el TEDDHH dice:

"La Corte reitera que el artículo 7.2 de la Convención contempla expresamente que tal artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de una persona por cualquier acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuera considerado criminal de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, en relación a lo cual la regla de que no puedan ser sujetos a limitación temporal alguna que establecida ya por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg … La Corte hace notar que, incluso si los actos cometidos por los recurrentes pudieran ser considerados como legales por la legislación soviética en aquel

momento, han sido en todo caso calificados por los Tribunales de Estonia como constitutivos de crímenes contra la humanidad bajo la ley internacional del momento de comisión."

La ratificación en 1900 de las convenciones de La Haya (Cláusula Martens) ponían a España, según los artículos 7 y 65 de la Constitución Española citados, en el camino de obligatoriedad de cumplimiento y conciencia de que los crímenes con los que se dió inicio y continuó la Guerra Civil y los posteriores, guiados por la misma finalidad preconcebida de exterminio de una parte de la población española por razones ideológicas a través del asesinato, la detención-desaparición y torturas, integraban crímenes sancionables y perfectamente respetuosos con el principio *nullum crimen sine lege internacional.* Es decir, **por el cargo que ostentaban los alzados contra el sistema constitucional republicano y por las acciones desplegadas, no podían alegar desconocimiento, ni falta de previsibilidad o falta de conciencia de ilegalidad. Sus acciones fueron preconcebidas y dirigidas al concreto fin previsto por los mismos.**

En todo caso y sin llegar a estos extremos, la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Scilingo de 1 de Octubre de 2007, que habla de las acciones cometidas en un contexto de crímenes contra la humanidad da cobertura a esta investigación.

En efecto, esta importante Sentencia d la Sala Segunda del Tribunal Supremo expresa, en la redacción aceptada por la mayoría de los componentes de la Sala, dos principios relativos a las normas penales aplicables a los crímenes contra la humanidad: la imposibilidad de que los tribunales españoles apliquen directamente el derecho penal internacional consuetudinario sin la previa transposición a una norma interna; y, en segundo lugar y en consecuencia a lo anterior rechaza la aplicación retroactiva o "retrospectiva" de la norma penal no favorable y posterior a la comisión de los hechos aún cuando en el momento de la comisión se vulnerasen normas de *ius cogens* .

Destacar de la citada sentencia únicamente esos dos principios sería mermar una sólida aportación de la jurisprudencia al entendimiento de los crímenes contra la humanidad. Por ello el auto de 16/10/08 partiendo del escrupuloso respeto a esos dos principios hace suyos los argumentos dados de forma mayoritaria por el Tribunal Supremo cuando afirma que:

« *La vigencia del principio de legalidad, tal como antes fue expuesto, impide, pues, la aplicación directa del derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso. También impide la aplicación del artículo 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no más favorable.*

Sin embargo, de ahí no se desprende que una condena por estos hechos suponga en todo caso una vulneración del principio de legalidad.

Desde un punto de vista material, como hemos dicho más arriba, el principio de legalidad exige la previsibilidad de la sanción penal como consecuencia de la ejecución de una determinada conducta.

No es posible aceptar que el acusado recurrente no pudiera prever el carácter delictivo de sus actos en el momento de su comisión y la consiguiente posibilidad de que le fuera impuesta una pena. Los hechos descritos en el hecho probado, de extraordinaria gravedad en atención a los bienes jurídicos que seriamente lesionan, y también en consideración a la forma en que lo hacen, eran claramente delictivos, como asesinatos o detenciones ilegales, en el momento de su comisión, tanto en Argentina, como se recoge en la sentencia impugnada, como en España, o como en cualquier país civilizado. Asimismo, la legislación vigente en ambos países preveía las correspondientes penas que, en Argentina, incluso podrían llegar en algunos casos a la reclusión perpetua.

Desde esa perspectiva, la previsibilidad objetiva de una sanción penal para las conductas enjuiciadas es indiscutible.

Por otro lado, ***la ley no prohíbe sino que exige que el Tribunal tenga en cuenta la gravedad del hecho para la individualización de***

la pena**, y aunque es necesario acudir a criterios jurídicos adecuados al ordenamiento, no es preciso que la valoración se base en circunstancias expresamente contempladas en la ley.* ***Han de tenerse en cuenta, en este sentido, los bienes jurídicos lesionados y además que los hechos fueron ejecutados amparándose los autores en el poder detentado tras un golpe de Estado; que estaban orientados a asegurar la instauración de un régimen violentamente antidemocrático mediante la eliminación física de la disidencia activa, y que fueron desarrollados en secreto y en situación de clandestinidad. Su carácter delictivo no ofrece dudas, ni pudo ofrecerlas entonces a sus autores. La relevancia de las circunstancias en las que los hechos perseguidos fueron ejecutados tampoco es dudosa ni lo era entonces.

Consecuentemente, y aunque deba ser absuelto del delito de tortura, pues en la fecha de los hechos tal conducta no aparecía aún en el Código Penal español, en el que se introdujo en el artículo 204 bis por la Ley 31/1978, de 17 de julio, la condena por delitos de asesinato y detención ilegal, así como la valoración de las circunstancias relevantes en orden a establecer la gravedad en el marco legal vigente al tiempo de ejecución de los hechos, no vulneraría el principio de legalidad, que sin embargo, de un lado impide acudir a un tipo delictivo no vigente en la fecha de comisión, salvo el caso en que fuera más favorable, y de otro haría imposible imponer una pena superior a la prevista entonces para aquellos delitos.

Por otra parte, ***la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquellos****.*

El delito de lesa humanidad fue introducido en el Código Penal español por medio de la Ley Orgánica 15/2003. Se define como un delito contra la comunidad internacional y se compone de una serie de conductas básicas, de las cuales, en lo que aquí interesa, ***la causación dolosa de la muerte de otra persona o las detenciones ilegales, ya eran delictivas como delitos ordinarios con anterioridad. Su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional encuentra justificación en las circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto.»***

«De todos modos, ***las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido de injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo****. Dicho con otras palabras,* ***esas circunstancias añadidas*** *al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación*

de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su ***perseguibilidad universal.»*** (citado en el razonamiento jurídico octavo del auto de 16-10-08, pg 34).

En el mismo sentido la sentencia de 22 de marzo de 2001 TEDDHH en el caso Stralez y otros contra Alemania, que se cita en el auto de 16-10-08 y que el Ministerio Fiscal interpreta erróneamente en su escrito (pag. 20):

«4. El derecho nacional. Base legal de la condena.
53. El tribunal señala que los tribunales alemanes condenaron en primer lugar a los demandantes en base al Derecho Penal aplicable en la RDA en a época en de los hechos, por inducción al asesinato (…)
55. La condena de los demandantes tenia por tanto su base legal en el derecho penal de la RDA aplicable en la época de los hechos, y las penas correspondían, en principio, a las previstas en las disposiciones aplicables de la legislación de la RDA (…).»

Esta premisa, es la que informa el auto de este juzgado de 16-10-08 en cuanto a los delitos de asesinato, violaciones, daños corporales, detenciones…, tipificados en el código penal de 1932.

La defensa de los demandantes en el TEDDHH invocó ante el mismo un argumento del que el Ministerio Fiscal español se hace eco:

«Previsibilidad de las condenas. 77. Los demandantes objetan, a la vista de las realidades de la RDA, que su condena por los tribunales alemanes no había sido previsible y que era absolutamente imposibles para ellos prever que serían llevados un día, por un cambio de situación, a tener que rendir cuentas en el plano penal.»

El Tribunal afirma al respecto:

«78. Este argumento no es convincente. La discrepancia que separó la legislación del RDA de la práctica de ésta era obra de los mismos demandantes. A causa de las elevadas posiciones que ocupaban en el seno del aparato del Estado, no podían, evidentemente, ignorar la Constitución y la legislación de la RDA, ni las obligaciones internacionales de ésta(…).»

«81. ***El Tribunal considera que es legítimo para un Estado iniciar diligencias penales contra las personas que han sido culpables de crímenes bajo un régimen anterior; así mismo, no se podría reprochar a los tribunales del Estado, que sucedieron a los existentes anteriormente, aplicar e interpretar las disposiciones legales existentes en la época de los hechos a la luz de los principios que rigen un Estado de derecho.****»*

A continuación el tribunal valora la evolución progresiva de la jurisprudencia en la sucesión de Estados y añade que *«un razonamiento contrario iría contra los principios mismos sobre los que está construido todo el sistema de protección establecido por el Convenio»* y por ello considera que «*la interpretación estricta de la legislación de la RDA por parte de los tribunales alemanes en este caso era conforme con el artículo 7.1 del Convenio».*

«87. El Tribunal considera que una práctica del Estado como la RDA (…) que ignoraba de manera flagrante los derechos fundamentales y sobre todo el derecho a la vida, valor supremo en la escala de los derechos fundamentales y sobre todo el derecho a la vida, valor supremo en la escala de los derechos humanos en el plano internacional, no podría estar protegida por el artículo 7.1 del Convenio. Esta práctica, que vació de sustancia a la legislación sobre la que se suponía estaba basada, y que era impuesta a todos los órganos del Estado, incluidos sus órganos judiciales, no podría ser calificada como "Derecho" en el sentido del artículo 7 del Convenio.»

«88. Así, el Tribunal considera que los demandantes que, como dirigentes de La RDA habían creado la apariencia de legalidad que emanaba del ordenamiento jurídico de la RDA y luego habían establecido o perseguido una práctica que ignoraba de manera flagrante los principios mismos de este orden, no podrían invocar la protección del artículo 7.1 del Convenio. Razonar de otra manera

sería ignorar el objeto y la finalidad de esta disposición, que quiere que nadie sea sometido a diligencias, condenas o sanciones arbitrarias.»

«89. A la vista de todos estos elementos, el tribunal considera que en el momento en el que fueron cometidas, las acciones de los demandantes constituían delitos definidos con la suficiente accesibilidad y previsibilidad por la legislación de la RDA.»

«106. Además, el comportamiento de los demandantes podría ser considerado, siempre en el marco del artículo 7.1 del Convenio, desde el punto de vista de otras normas de derecho internacional, principalmente las relativas a los crímenes contra la humanidad…»

Con la simple lectura objetiva de esta sentencia no se puede llegar a las conclusiones que obtiene el Ministerio Fiscal, sino exactamente las contrarias.

A mayor abundamiento el voto particular concordante del Juez Sr. Loucaides que estudia la aplicación del derecho internacional consuetudinario a la luz del Convenio, es demoledor:

«(…) Estimo que el comportamiento por el que los demandantes fueron condenados, debía considerar, desde el punto de vista del derecho internacional, como un "crimen contra la humanidad" noción que, en la época de los hechos, formaba ya parte integrante de los principios generales del Derecho internacional

consuetudinario.(…) El vínculo entre los crímenes contra la humanidad y los actos de guerra no fue considerado como una condición para el establecimiento de tales delitos(…).»

«(…) Los elementos constitutivos mínimos de la infracción en cuestión parecen ser los siguientes: el asesinato; a) cometido contra una población civil, y b) un comportamiento sistemático u organizado en la prosecución de una cierta política. C) El último elemento resulta de la combinación de los elementos a) y b).»

Establecida esa distinción entre principio de legalidad interno e internacional. Es preciso señalar que la formación de los crímenes contra la humanidad, como crímenes de formación consuetudinaria, imputables internacionalmente al sujeto que los comete, actos punibles con independencia de la responsabilidad que pueda establecer el derecho interno, no son amnistiables.

El reconocimiento de estos crímenes como ataques contra la humanidad ha ido cristalizando en el derecho internacional de manera paulatina y progresiva. Tras la 2ª Guerra mundial en 1945 los aliados se encontraron con unos horrendos crímenes cometidos contra la población civil por los regímenes alemán y japonés en los años precedentes. Algunos de tales hechos eran violaciones de las leyes y costumbres de la guerra y estaban regulados en la Convención de la Haya de 1907; en otros casos se trataba de vulneración de los tratados de Versalles y Sèvres sobre la paz.

En tales casos no había problema en relación al principio de legalidad puesto que las conductas eran violaciones del derecho internacional vigente. Pero, el problema podía plantearse en los casos en los que las conductas se proyectaban contra la población civil. Para atender esta necesidad, como antes se apuntó, se acogieron a la Clausula Martens,…<<**en los casos no incluidos en las regulaciones de las leyes de la guerra la población civil y los beligerantes estarán bajo la protección y las reglas de los principios del derecho de gentes, tal y como resultan de los usos establecidos entre pueblos civilizados, de las leyes de la humanidad, y de los dictados de la conciencia pública**>>.

Los aliados codificaron tales crímenes en el Estatuto de Nuremberg en 1945 y así en el art. 6 c) se recogen esos crímenes asumiendo que describían aquello que en el derecho consuetudinario era considerado ofensivo o atentatorio a las leyes de la humanidad. «Se trataba de crímenes no tenidos en cuenta en anteriores acuerdos surgidos de las leyes de la guerra y tenían que comprender las "atrocidades y persecuciones por motivos raciales, religiosos o políticos" cometidas por el régimen nazi a partir del 30 de enero de 1933», esta categoría, se describió con la expresión «crímenes contra la paz»[7]. No se trataba de una aplicación retroactiva, sino de la cristalización de una situación concreta sobre tales crímenes. En ese mismo sentido, la Ley 10 del Consejo de Control Aliado establecía:"

[7] NA II, RG 107, documentos McCloy, archivador, Departamento de Guerra de Estados Unidos, Draft directive on the identification and apprehension of persons suspected of war crimes, borrador 2, 14 de junio de 1945, pag 1.

los crímenes lo son tanto si al momento de ser cometidos violaban el derecho interno como si no". En 1946 lo que sucede es que tiene lugar la universalización de este planteamiento en la Asamblea General de Naciones Unidas a través de sus resoluciones 3 (I) y 95 (I), en las que se aprueban la Carta y la Sentencia del Tribunal de Nuremberg. Se determina que los crímenes contra la humanidad son crímenes de naturaleza internacional.

A partir de aquí, todas las resoluciones y convenciones internacionales han ido en la misma dirección. Así, en 1968 la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, establece que estos lo son tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz; en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 15.2, como se ha dicho, recoge el principio de legalidad penal internacional; por su parte los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para los crímenes cometidos en la Ex Yugoslavia y Ruanda y el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 hacen lo propio y acogen las normas aplicables con carácter general y con ellos los sistemas internos, como el español entre 1973 y 2004, para los crímenes de genocidio y lesa humanidad, respectivamente.

El Ministerio Fiscal, en su escrito de 20 de octubre planteando el recurso de apelación, rechazado por auto de fecha 23-10-08, afirma que el Juzgado de Instrucción "asume (la calificación jurídica de crímenes de lesa humanidad) como uno de los pilares que

fundamentan su competencia y que le habilita para llevar a cabo su investigación". Además de que esto no es así, tal como se comprueba con la simple lectura del auto, a partir de ello y haciendo una interpretación equivocada de la STS de 1/10/07, se refiere a la posible vulneración del principio de legalidad.

Como se ha expuesto, **el auto de 16/10/08, contra lo alegado por el Fiscal, no sólo parte del principio absoluto de legalidad sino que lo interpreta a la luz de la STS en el "caso Scilingo" y asume sin fisuras los acertados razonamientos relativos a los crímenes contra la humanidad, su núcleo duro, las circunstancias contextuales, etc.**

A la luz de lo antes dicho, no se entiende la interpretación que el Ministerio Público hace sobre los crímenes contra la humanidad.

1º.- En primer término afirma que, **sólo después** del Estatuto de Londres de **1945** es posible aplicar **directamente** los crímenes contra la humanidad del derecho penal internacional aunque las legislaciones penales internas no incluyan esa tipificación o lo hubieran hecho con posterioridad.

Pero, ¿a qué derecho penal internacional hace referencia el Fiscal?, ¿al convencional?, ¿al consuetudinario?, ¿a los principios generales de las Naciones civilizadas?...

Tratando de intuir lo que pretende, pareciera que quiere derivar de su afirmación que el principio de irretroactividad de la ley penal no favorable sí tendría excepciones, pero el problema es que no identifica, ni este instructor alcanza a distinguir sobre qué tipo de normas, escritas o no escritas o sobre qué acciones, etc, operan las meritadas excepciones. Lo único inamovible para el Sr. Fiscal es el año 1945, fecha en que los aliados redactaron el Estatuto de Nuremberg. Pero, en su argumentación, olvida algo básico y a la vez obvio y es que los aliados en ese momento, como ya se ha dicho, no crearon los crímenes contra la humanidad, sino que reconocieron su vigencia por formar parte de los principios generales que rigen en las naciones civilizadas. Precisamente por ello, y **porque se trataba de crímenes preexistentes a su comisión los criminales nazis pudieron ser juzgados por hechos anteriores a 1945,** y a la propia redacción del Estatuto que es una simple recopilación de los que ya existían; porque **anteriormente formaban parte del *ius cogens;* porque atentaban contra los principios más elementales de la Civilización;** porque, como señaló en el alegato inicial el Fiscal Supremo por parte de los Estados Unidos, **Sr. Robert H. Jackson**, en su discurso de apertura en el juicio de Nüremberg: **"El trato que un gobierno da a su propio pueblo, normalmente no se considera como asunto que concierne a otros gobiernos o la comunidad internacional de Estados. El maltrato, sin embargo, de alemanes por alemanes durante el nazismo traspasó, como se sabe ahora, en cuanto al número y a las modalidades de crueldad, todo lo que la civilización moderna puede tolerar. Los demás pueblos, si**

callaran, participarían de estos crímenes, porque el silencio sería consentimiento." Este discurso era y es perfectamente aplicable a unos hechos tan atroces como los investigados en Nüremberg, sólo que ocurridos, en su núcleo principal, unos años antes en España, enmarcados en una **actuación sistemática que la acción totalitaria de la época impuso en varios países, entre ellos, España, Italia y Alemania, contra todos aquellos que tenían una ideología diferente o se integraban en grupos contra los que se dirigió el exterminio.**

2º.- El Sr. Fiscal concluye que, en cualquier caso, la cláusula de la irretroactividad de la norma penal no favorable rige también para la legalidad penal internacional.

Esta afirmación, en principio contradictoria con la que se había expresado en el punto anterior, no es tal y conduce nuevamente a su **troncal y errónea argumentación referida a que, los crímenes contra la humanidad antes de 1945 eran inoperantes por imposibilidad de persecución. Esta singular interpretación, contraria a la mantenida por los tribunales nacionales e internacionales, los expertos y los juristas, que ni tan siquiera tiene en cuenta el "contexto y las circunstancias" a las que el propio Tribunal Supremo hace referencia en la citada sentencia de 1/10/07, sólo responde al afán de salvar de la calificación de delitos contra la humanidad** (aunque la misma a efectos prácticos sea inoperante) **a los crímenes cometidos durante el periodo objeto**

del procedimiento. No alcanzándose a entender por qué en el seno de las diligencias previas nº 211/08 seguidas en el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, que ya han sido citadas**, la postura del Ministerio Fiscal que se refleja en el informe fiscal emitido en julio de 2008 a favor de investigar unos hechos que constituirían crímenes contra la humanidad y que acaecieron entre 1942 y abril de 1945, esto es antes de la redacción del Estatuto de Londres, es diametralmente opuesta a la que en este procedimiento se expone al oponerse a esa misma investigación, referida a España.**

QUINTO.- España no es diferente a otros países de la comunidad internacional, ni puede serlo, cuando se trata del reconocimiento de la existencia de delitos horrendos como los aquí denunciados y de la necesidad y obligación de investigar y luchar contra la impunidad, y ello porque **está obligada, como los demás países a cumplir aquellas normas y jurisprudencia que le afectan en el marco jurídico internacional al que pertenece con trascendencia sobre el orden jurídico interno**.

Debe hacerse aquí, por tanto, una breve reflexión a cerca de la **doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, que ya se citaba en la resolución del 16 de octubre de 2008 de este Juzgado, sobre la obligación derivada de los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 que reclaman una investigación eficaz desde el Estado sobre los crímenes que se

relacionan con el quebrantamiento de los derechos recogidos en estos preceptos (derecho a la vida y prohibición de la tortura). A esta obligación no cabe oponer excepciones (caso Ergi contra Turquía 28-7-1998 o caso Tanri Kulu contra Turquía 8-7-1999).

<<La obligación de proteger el derecho a la vida que impone el artículo 2 en relación con el artículo 1 de Convenio (….) implica y exige conducir una forma de encuesta eficaz cuando el recurso a la fuerza, en concreto por parte de los agentes del Estado, ha tenido como consecuencia la muerte de un hombre>> (Sentencia caso McCann y otros contra el Reino Unido, 27-9-1995) y en la sentencia Corsacov contra Moldavia 14-4-2006, el tribunal europeo recuerda que frente a una afirmación creíble del artículo 3 del Convenio, el Estado tiene obligación de desarrollar una investigación oficial efectiva.

El principio de una investigación pública y efectiva está ya en la Declaración de la ONU sobre la tortura de 9.12.1975 y, con total claridad en el artículo 12 de la Convención contra la tortura de 10-12-1984; o en la Recomendación del Consejo Económico y Social de la ONU, sobre los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales arbitrarias o sumarias de 24-5-1989; o por la Resolución 55/89 de 4 de diciembre de 2000 de la Asamblea General que introduce los Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En este sentido, las

sentencias McKerr contra Reino Unido, 4-5-2001 y Finncane contra Reino Unido, 1-7-2003 exigen que **los investigadores sean competentes e imparciales y la necesidad de proteger a las víctimas y mantenerlas bien informadas de la investigación**.

En el mismo sentido el Comité de Derechos Humanos que en sus Comentarios Generales a los principios del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** ha tratado esta cuestión al abordar el art. 6 (Derecho a la vida) y el art. 7 (prohibición de tortura y malos tratos).

«Son documentos…muy claros. En relación con el art. 6, el Comité señala que **los Estados deben arbitrar procedimientos completos de investigación en los casos de desapariciones de personas en circunstancias que puedan implicar una violación de derecho a la vida**», y en relación al art. 7, «el Comité es más taxativo, **las quejas deben ser investigadas con rapidez e imparcialidad por las autoridades competentes para que el remedio sea efectivo**.» [8]

Y, un último ejemplo de lo anterior es el artículo 12 de la **Convención de ONU sobre Desaparición forzada de personas de 20 de diciembre de 2006, ratificada por España en septiembre de 2007 y que, además de establecer el derecho a denunciar impone la investigación exhaustiva e imparcial de los hechos.**

[8] "*La Garantía Europea del Derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*". .Javier Barcelona Llop. Edit. Thomson-Civitas. Navarra 2007, pag. 88-89.

El TEDH establece claramente las pautas que deben cumplir los Estados para dar cumplimiento a este deber con una tendencia clara a la exigencia de uniformidad, tanto en lo relativo a los aspectos materiales como de procedimiento (Sentencias, Kelly y otros contra Reino Unido, 4-5-2001; Finncane contra Reino Unido, 1-7-2003; Gongadze contra Ucrania 8-11-2005; Bazorkina contra Rusia, 2006; Imayakeva contra Rusia, 27-7-2006; y especialmente Luluyev y otros contra Rusia, 9-11-2006).

a) **El deber estatal de emprender y culminar una investigación eficaz, está íntimamente relacionado con la aplicación efectiva de las leyes internas que protegen el derecho a la vida y a la integridad personal y con la necesidad de que los agentes públicos respondan de los actos contarios a ellos** (sentencia Ihsan Bilgin contra Turquía 27-7-2006);

b) **El deber de investigar recae sobre el Estado tanto si los hechos son imputables a agentes públicos como a terceros** (sentencias Yasa contra Turkia 2/09/1998 y Fatmer contra Kaçar contra Turkia, 15/07/2005);

c) «**El deber estatal de investigar adecuadamente los hechos exige que las autoridades actúen por su propia iniciativa, sin esperar a que los parientes o los próximos de la víctima presenten una denuncia formal o impulsen el procedimiento**; una vez han tenido noticia del asunto, aquellos deben iniciar de oficio la

investigación y asociar a la misma a las personas cercanas a la víctima, con independencia de las decisiones que estas adopten por su cuenta» o como dice la sentencia Tanrikulu contra Turkia, 8-7-1999 "….. El simple hecho de que las autoridades hayan sido informadas de la muerte implica ipso facto el nacimiento de la obligación, derivada del artículo 2, de practicar una investigación eficaz acerca de las circunstancias en que se ha producido"[9];

d) **La investigación debe estar presidida por el poder de efectividad y ello supone la independencia en la investigación y que esta permita desentrañar que es lo que sucedió, empleando para ello todos los medios disponibles que han de ponerse al servicio de la búsqueda de la verdad, aunque no implica que haya de obtenerse una verdad determinada.** Se cumple haciendo todo lo que razonablemente está en la mano del estado (Sentencia Tanis contra Turkia, 02/08/2005 o Korsakov contra Moldavia 04/04/2006) y, la investigación ha de hacerse con celeridad y diligencia razonable, sin demoras innecesarias en el objetivo último de descubrir la verdad.

Si observamos **el caso español** hemos de convenir que **se han quebrantado estos principios y obligaciones hasta que se inició esta investigación, por cuanto ha sido en ese momento y, específicamente con el auto de 16 de octubre de 2008 cuando se ha posibilitado la investigación.** Por eso no se entiende que se pretenda

[9] "*La Garantía Europea del Derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*". .Javier Barcelona Llop. Edit. Thomson-Civitas. Navarra 2007, pag. 94.

la no investigación sobre unos delitos a la que, imperativamente, **España está obligada y muy particularmente el Ministerio Fiscal y el órgano judicial competente. Obstaculizar la investigación, luego de la omisión de la misma durante años, sería contravenir flagrantemente aquellos artículos del Convenio Europeo, que no pueden quedar derogados o en suspenso ni en las más dramáticas circunstancias que enumeran el artículo 15.1, según el artículo 15.2 del Convenio** (Sentencia Ergi contra Turkia 28/07/1998) <<**Ni la frecuencia de los conflictos armados violentos ni el gran número de víctimas tienen incidencia sobre la obligación, derivada del artículo 2, de realizar una investigación efectiva e independiente sobre las muertes producidas en el curso de enfrentamientos con las fuerzas del orden**>>.

En cuanto a la aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos debe darse por reproducido lo dicho en el Razonamiento Jurídico noveno del Auto de 16 de octubre de 2008, y en particular el caso Broniowki contra Polonia de 22/06/2004.

SEXTO.- En el **contexto de crímenes contra la humanidad** en el que se ubica la investigación de los hechos denunciados, la figura de la desaparición forzada de personas emerge en forma constante desde el principio en las acciones criminales descritas que alcanzan esa forma en el momento actual, en el que continúan los efectos jurídicos de esas desapariciones o detenciones.

La Declaración (artículo 17.1) sobre la protección en caso de Desaparición Forzada de personas de 1992, dice:

"Todo acto de desaparición forzosa será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecidos los hechos".

El Artículo 8 de la Convención 20 de Diciembre de 2006 (Ratificado el 27 de Septiembre de 2007):

"Cuando se aplique plazo de prescripción a la desaparición se tomarán medidas para que el plazo de prescripción de la acción penal sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito y que el tiempo se cuente a partir del momento que ***cesa la desaparición forzada****, habida cuenta del carácter continuo de este delito."*

El fallecimiento de los presuntos autores nunca puede perjudicar a la víctima ni al carácter del delito.

El artículo 3 de la **Convención Interamericana** de 9 de septiembre de 1994 dice que el delito será considerado como **delito continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.**

A **nivel europeo y antes de que la ONU aprobara la Convención de 2006 y España la ratificara en 2007**, la voluntad de los legisladores era clara tal como se desprende de la **resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005** sobre desaparición forzada de personas que en el punto 10.3.3 establece el <<**reconocimiento de la desaparición forzada como un crimen permanente mientras los autores continúen ocultando el paradero de la persona desaparecida y los hechos permanezcan sin aclarar; y consecuentemente, la no aplicación de la prescripción a las desapariciones de personas**>>.

El punto 10.3.5 se refiere a la <<**Exclusión de los autores de desapariciones forzadas de medidas amnistía o similares y de cualquier privilegio, inmunidades o exenciones de procesamiento**>>.

Por su parte, el punto 12.3 hace referencia a la necesidad de <<**Mejorar las medidas contra la impunidad, particularmente mediante la exclusión de autores de desapariciones forzadas de cualquier amnistía o similares medidas descritas arriba**>>.

La amnistía en caso de desaparición forzada fue rechazada por la resolución 828 de 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa (punto 13.a). Es decir, **La desaparición forzada de personas es un crimen contra la humanidad, el cual no podrá ser considerado como un delito político y está sujeto a las normas de**

extradición, no es objeto de limitación y no está cubierto por leyes de amnistía.

Mientras la situación de desaparición no se vea interrumpida por la oposición de la persona secuestrada o se tenga certeza de su muerte gracias a la recuperación de sus restos mortales, la consumación continúa produciéndose.

La Sentencia Velásquez Rodríguez contra Honduras de 29 de Julio de 1988 de la Convención Internacional de Derechos Humanos (CIDH) es clara al exigir que **el Estado donde la desaparición se produjo, debe emprender con seriedad la investigación de los hechos y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa**. <<*Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad*>>.

La Sentencia de la CIDH en caso Babamaca Velásquez contra Guatemala de 25 de Noviembre 2000, establece el <<*derecho que asiste a los familiares de una persona que ha fallecido de recibir los restos mortuorios de ésta, independientemente de cualesquiera consideraciones étnicas, religiosas, culturales que particularicen el caso*>>, <<*la solidaridad humana tiene una dimensión más amplia*

que la solidaridad puramente social, por cuanto se manifiesta también en los lazos de solidaridad entre los muertos y los vivos… En definitiva, los vivos y los muertos, encuéntrense mucho más vinculados de lo que uno pueda prima facie suponer y esta realidad no puede seguir siendo ignorada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en evolución>>.

La CIDH, en Sentencia de 4 de mayo de 2004, caso Melina Theissen contra Guatemala establece que <<*el Estado debe garantizar que el proceso interno tendente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos. Además, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria*>>.

Asimismo, el Tribunal considera que <<*el Estado debe localizar y hacer entrega de los restos mortales del desaparecido a sus familiares, a fin de que reciban sepultura según sus costumbres y creencias. Además, el estado debe brindar las condiciones necesarias para trasladar dichos restos al lugar de elección de sus familiares, sin coste alguno para ellos, y satisfacer los deseos de la familia en relación con la sepultura.* [10]>>

[10] Las Fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos. Miguel Angel Rodríguez Arias. Revista Jueces para la Democracia nº 60. Noviembre 2007. Pg 83.

SEPTIMO.-La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Declaración de condena de la Dictadura Franquista de fecha 17 de marzo de 2006 (Recomendación 1736) hace referencia a un punto fundamental y que tiene importante trascendencia en la investigación iniciada en esta causa. En sus punto **72, 73, 74 y 75 afirma, respectivamente:**

«Los "niños perdidos" son también parte de las víctimas del franquismo: se trata de hijos de presos cuyos apellidos fueron modificados para permitir su adopción por familias adictas al régimen.»

«Varios miles de hijos de obreros fueron también enviados a instituciones del Estado porque el régimen consideraba su familia republicana como "inadecuada" para su formación.»

«Niños refugiados fueron también secuestrados en Francia por el servicio exterior de "repatriación" del régimen y situados posteriormente en instituciones franquistas del Estado.»

«El régimen franquista invocaba la "protección de menores" pero la idea que aplicaba de esta protección no se distinguía de un régimen punitivo. Los niños debían expiar activamente "los pecados de su padre" y se les repetía que ellos también eran

irrecuperables. Frecuentemente eran separados de las demás categorías de niños internados en las Instituciones del Estado y sometidos a malos tratos físicos y psicológicos.»

Esta declaración nos pone ante hechos verdaderamente graves y que **durante más de 60 años no han sido objeto de la más mínima investigación, específicamente tras la entrada en vigor de la Constitución (30 de diciembre de 1979) y después de haber desaparecido los obstáculos que durante toda la dictadura habrían impedido indagar esta peculiar forma española de desaparición "legal" de personas durante la guerra y más especialmente en la posguerra hasta la década de los años cincuenta, a través de una andamiaje pseudo jurídico que, presuntamente, dio cobertura a la sustracción sistemática de niños**, hijos de presas republicanas por razones políticas y de republicanos exiliados que fueron a parar a campos de concentración nazis e hijos que legalmente, con amparo de la Cruz Roja y mediante métodos legales y humanitarios habían sido trasladados de España a otros países para evitar los rigores de la guerra, y, que posteriormente fueron repatriados, como se dirá, sin que, en múltiples casos, los hijos quedaran bajo la tutela o custodia de sus padres o familias originarias sino en instituciones públicas y en adopción, sin que el Estado y sus autoridades, en esa época, hicieran algo diferente a ofrecer cobertura legal para que esta segregación-desaparición y pérdida de identidad se consumara.

En estos casos, como en ningún otro, se perfila el plan sistemático e ideológico para la formación del nuevo Estado aplicado a quienes se consideraban **contaminados o no aptos para asumir el cuidado y educación de los hijos, por sus ideas políticas**, inspirado en la filosofía de pureza ideológica que a través de la doctrina pseudo científica mencionada en el Razonamiento Jurídico Tercero, había sido implantada con el auspicio y por orden del Jefe del Estado a partir de agosto de 1938 (telegrama nº 1565) y que tendría su máximo exponente en la ley de 4 de diciembre de 1941 (B.O.E. nº 350, de 16 de diciembre de 1941, pgs. 9819 y 9820) apenas unos días antes (7 de diciembre de 1941) de que el Mariscal Keitel promulgara el decreto Noche y Niebla (Nacht und Nebel Erlass) en Alemania y que inauguró, a nivel internacional, la desaparición forzada de personas como forma de crimen contra la humanidad, pero que, con similares ingredientes se había producido, se estaba produciendo y continuaría produciéndose, con características propias, a lo largo de la década en España.

OCTAVO.- Previamente a aquella ley, la Orden del Ministro de Justicia, Bilbao Eguía, de 30 de marzo de 1940 establecía cuales eran las normas sobre la permanencia en las prisiones de los hijos de las reclusas. En su preámbulo se lee:

«Ilustrísimo Sr. el artículo 81 del vigente Reglamento de prisiones dispone que, **cuando las penadas ingresen llevando consigo hijos de pecho, habrán de ser admitidas en los**

Establecimientos penitenciarios, norma que, por obedecer a la ley de naturaleza es necesario mantener; pero transcurrido un plazo que puede fijarse en la edad de los tres años, no existe en estos momentos justificación alguna para que en las Prisiones las reclusas tengan a sus hijos, por lo que este Ministerio se ha servido disponer:

Primero (…) **las reclusas tendrán derecho a amamantar a sus hijos y a tenerlos en su compañía en las Prisiones hasta que cumplan la edad de tres años."**

En enero de 1940 el Ministerio de Justicia crea **el Centro Penitenciario llamado Prisión de Madres Lactantes en el número 5 de la Carrera de San Isidro, de Madrid.**

Este centro obedecía al desarrollo de las ideas ya expuestas en 1938 y 1939 por el responsable del Gabinete de Investigaciones Psicológicas, en materia de género y segregación y específicamente en relación con mujeres presas, y, que como se indicaba e un informe de 1948 de la Oficina Informativa Española sobre la situación carcelaria española, **tenían como intención última lograr su regeneración física y moral para devolverla a la sociedad sana de cuerpo y espíritu y pueda llenar su sagrado cometido: la maternidad.**

La realidad de la Prisión de Madres Lactantes, según algunos testimonios, era terrible tanto para las madres como para

los hijos, que tan sólo estaban no más de una hora con sus madres, permaneciendo el resto del día separados y en condiciones muy precarias.

Muchos de aquellos hijos les fueron retirados a las madres y nunca fueron devueltos a sus familiares de origen, ni tampoco se intentó hacerlo.

El artículo segundo de la Orden de 30 de marzo de 1940 –B.O.E. de 6 de abril de 1940, establecía: "Una vez cumplidos los tres años, las Juntas Provinciales de Protección de la Infancia, se harán cargo de los niños para su manutención y asistencia, si los familiares de los mismos no tuvieran medios suficientes para alimentarles y educarles".

La excarcelación, tras esta norma y otras que vendrían detrás, de niños de mujeres presas por razones políticas fue masiva, identificándose en diferentes operaciones oficiales bajo órdenes del Ministro de Justicia, entre 1940 y 1944, ocasionalmente (ya que la norma general era la invisibilidad oficial de los hijos en las prisiones) en los expedientes penitenciarios de las madres con la expresión. **"Destacamento hospicio".**

"Desaparecían sin saber cómo. Desaparecen y tu no sabes, la madre desde la cárcel no puede saber porqué ha desaparecido su hijo, ni cómo, ni dónde. Se lo han llevado y se acabó. ¿Cuántas

madres han tenido que estar buscando a sus hijos tiempo y tiempo y no los han encontrado?"

En la prisión de Saturrarán, en 1944, funcionarios y religiosas ordenaron a las presas que entregaran a sus hijos y, tras los forcejeos y resistencias, fueron introducidos, en número indeterminado en un tren con destino desconocido: "Un tren de hierro y madera lleno de niños, que hacía chas, chas"[11]

Algunos de aquellos niños fueron recuperados pero otros muchos no «porque no tenían familia. La familia estaba toda en la cárcel. Se los llevaban ellos adonde fuera. Han ido de un sitio a otro. Han tenido distintos apellidos.»[12]

A Carmen Riera, según su propio testimonio, pretendieron sustraerle a su hija en Barcelona con idea de que ante el traslado inminente a la cárcel de Saturrarán (Vizcaya) la niña se quedara en aquella ciudad en la Maternidad. La madre se negó, ante el temor de perderla. Finalmente murió en la prisión vizcaína a donde había llegado procedente de la cárcel Les Corts.

Félix Espejo, antiguo minero asturiano que ha recogido datos de la represión en la zona del Concejo de Lena (Asturias), en sus investigaciones habla de unas vecinas del pueblo, Concepción y

---

[11] *"Irredentas. Las presas políticas y sus hijos en las cárceles franquistas"*. Ricard Vinyes. Temas de Hoy. Historia. Madrid 2002, pg 75

[12] Testimonio de Teresa Martín en misma obra y en Los niños perdidos del Franquismo. Ricard Vinyes, Montse Armengol y Ricard Belis. Plaza y Janes. Barcelona 2002. Pag. 116

Ángeles Vázquez del Río, dos hermanas condenadas a muerte, pena que posteriormente les fue conmutada por la de treinta años de reclusión. Según los datos del Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced, la primera permaneció en la prisión de Saturrarán hasta 1945. «… ***un día cuando las madres salieron al patio con sus hijos, las monjas les dijeron que los niños tenían que quedarse dentro, que iban a pasar un reconocimiento médico. Eran un centenar de niños. Cuando las madres volvieron los niños ya no estaban.*** *Concepción que no tenía hijos quedó impresionada por las escenas de dolor y por los gritos de las madres que reclamaban a sus hijos. "Amenazaron a las madres diciéndoles que callaran si querían conservar la vida.* ***Una mujer de Oviedo que salió poco después de estos hechos encontró a su hija en casa de unos militares en Valencia, pero no sabía si la pudo recuperar o no.*** *Concepción paso toda su vida muerta de miedo, como les pasó a muchas personas que sufrieron la represión en estos pueblos pequeños de Asturias".*»[13]

NOVENO.- El Boletín Oficial del Estado de 16 de diciembre de 1941 publicó la Ley de 4 de diciembre del mismo año (Jefatura del Estado) sobre inscripción de niños repatriados y abandonados; en su preámbulo decía: «**El Nuevo Estado, que con actuación tan tenaz procura por diferentes medios reintegrar física y espiritualmente dichos niños a la patria, debe adicionar las medidas de protección**

[13] Los niños perdidos del franquismo. Mismos autores. Pags. 113 y 117

a los mismos con un procedimiento sencillo y rápido que facilite su inscripción en el Registro Civil.

A tan justa finalidad responde la presente ley, en cuyos preceptos se prescinde de ejecutorias y otros requisitos que no se reputan indispensables, exigidos en la Ley de Registro Civil y disposiciones complementarias, los cuales se suplen con la intervención, especialmente justificada en esos casos, de los Jueces de Menores y de los Presidentes de los Tribunales Tutelares de Menores. »

En su artículo primero utilizaba un concepto jurídico indeterminado que dejaba al arbitrio de la autoridad gubernativa cuales debían ser las pautas para imponer este tipo de inscripción extraordinaria:

«**Si después de las investigaciones necesarias no se pudiera averiguar el Registro Civil en que figuren inscritos los nacimientos de los niños que los rojos obligaron a salir de España y que han sido o sean repatriados, se procederá a inscribir su nacimiento en dicho Registro. Igual inscripción se hará respecto a los niños cuyos padres y demás familiares murieron o desaparecieron durante el Glorioso Movimiento Nacional**» (nótese como se reconoce el hecho de la desaparición y como no se aprobaron normas que viabilizaran o posibilitaran la búsqueda o aparición de

estas personas, sino otras, como ésta, que consumaron e hicieron desaparecer cualquier rastro de la familia originaria de miles de niños.

«**En el caso de que no se sepan los verdaderos nombres y apellidos de los niños, se les impondrán de los usuales, y se expresará que la filiación es desconocida, sin que esto implique presunción de ilegitimidad**». Ninguna investigación se inició para averiguar la identidad ni para recuperar los vínculos paterno filiales. Antes al contrario, ser propició la desconexión con estos y así se ha mantenido hasta la actualidad en múltiples casos.

Así se había establecido claramente en el Decreto de 23 de Noviembre de 1940 (B.O.E. 1-12-1940) del Ministerio de la Gobernación, sobre Huérfanos, Protección a los de la Revolución y la Guerra.

«… **De esta suerte, en defecto de familia propia, serán encomendados a personas dispuestas a mandar en ellos el fuego del afecto familiar y no siendo posible la aplicación de este sistema, se confiarán a la Organización benéfica con la que el Estado y el Movimiento prestigian como órgano militante de la idea de hermandad nacional…**».

«… **La protección establecida por el Decreto se determina por una sola razón genérica, cual es la orfandad derivada de la Revolución Nacional y de la Guerra. En ningún caso será ampliada la investigación para esclarecer el motivo concreto del**

desamparo ni el desigual grado de gloria o la simple carga de dolor que hacen necesario el remedio. Como desprovista de sentido hereditario, "la culpa de cualquier proceder antisocial cesa ante el huérfano precisado de ayuda común", y no cabe, junto a él, otra medida que la abierta generosidad de asegurar, para el mejor servicio de la Nación, la promesa que su juventud encierra ». Como se ha puesto de manifiesto tal aserto se compagina mal con la realidad a la que se aplicaba cuando se trataba de hijos de mujeres republicanas o no adictas al régimen.

Así, y previa deliberación del Consejo de Ministros, se dispuso que:

«Artículo 1.- Asume el Estado la protección de los menores de 18 años que, por causa directamente derivada de la "Revolución Nacional y de la Guerra" hayan perdido a sus padres o a las personas a cuyo cargo corría su subsistencia y cuidado, y, carezcan, al propio tiempo, de medios propios de fortuna o de parientes obligados a prestarles alimentos…».

«**La guarda y custodia de los huérfanos será cumplida, luego de la madre o parientes, … confiándoles, en iguales circunstancias a personas de reconocida moralidad, adornados de garantías que aseguren la educación de los huérfanos en ambiente familiar irreprochable desde el triple punto de vista religioso, ético y nacional**» (artículo 3 b).

«Artículo 4.- Será observada en todos los casos, la prelación que antecede, no debiendo prescindirse, por tanto, del régimen de guarda por la propia familia del menor, **en tanto no existan fundadas razones para estimarle nocivo a éste en sus intereses de orden formativo y moral,** ni procederá tampoco disponer su internamiento en instituciones de tipo benéfico, cuando existan personas que soliciten hacerse cargo de algún huérfano y garantice el perfecto cumplimiento de dicha misión.»

Es decir, aparentemente, se consumaba así todo un sistema de tutelas o adopciones encubiertas cuya procedencia quedaba en manos de las autoridades del nuevo régimen, lo cual unido a las percepciones y posicionamientos respecto de las mujeres presas republicanas podían dar como resultado inevitable la pérdida del menor.

Se estableció asimismo toda una trama burocrática de organizaciones: Auxilio Social, Entidades benéficas, con delegaciones locales, Delegaciones Locales del Patronato de Nuestra Señora de la Merced, que en el caso de madres reclusas elaboraba una selección sobre los casos más urgentes según las normas de preferencia que el mismo precepto establece, comenzando por los niños sin padre o parientes, miseria material, riesgo de contagio o «**casos urgentes de miseria moral, producida por vida irregular de la madre, conducta inmoral o ideas perniciosas de las familias que aviven en los niños»** (artículo 18 c) del Reglamento de las Delegaciones

Locales del Patronato de Nuestra Señora de la Merced para la Redención de Penas por el trabajo).

Las cifras de niños y niñas, hijos de presas, tutelados por el Estado, según la memoria que el Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced para la Redención de Penas elevó al Caudillo de España **en 1944 ascendía a 12.042, la mayoría de los cuales, en especial los niños (7.538) estaban en centros religiosos, cifra que en la década 1944-1954, pasó a ser de 30.960 niños cuyo ingreso en centros religiosos y seminarios fue gestionado por el Patronato de San Pablo, dependiente del Ministerio de Justicia. La mayoría de esos niños eran huérfanos de guerra con padres muertos, presos, exiliados, clandestinos o desaparecidos, «o al menos eso se desprende de las listas de muchachos elaborados por el patronato de la Merced para ingresarlos en centros públicos o religiosos. Las largas listas oficiales señalan la situación del padre como fusilado o desaparecido, y en los impresos de solicitud de las Juntas Locales a la Junta Central del Patronato de la Merced aparecen muchos nombres de niños y niñas con una indicación sobre el paradero de sus padres verdaderamente inquietante: "Alemania", "Auschwitz", "Mathausen" y, por supuesto, un abanico de todas las cárceles de España».** [14]

El artículo 5 del Decreto de 23 de noviembre de 1940 establecía que el Auxilio Social y las Instituciones de beneficencia o las personas

[14] Ricard Vinyes. Irredentas. Temas de Hoy. Madrid 2002. Pg. 83

individuales, aunque no fueran familia, ostentarían, a todos los efectos jurídicos pertinentes el **carácter de tutor legal, entendiéndose diferido el título por el "simple hecho de poner los menores bajo su cuidado directo"**.

Para conseguir los ingresos, las Juntas Locales debían confeccionar unas listas en las que debían hacer constar una serie de datos personales (artículo 19) quedando los niños bajo la tutela de la Delegación Local del Patronato que los visitaba normalmente para constatar si realizaban «los debidos progresos en su espíritu religioso y en su educación cultural; en una palabra, si se cumplen perfectamente los fines que debe llenar un colegio católico» (artículo 21).

DÉCIMO.- La Ley de 4 de diciembre de 1941 y el Decreto de 1940 mencionados, bajo la aparente cobertura de solucionar un problema de gran trascendida del de los niños cuyos padres estaban en prisión, desaparecidos, muertos, clandestinos o en el exilio, realmente lo que introdujo fue un sistema arbitrario de asignación de identidades, filiación e inscripción de miles de niños que, presuntamente, transformó en un hecho consumado la desaparición de los afectados en relación con sus familias de origen.

En medio de ese entramado burocrático creado con la aparente intención mencionada, se dieron casos de alteración de datos de

nacimiento para impedir que los padres, obtenida la libertad o reintegrados a la vida civil, recuperaran a sus hijos, perjudicando así las adopciones consumadas.

En la Casa Cuna Provincial de Sevilla consta una carta del capellán de la institución, Juan A. Gordio, en la que daba instrucciones a los nuevos padres sobre cómo debían alterar los datos para que no hubiera lugar a reclamaciones: ***" Mis queridos amigos: cuando la superiora hacía unas horas me había entregado esos papeles fue cuando la madre de la niña se presentó en la Diputación a decir que aquí no le daban razón de una niña que en tal fecha ella echó. Al ver esto y prever que les podían hacer pasar a Vds. Un mal rato, decidí no hablar ni tocar el asunto en la Diputación hasta que no estuviera alejada la idea de esta mujer, y cuando Vds. Fueran ni se acordaran que tal mujer había ido a reclamar nada. Y así ha ocurrido, pues ya ni la superiora de aquí ni en la Diputación se acuerdan de nada: yo he ido a explorar el terreno y no me han dicho ni una palabra, sino que todo bien y que podéis prohijarla cuando queráis. Y ahora buscando entre los papeles de mi archivo los encuentro y se los envío para que hagáis lo siguiente. El papel ese grande lo tenéis que rellenar entre Vds., el alcalde y el párroco y debidamente firmado lo traen Vds. cualquier día en la Diputación. Si por casualidad os preguntara Serrano, que cómo habéis tardado tanto en ir, Uds. le decís solamente" que Miguel había estado enfermo y esperabais, como es natural, a que el esposo se pusiera bien". No digan ni una palabra más ni una menos, sino a todo que***

sí […] si queréis que la niña no aparezca con vestigio ninguno de la cuna, luego que arregléis lo del notario vais al Palacio Arzobispal con los documentos de la prohijación de la Diputación y con la prohijación notarial, y allí en la vicaría del Arzobispado le arreglan el asunto de manera que mandan un oficio a la Casa Cuna para que se inutilice la partida del bautismo de la niña, y otro oficio a la parroquia que Vds. quieran para que pongan una Fe de Bautismo como si la niña se hubiese bautizado en aquella Iglesia".

Otro de los sistemas fue el de la apropiación en el momento del parto. «***Lo llevaron a bautizar y no me lo devolvieron. Por ejemplo, esta mañana nació el niño y fueron por él para bautizarlo, pero el niño ya no volvió pa´ mi. Ya no volví a ver más… Yo no sé quién lo llevó. Era duro de buscar. Yo reclamaba el niño, y que estaba tal y que estaba cual, que si estaba malo, que si no estaba…Aquel niño no lo volví a ver. No. ¿Cuántos llevaron más que al mío?. Para eso no hacían falta permisos. Si por ejemplo tu estás pariendo, viene un matrimonio que no tiene hijos y quiere reconocerlo, te lo quitan y lo llevan y nada más***» (Testimonio de Emilia Girón, 12 de marzo de 2001, citada en Irredentas, pg. 85).

Se dieron asimismo muchos casos de embarazadas, en múltiples ocasiones como consecuencia de violaciones después de su detención, condenada a muerte a las que se mantenía con vida hasta el alumbramiento e inmediatamente después eran ejecutados. Los hijos

eran entregados a centros religiosos o del Estado a pesar de que las madres, antes de morir, se habían negado explícitamente a ello.

Destaca por su contundencia el relato que el sacerdote capuchino Gumersindo de Estella, cuyo nombre civil fue Martín Zubeldia Inda (fallecido en 1974), dejó escrito en su memoria, cuyo manuscrito citado por Ricard Vinyes se halla en el Archivo de la Biblioteca Hispano Capuchina, en la que recoge los hechos ocurridos en la cárcel de El Torrero durante el tiempo (primeros años de la posguerra) que ejerció como capellán de la misma, relacionados, entre otros aspectos, con la sustracción de hijos de mujeres presas por religiosas, sin autorización de las madres: Uno de los casos relatados se refería a tres mujeres condenadas a muerte: «Las dos primeras tenían, en la cárcel, en sus brazos, una criatura de un año de edad cada una o poco más. Eran hijas suyas: *"¿y qué van a hacer con las dos criaturas?, pregunté. Me contestó alguien que ya habían sido llamadas dos religiosas a la prisión para que las llevaran, pero la faena de desgarradores: "Hija mía….¡ No me la quiten! ¡Me la quiero llevar al otro mundo!" Otra exclamaba: "¡No quiero dejar a mi hija con estos verdugos! Matadla conmigo, hija de mi alma….qué será de ti." Y otras frases de ese estilo. Entretanto se había entablado una lucha feroz: los guardias que intentaban arrancar a viva fuerza las criaturas del pecho y brazos de sus pobres madres que defendían sus tesoros a brazo partido […] Puede suponer cualquiera cuál era mi estado de ánimo al oír llorar a las criaturas que no querían salir de los brazos de sus madres y que se espantaban al ver a los guardias*

[…] Jamás pensé que hubiera tenido que presenciar escena semejante en país civilizado."

En otra ocasión, **al sugerir al juez que no podía mandar a fusilar una joven embarazada, la respuesta fue contundente:** ***"¡ Si por cada mujer que se hubiese de ajusticiar se había de estar esperando siete meses! Ya comprenderá usted que eso no es posible…".*** »[15]

DECIMOPRIMERO.- Otro de los sistemas que el régimen franquista, desde 1937, al menos, desarrolló para hacerse con los niños que sus familias y autoridades republicanas habían enviado al exterior para preservarlos de la guerra fue el de las **"capturas"** de los mismos en diferentes países.

El 9 de julio de 1937 el delegado exterior de la Falange en el Reino Unido escribía a Pilar Primo de Rivera una carta en la que proponía hacerse con los niños evacuados a aquel país. Días después envió una nueva nota al delegado nacional del Servicio Exterior de Falange (José del Castaño), concretándole un plan: «***Para hacer rabiar un poco a estos rojos, sería una buena idea enviar primeramente a los niños vascos, que al parecer son los únicos que profesan la religión y se portan bien, y dejar para más adelante, para que les den a estos un poco más de guerra, a los asturianos y***

[15] Ricard Vinyes. Irredentas. Temas de Hoy. Madrid 2002. Pg. 89

santanderinos que son UNOS FIERAS y por lo tanto conviene que éstos les den unos cuantos disgustos más, pues la gente se va dando idea de que si así son los chicos, qué es lo que serán los padres. Nosotros aprovechamos todo esto para hacer una gran propaganda. Son medio criminales *[…]. Yo creo, amigo Castaño, que no hay otra ocasión mejor […] para que la F.E. coja simpatías en este país […] pues se ha hecho una propaganda terrible por parte de los rojos. Además podíais hacer vosotros un bonito recibimiento en Bilbao, tanto a la representación inglesa como a la F.E. de Inglaterra y los niños. Proponemos se invite a los representantes de las casas cinematográficas en España para que saquen una película de la llegada de los niños, para que la den en Inglaterra con los noticiarios (hay que hacer esta propaganda que será formidable).»*[16]

Pero sin lugar a dudas fue en 1949 cuando se concretó por escrito cuál había sido el plan sistemático de "recuperación" de niños a los que aplicar la normativa creada que contenía las listas de las instituciones públicas, religiosas, privadas o familiares de personas a las que se adjudicaba el menor y que en muchos casos no era su familia originaria.

El plan se relata en un documento de fecha 26 de noviembre de 1949 redactado por el Servicio Exterior de la Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S. (Secretaría General) y el asunto versaba sobre la labor desarrollada hasta la fecha para la repatriación

[1616] Ricard Vinyes. Irredentas. Temas de Hoy. Madrid 2002. Pg. 90

de menores españoles expatriados…"[17] Tal documento con una redacción de justificación y de enaltecimiento del propio régimen por las operaciones realizadas, deja traslucir una realidad mucho más oscura, relacionada con la recuperación de menores desde el extranjero cuyos destinos una vez en España, y tras el recibimiento con toda la propaganda oficial, se convirtió en un enigma en múltiples casos y en la pérdida para los progenitores o familias naturales consideradas no aptas en el nuevo Estado; extremos que serían los que la investigación debería de acreditar.

La operación comenzó en 1937 y el argumento principal fue que los niños salían de España porque el Kremlin con ello pretendía, bajo razones humanitarias *« obtener valiosos instrumentos para sus planes ulteriores»* que más adelante define como referidos a usar a esos menores para servicios de espionaje en otros países.

« Otros más pequeños que demuestran aptitudes para ello, están siendo cuidadosamente educados para enviarlos a países de habla española como agentes soviéticos de distintas especialidades.»

Las repatriaciones no se hicieron normalmente a petición de los padres ni de las familias sino que fueron operaciones diseñadas y dirigidas por el Servicio Exterior de Falange, lo cual avala la falta de consentimiento o incluso la oposición a las mismas. Es decir la reintegración de niños fue una política del nuevo Estado, a cualquier

[17] *Los niños perdidos del franquismo*. R. Vinyes, Montse Armengol y Ricard Belis. Edi Plaza y Janés. 2002. Pag.202-214

coste, incluida la infracción de las normas internacionales y sobre todo la falta de autorización de los progenitores que eran los que habían autorizado la salida de los menores.

«Su labor ha tropezado con grandes obstáculos debido principalmente a las leyes proteccionistas, de las cuales las francesas son un modelo, que protegen a personas, familias o entidades que han adoptado a un menor, nacional o extranjero, para darle educación.»

En este punto los miembros del Servicio Exterior de Falange acusan a las familias extranjeras de acogida de querer aprovecharse de los menores y de que los exiliados españoles hacían intensa propaganda cerca de los menores para *«quitarles su voluntad de regreso a España» y «para ello para ello, se valen de todo género de calumnias que propagan y hacen creíbles con los poderosos medios de que disponen y de este modo han logrado, en ocasiones, crear un ambiente desfavorable para la repatriación, muy difícil de vencer.»*

En Abril de 1942 el gobierno francés de Vichy clausuró los centros de refugiados y colonias que quedaban con refugiados españoles y a partir de ahí los hombres fueron enviados a Mathausen o Auschwitz y las mujeres y los niños a España; de estos, muchos ingresaron en las instituciones públicas del régimen (Auxilio Social) al estar sus progenitores encarcelados o desaparecidos. Otros corrieron la misma suerte procedentes de otros países.

La Delegación Extraordinaria de Repatriación de Menores que había desarrollado su trabajo hasta finales de 1941, fue sustituida en virtud de una orden del Ministerio de Asuntos Exteriores, por el Servicio Exterior de Falange para asumir el trabajo que, a partir de 1943, comienza a dificultarse ante la negativa de los progenitores, caso de haberlos, a formular la correspondiente petición de retorno, de ahí que tuvieran que acudir a otros métodos para conseguir la repatriación sin respetar las normas del país en el que se hallaban, actuando de forma clandestina y consiguiendo con ello que muchos de los niños, no reclamados o con sus progenitores en prisión o desaparecidos fueran reacomodados y que nunca hayan tenido posibilidad de conocer sus señas de identidad auténticas.

«No obstante estos obstáculos y otros que se pasan por alto por no ser de tipo general sino específicos de cada caso, se siguen obteniendo repatriaciones y rara es la semana en la que algún menor no queda reintegrado a la patria.»

<<Pese a todas estas dificultades, si el menor está dispuesto a regresar a España se recurre, sin miramientos, a los medios extraordinarios con los que, de una forma o de otra, casi siempre se logra al fin obtener el menor.

Por ejemplo en determinado país un funcionario de la Policía nos ha resuelto de manera un tanto expeditiva algunos casos recalcitrantes.

Obtenido el menor es conducido hasta un lugar cerca de España, si procede de Francia; hasta un buque español, si de Bélgica u Holanda; o hasta nuestra zona marroquí, si procede del norte de África, entregándolo a nuestros delegados de frontera quienes comunican a Madrid la llegada del repatriado.

Entonces es cuando se comprueba si ha sido reclamado por su familia o tutor legal, para entregárselo en su propio domicilio, hasta donde le acompañan los funcionarios de la Delegación sin que los familiares tengan que abonar cantidad alguna en ningún momento de este largo y costoso proceso.

En el caso de que no exista ninguna reclamación sobre el menor y este tampoco pueda aportar datos sobre el paradero de su familia y, después de hacer lo posible por encontrarla, incluso por medio de anuncios de prensa y radio, en la provincia o región donde el menor dice haber nacido, se le entrega, al fin, a la Junta de Protección de Menores la cual se encarga de su educación, etc>>.

A pesar de esta última afirmación, una gran mayoría de menores "recuperados" y que según el documento, lo eran sin que mediara reclamación de las familias, no fue reintegrada a las mismas, especialmente si se tiene en cuenta el criterio de la legislación y normas dispuestas sobre la inidoneidad de las familias republicanas para la educación de los menores en el nuevo Estado.

El caso del adolescente repatriado Nestor Rapp Lantaron, entregado al Servicio Exterior de Falange en Berlín en 1942, en unión de otros, merece la pena ser destacado. Del mismo se dice que estaba totalmente sovietizado. Antes de la entrega, *« **a Néstor y a otros chicos que tomaron prisioneros los obligaron a hacer de criados de los soldados alemanes durante varios meses, hasta que en diciembre de 1942 lo entregaron a él y a dos muchachos más a los delegados de falange en Berlín. Allí los reunieron con dieciocho chicos españoles capturados en Finlandia y los repatriaron a España.***

Su retorno fue utilizado por la propaganda franquista. Periódicos y películas de la época se hicieron eco de la noticia pero nadie se molestó en avisar a la familia. Después de seis años de angustia, de no saber nada de sus hijos, la madre de Néstor supo del retorno de su hijo por un diario”.

La entrada en España se produjo el día 1 de febrero de ese año.

“Sus padres lo reclamaron al Secretariado de la Junta de protección de Menores de Santander para que se les entregase, pero dicha petición fue justamente denegada por no ofrecer aquellos ninguna garantía sobre su educación, ya que la madre del mismo, Euduvugis Lantaron se expatrió, según consta en nuestros archivos a Francia con sus hijos Mamés, Olga, Emilio y Oliva”.

Pero su madre nunca se exilió y esa falsa afirmación fue la excusa para considerar que la familia no era apta para educar al hijo.[18]

DECIMOSEGUNDO.- En España, según se desprende de los documentos aportados y de los estudios realizados, podría haberse desarrollado un sistema de desaparición de menores hijos de madres republicanas (muertas, presas, ejecutadas, exiliadas o simplemente desaparecidas) a lo largo de varios años, entre 1937 y 1950, desarrollado bajo la cobertura de una aparente legalidad, al contrario de lo que décadas después ocurriría en Argentina entre los años 1976 y 1983, pero, precisamente por ello, con unos efectos más perdurables en el tiempo y más difíciles de detectar y hacer que cesen. Pero no cabe duda, al menos aparentemente, que los métodos de desaparición "legalizada" se institucionalizaron gracias al sistema de impunidad impuesto por quienes lo diseñaron y al miedo desarrollado en las víctimas, conscientes de la práctica inutilidad de su acción.

Esta situación, a pesar de lo terrible que puede parecer hoy día y de que a gran mayoría de los ciudadanos les puede resultar casi inverosímil, lo cierto es que presuntamente ocurrió y tuvo un claro carácter sistemático, preconcebido y desarrollado con verdadera voluntad criminal para que las familias de aquellos niños a las que no se les consideraba idóneas para tenerlos porque no encajaban en el

[18] Los niños perdidos del franquismo. Ricard Vinyes, Montse Armengou y Ricard Belis. Ed. Plaza y Janes., pg 178 y 179.

nuevo régimen, no pudieran volver a tener contacto con ellos**. De esta forma se propició una desaparición "legalizada" de menores de edad, con pérdida de su identidad, cuyo número indeterminado dura hasta la fecha, correspondiendo al Poder Judicial y a ningún otro, la obligación de investigar el alcance delictivo de unos hechos que, por su carácter permanente y contextualizados como crímenes contra la humanidad, hasta el día de hoy, no están prescritos ni amnistiados y sus víctimas (los hijos y algunos progenitores) podrían estar vivas, y por ende sus efectos seguirían perpetuándose sobre estas, ante la inacción de las instituciones del Estado.**

Estos son los hechos y desde las Instituciones, específicamente **el Ministerio Fiscal y los jueces competentes** se **deben desarrollar todas y cada una de las acciones necesarias para que los mismos se investiguen, se sancione a los culpables y se repare a las víctimas o se ofrezca la posibilidad de que aquellos que están vivos (60 años en adelante) puedan obtener la recuperación de su identidad.**

Olvidar esta realidad por más tiempo y poner trabas a la investigación, sería tanto como contribuir a la perpetuación de los efectos del delito y ello, además de injusto, sería cruel para las víctimas y contrario a los más elementales derechos humanos de toda la sociedad española y de la comunidad internacional.

El Poder Judicial ante este caso se enfrenta a un reto único e insoslayable: setenta años de olvido no deben ni pueden inducir al Juez y Tribunal competentes a incumplir con el mandato constitucional (artículo 117 de la Constitución Española) de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y el artículo 1.7 del Código Civil según el cual "los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos de que conozcan atendiendo al sistema de fuentes establecidas". No hacerlo así podría incluso llegar más allá de una simple falta de responsabilidad moral, y, esa obligación no puede ser sustituida con el recurso a la Ley de Memoria Histórica, que siendo compatible con la investigación penal, no puede ocupar su lugar.

La jurisdicción penal debe pronunciarse y tiene la obligación legal de establecer "la verdad judicial" a la que las víctimas directas y la sociedad en su conjunto, como víctima también, tienen derecho.

DECIMOTERCERO.- **Del delito de detención ilegal como delito permanente; su incidencia en la prescripción y en la amnistía.-**

La propia configuración del tipo (desaparición forzada de personas-detención sin dar razón del lugar o paradero de las víctimas desde el comienzo y durante toda la fase de permanencia) evidencia una voluntad constante de ocultamiento.

Es decir la consumación se inicia con la lesión del bien jurídico y continúa ininterrumpidamente hasta que cesa la afección del mismo, bien por la voluntad del autor, (lo que aquí no sucede ya que todavía se desconoce el paradero) bien por otras causas, entre las que no puede incluirse el fallecimiento del presunto responsable penal, ya que esta causa obviamente no hace cesar el delito sino la responsabilidad del sujeto por extinción subjetiva, pudiendo existir otros responsables que a lo largo del desarrollo de la acción antijurídica se hayan sumado al mismo, con lo que aun existiría esa posible responsabilidad. Por ello, de una parte, debe establecerse, en forma inexcusable, el tipo cometido y, en su caso, declarar la extinción de responsabilidad penal por muerte de aquellos que se encuentren en esa situación y, de otra, declarar la vigencia del estado de consumación del ilícito hasta que se producen el hallazgo de la víctima, la acción de investigación o la acción institucional para hacer cesar el estado típico y antijurídico generado por la acción culpable de aquellos.

Esto tiene su importancia a efectos de la prescripción y de la aplicación de la ley de amnistía que una de las partes en el proceso ha propuesto como argumento para reclamar la incompetencia del Juzgado.

a) En cuanto a la prescripción:

El Ministerio Fiscal, **en esta causa**, en su escrito de 21 de octubre, hace una interpretación del delito permanente alejada de las tendencias mayoritarias de la doctrina y dice 1º) que «*lo trascendente a estos efectos no es un hecho material – que aparezca o no un cuerpo – sino un hecho jurídico, que todo el tiempo se haya prolongado una situación de detención ilegal*» y 2º) imputa al instructor el acoger una ficción consistente en entender que durante casi 70 años (1939-2008) o en el mejor de los casos sesenta (entre 1951 y 2008) ha existido una detención ilegal; y 3º) añade que para la existencia del tipo, <<*dado el bien jurídico que se protege… [se exige] que la persona esté viva y privada de libertad durante todo ese tiempo lo que no es posible en este caso por ser pública y notoria su muerte*>>; y que «*tampoco puede entenderse como una consecuencia del carácter permanente del delito de detención ilegal que, en los casos del art.166 C.P., el dies a quo empiece a contar desde que haya aparecido un cadáver que corresponda con el inicialmente detenido o por el contrario, que si tal resto no aparece, el delito no prescriba nunca*».

En su interpretación, establece el *dies a quo* en el momento en que cesó la situación *ilícita,* <<*esto es, la ilicitud típica*» *porque «una interpretación constitucional del precepto que aleje la infracción del tipo penal de sospecha no se limita al precepto de la parte especial sino que alcanza a la interpretación de las normas e instituciones de la parte general que se encuentran en relación con la tipificación concreta. No puede ponerse el acento en la sospecha de muerte y fijar el comienzo del cómputo de prescripción a quo en el momento en que*

aparezca un cuerpo porque ello supone tanto como volver a una interpretación del precepto penal como un delito de sospecha, posibilidad vedada constitucionalmente.>>

El art. 132 del Código Penal establece como *dies a quo,* en el caso de los delitos permanentes "desde que se eliminó la situación ilícita".

<<Lo que caracteriza al delito permanente es que la lesión al bien jurídico ha de ser continuada y sin interrupciones>>, pero los verbos típicos no impiden que el sujeto realice otras actividades simultáneamente, sin que ello suponga la existencia de tantos delitos como actos positivos se ponen para prolongar la situación ilícita. «**Lo que ha de ser ininterrumpida es la afección del bien jurídico, producida por una única conducta, la que es adecuada a la descripción típica que hace nacer el delito, y que la prolonga más allá de la consumación inicial hasta la terminación, se integre por uno o por varios actos.**» [19]

Debe decirse, en términos de estricto análisis jurídico, que la postura del Ministerio Fiscal en este último punto es cuanto menos contradictoria con lo inmediatamente expuesto por el mismo en el escrito de recurso de apelación directo de 21 de octubre que no fue admitido a trámite (páginas 27, 28 y 29).

[19] *"Aproximación al estudio del delito permanente"*. Paz Lloria García. Ed. Comares. Granada 2006. Pg.119-120.

Primero habla de que es pública y notoria la muerte de la víctima y después de sospecha de muerte. Si existe certeza de la muerte no puede haber sospecha alguna de la misma.

La cuestión es que el Ministerio público, **en esta causa**, no acierta a identificar la verdadera naturaleza compleja de los delitos permanentes en los cuales, como se ha dicho, la consumación se inicia con la lesión del bien jurídico protegido y continúa ininterrumpidamente hasta que cesa, bien por la voluntad del autor bien por otras causas. Esta continuidad en la consumación deviene de la **persistente realización del tipo y mientras que el injusto «revive» la consumación es actual**[20].

Según los autores que mantienen esta tesis mayoritaria <<**dicho mantenimiento del periodo consumativo es necesario para calificar un delito como permanente, pues es el propio tipo el que exige la duración mínima de la afección del bien para hablar de perfeccionamiento de la conducta**. >> [21] Se trata pues, en palabras de Rodríguez Mourullo, de que la conducta hace revivir el delito en cada instante y por eso se habla de un periodo consumativo constante.

Pero si, por el contrario, se acepta la tesis del delito permanente como delito de consumación instantánea, ello no afecta para nada al

[20] "*Aproximación al estado del delito permanente*". Paz Lloria. Ed.. Comares. Granada 2006 que cita alineados en esta doctrina a Mir Puig, Rodríguez Mourullo, Córdoba Roda, Leone, Sanz Moran, Alibrandi, Ayala García, Casabó Ruiz, Del Toro Marzal; Dall'Ora; González Tapia; López Peregrín; Maggiore; Manzini; Moro y Ragno.
[21] "*Aproximación al estado del delito permanente*". Paz Lloria. Ed.. Comases. Granada 2006. Pg. 104

inicio del cómputo de la prescripción, que en **todo caso habrá de reconducirse a la cesación de los efectos o terminación del delito (“se eliminó la situación ilícita”)** por la acción del propio responsable o por acción judicial o por otras causas externas, entre las cuales, no está la muerte del responsable que afecta, por obvias razones, a su propia responsabilidad, pero no al delito en sí mismo ni a su periodo de prescripción que, mientras exista posibilidad real de responsabilidad por parte de otros autores que se hayan incorporado al tracto consumativo constante o al modo de ejecución típica hasta la terminación del delito, no permite iniciar dicho cómputo de prescripción para ellos.

El Tribunal Supremo español, con algunas discrepancias en cuanto a si el delito de detención ilegal se consuma instantáneamente o se consuma permanentemente, **conviene en la permanencia de los efectos y por ende en que hasta que el momento de la cesación no se produce, resulta inviable iniciar el cómputo de prescripción.**

<<El delito de detención ilegal es un delito permanente en el que la realización inicial del resultado, la privación de libertad, inicia el período consumativo del delito que se mantiene en tanto en cuanto el sujeto permanece detenido ilegalmente, es decir, la consumación se inicia justo en el momento en el que el autor realiza el resultado y permanece consumándose, en ese período inicialmente abierto con la concreción del resultado y que perdura en tanto que el sujeto pasivo permanece en situación de privación de libertad>> (STS 2-11-1999)

<< El delito de detención ilegal constituye una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar(…) Se trata asimismo de un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial..>> (STS 28-10-2003)

No se trata de que el instructor parta de una sospecha de muerte o de que incorpore elementos extra típicos, como gratuitamente afirma el Sr. Fiscal, sino de entender adecuadamente la figura del delito permanente aplicado a la detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, en el contexto de crímenes contra la humanidad (desaparición forzada de personas) con un dolo específico no sólo de detener sino de hacer desaparecer a la víctima, desarrollados, en forma sistemática, a partir del 17-7-1936, y que, como se observa, **tanto por los miles de desaparecidos fallecidos, como por los que aun puedan estar vivos ("niños del franquismo"), no permite plantearse seriamente, como hace el Ministerio Fiscal, la prescripción de los hechos típicos que continúan vigentes en este mismo momento, máxime si se tiene en cuenta que se está en la fase inicial de la investigación que, en buena medida, debe ir dirigida, precisamente, a demostrar esa actualidad y permanencia.**

La doctrina respecto de la aplicación del artículo 483 del código penal (hoy, artículo 166) dice que "**no supone una condena por un**

(inconstitucional) delito de sospecha de asesinato, sino una probada gravísima modalidad de detención ilegal" (E. Gimbernat Ordeig, El delito de detención ilegal con desaparición forzada. 1990). Y que **la cuestión está en poner el centro de valoración de la conducta no en la presunción del asesinato sino en la gravedad de la desaparición en la que está en juego no sólo la vida sino la libertad, la integridad física y psíquica, la identidad personal y la personalidad jurídica del ser humano, lo que justifica y reclama una respuesta firme y una grave sanción por el ordenamiento jurídico. "(…) se puede llegar a apreciar en los delitos de desaparición forzada de personas una trayectoria finalista y un dolo especifico que va más allá de la privación inicial de libertad al sujeto pasivo y busca producir la incertidumbre sobre la suerte corrida por el detenido, provocando su más absoluta inseguridad. Hay, por tanto, un plus de antijuridicidad que justifica la mayor entidad de la sanción punitiva"** (J.A. Pallín: Desaparición forzada de personas: de la sospecha al reproche penal. Actualidad Penal 19. 1989)[22].

Por tanto, ni la puesta en libertad consta en su fecha (obviamente en la práctica totalidad de los casos no se produjo porque se procuró ocultar todo rastro de la víctima y la posibilidad de dar con ella, manteniendo esa situación constantemente no sólo para ocultar la responsabilidad, sino integrándola en la acción típica) ni la constatación notoria del fallecimiento aconteció, y, si lo presume la

[22] *La construcción del delito de detención ilegal con desaparición forzada*…Ignacio Muñagorri Laguía. Revista del Poder Judicial. Nº 27, 1992.

acusación pública, como lo hace, es en contra de las víctimas al fijarlo arbitrariamente en un periodo indeterminado que no identifica, y, por ende, ninguna de los dos pueden ser argumentos válidos atendibles para conseguir el fin que pretende, la prescripción de los delitos denunciados.

Nótese que, si bien para los presuntos responsables se ha tenido que "formalizar" su defunción para poder declarar extinguida su responsabilidad; sin embargo para las víctimas fallecidas, ni eso se puede hacer al no existir ni fecha, ni lugar de inhumación. Optar, como hace la acusación pública, por la desprotección de las mismas para con ello conseguir que se aplique el instituto de la prescripción en perjuicio de aquellas no es aceptable y va en contra de sus propios actos en esta misma Audiencia Nacional, en los casos Pertur, Scilingo, Cavallo y criminales nazis, y contra la postura del Ministerio Público ante el Tribunal Constitucional en un caso de desaparición, precisamente de la guerra civil española , idéntico a los aquí investigados, tal como se demostrará en otro apartado (Razonamiento Jurídico Décimo Quinto).

No es válido el argumento de que el art. 166 del C.P. vigente no tiene una figura exactamente igual en el Código Penal de 1932, porque esta "omisión" queda suplida al existir el delito de detención ilegal, y producida la acción típica, en el marco de una acción sistemática de ejecuciones, torturas, desapariciones forzadas de personas, retención en campos de concentración y prisiones por procedimientos

sumarísimos, o desaparición de las señas de identidad de miles de niños para desvincularlos de una ideología (la de sus progenitores) que se consideraba maligna y nociva, para los menores de edad en el marco del nuevo estado, hasta el día de hoy, no puede mantenerse con seriedad ese argumento.

Máxime, si se tiene en cuenta que todo ello acontecía:

1) En un país (España) al que las propias Naciones Unidas (1946) consideraron que había formado parte, en mayor o menor medida, de las potencias del eje (Alemania e Italia) que habían apoyado logística y económicamente al Alzamiento Nacional (Resolución 39 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 12 de diciembre);

2) en el marco de los crímenes masivos de la Alemania nazi, a la que el régimen franquista prestó apoyo militar (División Azul), que Nuremberg puso de manifiesto y que, al establecer el Tribunal, extendió su fuerza "retroactiva" hasta enero de 1933;

3) En un contexto continental en el que el mariscal Keitel, con el Decreto Nach und Nebel Erlass (Noche y Niebla) de 7 de diciembre de1941, dio entrada a nivel internacional a la desaparición forzada de personas como mecanismo global de eliminación de personas;

4) Al amparo de la ley de 4 de diciembre de 1941 sobre Registro Civil, y normas complementarias, que podrían haber propiciado la desaparición "legal" de miles de personas que perdieron sus vínculos familiares hasta el día de hoy, en muchos de los casos.

Por otra parte, llama la atención la cita que hace el Sr. Fiscal del artículo 193 del Código Civil, como argumento a favor de su tesis respecto del inicio del plazo de prescripción. Al respecto, debe decirse que no le asiste la razón por cuanto **en el caso de los desaparecidos, ni siquiera se ha inscrito su declaración de fallecimiento en registro alguno,** siendo uno de los objetivos de esta causa, en la sede competencial que corresponda, dicha inscripción. **No puede, nuevamente presumirse en contra de los derechos de las víctimas como lo hace el Ministerio público, sin que, simultáneamente despliegue toda la acción que por ley le corresponde de forma obligatoria para conseguir que este estado irregular (y desde el punto de vista del instructor, delictivo) de cosas cese y las víctimas se vean reintegradas en sus derechos, en la medida que les corresponda en justicia**.

Por último, la fecha del 29 de diciembre de 1978 que este juzgado cita en su resolución de 16 de octubre (Razonamiento Jurídico Noveno, pag. 36) debe tenerse en cuenta para destacar la posibilidad de que, a partir de esa fecha, las acciones podían haberse iniciado por el Ministerio Fiscal y la Justicia, sin que sea este instructor quien debe valorar esa omisión. No haberlo hecho, no debe ser utilizado en

perjuicio de las víctimas y para imposibilitar el derecho a que la Justicia les de una respuesta, máxime cuando los delitos se siguen cometiendo en el momento actual.

b. En cuanto a la amnistía.-

El Tribunal Supremo, Sala Segunda, aborda la cuestión del delito permanente y la aplicabilidad de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, en la sentencia de 20 de enero de 1986.

En esta sentencia, el TS trata el caso de un delito de colaboración con banda armada que se inició antes de la existencia de la ley (agosto de 1977) y que se desarrolló hasta el 3 de octubre de 1981, después de la entrada en vigor de la misma. El Tribunal, consideró este delito como permanente en cuanto que «*desde el momento del concierto de los procesados con la organización E.T.A. y recepción del dinero entregado por la misma para su aplicación sucesiva a tenor de las instrucciones que le formulasen, puede decirse consumada la acción delictiva, si bien la violación jurídica suscitada por aquélla propició ininterrumpidamente…persistiendo durante tal tramo temporal el resultado delictivo o situación antijurídica…Estado jurídico con eficacia a lo largo de un espacio de tiempo en que su cese estaba a merced de los autores, estructura iterativa cuya terminación distinguible del momento consumativo, puede decirse producida al tiempo de cancelación de la muerte y recogida del dinero sobrante y subsiguiente devolución, valorándose la creación del aludido estado y*

los actos destinados a su mantenimiento como una acción unitaria…su comisión permanece en sus efectos todo el tiempo que discurre hasta la terminación del hecho, lo que supone, un dies ad quem, fijado en el 3 de octubre de 1981, siendo este último decisivo en orden a la aplicación de leyes que hayan podido sucederse en el tiempo, o en relación … con la posible aplicación de un sacrificio de gracia, cual es el representado por la ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977. »

La argumentación y propuestas son inacogibles «*ya que la prescripción legal, excepcional en relación con los principios informadores del orden penal ha de entenderse, en buena lógica y atemperándola a los fines perseguidos por las disposiciones de gracia, sobre la base de que tras la promulgación de la ley, no se prolongue el estado antijurídico creado con preexistencia, ni se añadan nuevos actos que vengan a sumarse a los anteriores. De no ser así, la Ley vendría a suponer en supuestos de delitos continuados o permanentes,* ***una patente de impunidad*** *para adicionar nuevos hechos o prorrogar situaciones de ilegalidad tras su propia vigencia, contrariándose así el propósito de tan importante disposición …de culminar el proceso de medidas de gracia y olvido encaminadas a promover la pacificación de los espíritus, la reconciliación y concordia nacional, siendo obvio que el ejercicio del derecho de gracia por parte del legislador mira hacia atrás, para borrar los efectos de actuaciones pretéritas y no hacia adelante, en anticipado perdón de una "iter" criminal subsecuente.*»

El texto de esta sentencia es meridianamente claro, y, al margen de las valoraciones que hace sobre el olvido y la reconciliación, describe perfectamente lo que es la naturaleza del delito permanente y siendo así que esta es la categoría que se defiende por este Juzgado, **hasta el día de la fecha, las conductas ni están prescritas ni caen bajo el ámbito de aplicación de la ley de amnistía, tal como se defendió en el auto de 16 de octubre de 2008.**

En similar sentido, la STS de 8 de julio de 1988 afirma en relación a la supuesta vulneración del Decreto de Indulto de 14 de marzo de 1977, que aunque los hechos se iniciaron en fecha anterior al mismo, al continuar desplegando sus efectos hasta fechas muy posteriores, existe un delito permanente y ello determina, de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial (por ejemplo, STS 02/11/1982, 04/06/1984 y 12/11/1984), su inaplicabilidad, pues hasta que cesan los efectos, el delito existe.

Es decir, **en el caso que nos ocupa, en tanto no se viabilice la identificación o ubicación de las víctimas, el delito continua cometiéndose en sus efectos. Es decir, no ha terminado el *iter criminis*.**

En otras sentencias, como la de 30 de enero de 1992, el TS afirma respecto del delito permanente que la norma penal aplicable es la que se halla en vigor en el momento **en el que cese la**

antijuridicidad, en cuanto que en esta clase de delitos el resultado se alcanza con la ofensa al bien jurídico pero el estado consumativo se prolonga en el tiempo mientras dure la situación de ofensa al bien jurídico protegido.

Es decir, que las normas que deben aplicarse a las conductas investigadas, en tanto que delitos permanentes, serían las del vigente Código Penal y ningún problema se plantea de aplicación retroactiva de la ley.

DECIMOCUARTO.- El artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de julio de 1977, anterior a la ley de Amnistía y por tanto cualquier norma posterior debe someterse a su rango preferente en el cumplimiento del principio básico del Derecho Penal Internacional de "***nullum crimen sine lege***", pero tal como se establece en el art. 15. 2 "**Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional**".

El auto de 16 de octubre de 2008 aplica este precepto, como también lo hace con el que se recoge en el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por

España el 4 de octubre de 1979, de idéntico contenido y posterior a la ley de Amnistía.

Estos artículos 15.2 y 7.2 de las normas internacionales precitadas, son normas "*self-executing*" dado que el Código Penal de 1932 sancionaba la mayor parte de los delitos individualizados cuya comisión sistemática y generalizada los contextualiza en el marco de los crímenes contra la humanidad, y, amparan la investigación que se lleva a cabo en esta causa en desarrollo de lo dispuesto en la STS 1/10/2007 (caso Scilingo), correctamente interpretada y no como sesgadamente hace el Ministerio Fiscal.

Nadie puede afirmar, con rigor y seriedad, que la ley de Amnistía haya derogado el artículo 15.2 del Pacto de DDCCyPP de 1966, porque:

a) La citada ley no lo dice, ni podría derogar un Tratado Internacional a la vista de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución Española, «**Los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.**» Es decir, debe aplicarse lo preceptuado en el

convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 27 de junio de 1980, vigente en España desde enero de 1981.

b) En éste, el artículo 28 habla de la irretroactividad de los Tratados, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo, y, esto es precisamente lo que sucede con el artículo 15.2 del Pacto Internacional.

c) La Ley de Amnistía de 1977 circunscribe su objeto a los delitos de "*intencionalidad política*" y obviamente los crímenes a que se refiere el artículo 15.2 del Pacto no admite la "excepción política".

d) Si se analiza mínimamente la ley de amnistía, puede comprobarse que la aplicación in genere que de la misma el Ministerio fiscal solicitó el 29 de enero de 2008 al afirmar la falta de competencia por esta causa y que ahora vuelve a plantear en su escrito de 20 de octubre del mismo año, no se sostiene jurídicamente. En efecto, **si el Ministerio Publico, considera, como parece ser que lo hace, que los graves crímenes que se describen son "actos de intencionalidad política", debería de haber razonado exhaustivamente cuales son los actos que configuran esa intención política y tal demostración no se hace pidiendo la nulidad o la incompetencia, sino acreditando, caso a caso, en el proceso penal, cuales son las circunstancias de cada uno de los**

posibles beneficiados, cuales son los hechos, así como la participación en los mismos del afectado, para que, de esa forma, sean conocidos y valorados por la autoridad judicial, porque es a los jueces y Tribunales a quienes corresponde en exclusiva decidir sobre esta cuestión (art. 9). Nada de esto ha hecho el Sr. Fiscal.

Por lo demás, es conocida y reiterada la jurisprudencia internacional, cuando nos enfrentamos a crímenes contra la humanidad, y no olvidemos que en ese contexto es en el que se mueven los aquí denunciados e investigados. En efecto, es aceptado en forma pacífica y conteste que **resulta imposible la aplicación de este tipo de medidas de gracia si no se han investigado los hechos en un proceso judicial bajo las premisas de la independencia e imparcialidad, en el que también se hayan debatido y establecido la verdad de los mismos y las responsabilidades de los culpables** (Caso Furundzija, Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugosavia de fecha 19 de diciembre de 1998 y el Caso Moinina Fofana en la Corte Especial de Sierra Leona, Sala de Apelaciones, sentencia de 25 de abril de 2005)

No debe dejar de resaltarse, simplemente para contextualizar esta resolución, la reciente e importante **decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidad, de 27 de octubre de 2008**, que en su

94 período de sesiones, y tras examinar el quinto informe periódico de España, en su apartado C9 dice:

«El Comité, aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, está preocupada por el mantenimiento en vigor de la Ley de Amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala, a la atención del Estado parte, sus observaciones generales nº 20, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto y nº 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto (de Derechos Civiles y Políticos). El Comité, aunque toma nota con satisfacción de las garantías dadas por el Estado parte, en el sentido de que la Ley de Memoria Histórica prevé que se esclarezca la suerte que corrieron los desaparecidos, observa con preocupación las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas.

El Estado parte debe:

a) Considerar la derogación de la ley de Amnistía de 1977.

b) Tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de crímenes de lesa

humanidad por los tribunales Nacionales (obviamente, y a la vista del artículo 131.4 del Código Penal español vigente, el Comité se está refiriendo a los crímenes que puedan tener ese carácter antes de la Ley 15/2003 de 25 de noviembre, artículo 607 bis del C. Penal, o que ocurrieron en un contexto de crímenes contra la humanidad y, en particular, los que aquí se investigan, por cuanto los que ahora acontecieron ya tienen tal carácter de imprescriptibles).

c) Prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidos durante la guerra civil y la dictadura (compatible con la investigación judicial según todas las resoluciones de Cortes y Comisiones Internacionales de Derechos Humanos. Por ejemplo, y por todos, el caso de los jesuitas de El Salvador, resuelto el 22 de diciembre de 1999 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

d) Permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, identificarles.»

Es decir, **el máximo organismo de ONU para la interpretación y aplicación del Pacto de 1966, citado, dice claramente cuál debería ser la pauta a seguir, que desde luego no coincide con la interpretación que hace el Ministerio Fiscal en esta causa,** y, que como se ha visto, sólo se refiere a ésta por cuanto en

otros casos viene aplicando la tesis exactamente contraria, como el de las Diligencias Previas 211/ 2008 del JCI nº 2, ya citado en el razonamiento jurídico Tercero de esta resolución.

1.- Si nos detenemos en este caso, se comprobará como en el mismo, el Sr. Fiscal, presume (según su interpretación de la detención ilegal y del delito permanente, en esta causa) la supervivencia de las víctimas después de más de 64 años desde que sucedieron los hechos y que todavía siguen en poder de sus captores o bien que fueron asesinados en los campos de concentración, se entiende por razones ideológicas entre 1942 y 1945, en tanto que en el caso español los da por muertos. Uno y otro caso son exactamente iguales y suceden, en parte, en el mismo período temporal marcado por Nüremberg (Enero de 1933, como *dies a quo*). Sí, este instructor está absolutamente de acuerdo con esta interpretación que es la correcta y acorde con la postura previamente mantenida por el Ministerio Público y sobre todo con los principios y normas que rigen la materia, según se ha demostrado en esta resolución.

De aplicarse la misma tesis para el caso del Juzgado Central 2 que la sostenida por el Sr. Fiscal en esta causa, habría que preguntarse **¿Pero y los posibles responsables?, o estarán entre los 90 y 100 años o muertos. ¿Por qué los posibles represores españoles vivos deben ser de mejor condición que los nazis, cuando los hechos son similares, el tiempo es similar, y las víctimas también**

corresponden al mismo segmento de población, nacionalidad e ideología? Realmente incomprensible.

b) En el caso del **secuestro y desaparición de EDUARDO MORENO BERGARECHE, (a) PERTUR, producidos el 23 de julio de 1976** que se investiga en las Diligencias Previas 120/2008, sucede algo parecido, si comparamos las tesis del Ministerio Fiscal en uno y otro supuestos.

El Fiscal de la Audiencia Nacional, integrado en la misma fiscalía y bajo la misma jerarquía, de quien en este Juzgado y en este procedimiento actúa cuestionando la competencia para conocer de cualquier hecho anterior a la ley de amnistía de 1977, no observa obstáculo alguno en apostar, el 19 de junio de 2008, por **la tesis exactamente contraria,** en favor de la querella que tiene por objeto la investigación de la desaparición y detención ilegal de Eduardo Moreno Bergareche, (a) Pertur a pesar de que el hecho ocurrió el 23 de julio de 1976..

Dice el fiscal que <<…En cuanto a los hechos investigados podrían ser constitutivos, sin perjuicio de la calificación jurídica que en su día corresponda en su caso efectuar, de un delito d terrorismo, pudiendo ser competencia de la jurisdicción española, …se considera procedente la admisión a tramite de la querella interpuesta…>>, a la vez que propone especificas diligencias.

Sin embargo **en esta causa, el Ministerio Fiscal, no sólo ha cuestionado la competencia, sino que ha solicitado y obtenido la suspensión de la práctica de diligencias, que, previamente no había recurrido y que, incluso eran anteriores al recurso y por ende ejecutivas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 311 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, y que constituyen el eje fundamental para la comprobación del delito, demostrar quienes sean los posibles de los culpables y someterlos a la acción de la justicia y conferir la mínima protección de las víctimas.**

DECIMOQUINTO.- Pero de todos estos casos, el más clamoroso, es el que se ha planteado en un caso absolutamente idéntico a los que aquí se investigan en los juzgados de Córdoba y actualmente en el Tribunal Constitucional en donde se halla pendiente de admisión y en el que el Fiscal del Tribunal Constitucional sostiene en el recurso las tesis exactamente contraria a la del Fiscal de la Audiencia Nacional, en un ejemplo de inseguridad jurídica para las víctimas, clamoroso, de parte de quien se constituye en garante de la legalidad. Y, desde luego, no puede asumirse que estos casos son desconocidos para el concreto fiscal que presenta su recurso en esta causa, porque las características del Ministerio Fiscal exigen que ese conocimiento, en aras del criterio de unidad y coordinación, se produzca. La trascendencia de los casos así lo impone.

El caso se está planteado en el recurso de amparo con número de registro 9367/2005 promovido por Dª Rocío Borrego Cobacho a

quien le rechazó la admisión del recurso por denegación de la apertura de una fosa de la guerra civil en Córdoba. El Sr. Fiscal recurrió en súplica con fecha 10 de junio de 2008. Bastaría con los argumentos del Ministerio Fiscal, en este caso, en el que sin fisuras ni contradicciones formula con contundencia y claridad la postura favorable a la admisión del recurso. Situación que de producirse, podría resolver las dudas y contradicciones que se están planteando en esta instancia por la posición contradictoria del Ministerio Fiscal.

Dada la importancia y trascendencia del **recurso de Súplica interpuesto por el Sr. Fiscal**, la mejor opción es la de transcribirlo íntegramente:

"*A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

EL FISCAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en el recurso de amparo con número de registro 9367/2005 promovido por Dª Rocío Borrego Cobacho, interpone RECURSO DE SÚPLICA contra la providencia de inadmisión por unanimidad de fecha 14 de abril de 2008, con arreglo a lo previsto en el art. 50.2 LOTC, sobre la base de los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO. Antecedentes procesales relevantes. Un análisis del contenido de la demanda de amparo y de la documentación que la acompaña permite destacar los siguientes antecedentes relevantes:

1º. En fecha 20 de octubre de 2004 la demandante de amparo Dª Rocío Borrego Cobacho comparece ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lucena denunciando los siguientes hechos: "que comparece al objeto de poner en conocimiento del Juzgado la desaparición de su madre RICARDA ANA COBACHO CAÑETE, quien desapareció a primeros de noviembre del año 1936, siendo la misma detenida por la Guardia Civil de Jauja donde estuvo tres días en el cuartel, y desde esa fecha no sabe absolutamente nada. Que le han comentado que fue ejecutada en el Arroyo la Coja de Jauja".

El mismo día 20 de octubre el Juez instructor acuerda la incoación de Diligencias Previas nº 1355/2004 y decreta el archivo de las actuaciones por estimar que los hechos no eran constitutivos de infracción criminal, conforme a lo dispuesto en el art. 779.1, regla primera, de la LECrim.

2º. Contra dicha resolución la representación procesal de la demandante de amparo interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación solicitando que se investigaran los hechos denunciados. Mediante auto de fecha 15 de diciembre de 2004 resolutorio del recurso de reforma se acordó declarar la prescripción de las actuaciones y decretar el sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias. En dicha resolución se afirma que:

"En el presente procedimiento se denuncia la posible comisión de un delito de asesinato, a primeros de noviembre de 1936, cuando desapareció la señora Cobacho en el cuartel de la Guardia Civil de Jauja. Del relato de la propia perjudicada realizado en su denuncia, no se desprende ningún indicio de criminalidad contra ninguna persona concreta que por acción dolosa hubiese cometido un delito contra las personas tipificado en el artículo 138 del Código Penal. Además en el presente caso se denuncian unos hechos acaecidos hace 68 años, los cuales nunca habían sido denunciados por el perjudicado".

En el FJ 2 de la referida resolución se añade que:

"El artículo 130.5º y 131.1 del Código Penal establecen que es causa de extinción de la responsabilidad criminal, la prescripción del delito o falta. La denuncia que dio lugar a las presentes diligencias se presentó el día 20 de octubre de 2004, por unos hechos sucedidos a principios de noviembre del año 1936. Establece el artículo 131.1 que los delitos prescriben a los 20 años. En su artículo 132.1 consta que los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. Teniendo en cuenta que han pasado más de 68 años desde que se presentó la correspondiente denuncia (sic), cabe decretar el archivo de las diligencias penales nº 1355/04. No

ha habido ninguna causa que haya interrumpido la citada prescripción, puesto que el procedimiento extintivo no se ha paralizado en ningún momento".

Y concluye señalando que:

"Atendiendo a la naturaleza de los hechos denunciados, su (sic) posible que lo que se intente denunciar es un delito de genocidio, el cual nunca prescribe, pero en ese caso este Juzgado no es competente para instruir los hechos, al ser competencia exclusiva y excluyente de la Audiencia Nacional".

3º. Admitido el recurso de apelación interpuesto con carácter subsidiario la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera dictó auto de fecha 21 de febrero de 2005 desestimando el recurso y confirmando la resolución recurrida. En esta última resolución se afirma que:

"Evidentemente si se denuncia un posible delito de asesinato, como se especifica en el escrito de formalización del recurso es claro que el mismo ha prescrito, de acuerdo con lo que establece los arts. 130 y 131 del Código Penal. Pero es que, frente a las alegaciones que se contienen en el citado escrito, esta Sala considera que a estas alturas del Siglo XXI efectivamente, tal y como pide el recurrente, debe

ser de plena aplicación la Constitución Española, llamada unánimemente en su XXV aniversario como "de la reconciliación", y ello supone como igualmente se encarga de señalar el recurrente, citando la declaración de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados de 20 de noviembre de 2002, que debe evitarse en todo caso que cualquier iniciativa como la que hoy deduce la recurrente sirva para "reavivar viejas heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil". Y ello es necesario dejarlo sentado cuando nos encontramos ante un ámbito, el penal, que precisamente por cuanto en el mismo prima el principio de legalidad (art. 9.3 de la Constitución Española) no debe ser instrumento de satisfacción de lo que pueden ser legítimas pretensiones, pero en todo caso ajenas a tal ordenamiento punitivo, siendo otras administraciones, sobre todo en el ámbito local, como se encarga de apuntar la declaración antes aludida, las encargadas, en su caso de satisfacerlas".

4º. La representación procesal de la demandante de amparo promovió incidente de nulidad de actuaciones invocando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE). Mediante providencia de 17 de noviembre de 2005 se acordó inadmitir a trámite la cuestión planteada, razonando que "habida cuenta que la resolución que se

impugna fue notificada a la parte que ahora recurre, el día 25 de febrero de 2005, y por tanto han transcurrido más de 20 días".

SEGUNDO. Contenido de la demanda de amparo. La demandante de amparo impugna en esta sede la providencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 17 de noviembre de 2005 alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por haber inadmitido la tramitación del incidente de nulidad de actuaciones. No obstante, un examen atento del contenido de dicha demanda permite identificar que esta voluntad impugnadora se extiende, también, al auto de fecha 21 de febrero de 2005 dictado por el mismo órgano judicial por el que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 15 de noviembre de 2004 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lucena que, a su vez, había desestimado el recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 20 de octubre de 2004 acordando el archivo de las Diligencias Previas. La representación procesal de la demandante de amparo fundamenta la alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el hecho de que el pronunciamiento jurídicamente correcto no era el sobreseimiento provisional de la actuaciones sino el sobreseimiento libre de las mismas, lo que le hubiera posibilitado el acceso al recurso de casación, de ahí la invocación expresa que hace a la vulneración del derecho de acceso a los recursos. No obstante, aunque con una deficiente técnica, se invoca, también, en la demanda la vulneración del derecho a una adecuada defensa de la pretensión, consistente en

el esclarecimiento de los hechos denunciados, destacando la recurrente que en el escrito de interposición del recurso de reforma y subsidiario de apelación se ofrecían datos para iniciar la investigación de los hechos, denuncia reconducible a la alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como lo confirma el propio suplico de la demanda en donde se solicita no solo la nulidad de la referida providencia de 17 de noviembre de 2005, sino, también, del auto de 21 de febrero de 2005 dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba y del auto de 20 de octubre de 2004 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lucena por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

TERCERO. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional mediante providencia de fecha 14 de abril de 2008 acuerda por unanimidad inadmitir el recurso de amparo, con arreglo a lo previsto en el art. 50.1.c) LOTC, por estimar que carece manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Aunque la demanda de amparo pudiera presentar algunas deficiencias, lo cierto es, que desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), invocado expresamente por la recurrente, no puede afirmarse que la misma carezca manifiestamente de contenido constitucional a efectos de su inadmisión [art. 50.1.c) LOTC], por las razones que exponemos a

continuación. Es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de que la selección, interpretación y aplicación de las normas corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios. Sin embargo, ello no excluye el control del contenido constitucional de la decisión judicial por la vía de amparo, pues en todo caso, el necesario respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva exige que se trate de una resolución fundada o razonada en Derecho. Desde una perspectiva negativa, existirá vulneración de este derecho fundamental cuando la decisión judicial sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, o sea manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente, pues en estos casos la aplicación de la legalidad será tan solo mera apariencia (STC 250/2007, FJ 4; 117/2007, FJ 5). La STC 245/2005, en su FJ 4, afirma que el recurso de amparo no puede concebirse como un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del Ordenamiento jurídico al caso, so pena de desvirtuar su naturaleza (STC 226/2000, de 2 de octubre, FJ 3). Sin embargo, el derecho que nos ocupa sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuera arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (Vid., en la misma línea, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero,

FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6).

SEGUNDO. En el presente caso, las resoluciones judiciales impugnadas en amparo constitucional califican jurídicamente los hechos denunciados como delito de homicidio o de asesinato estimando que habrían prescrito por aplicación de lo dispuesto en los arts. 131.1 y 132.1 del Código Penal de 1995. Sin embargo, dicha calificación jurídica además de precipitada no guarda correspondencia con el contenido fáctico de la denuncia presentada por la demandante de amparo en fecha 20 de octubre de 2004. En dicha denuncia se pone en conocimiento del Juzgado instructor la desaparición en el año 1936 de Dª Ricara Ana Cobacho Cañete tras ser detenida por miembros de la Guardia Civil, sin que posteriormente se hubieran tenido noticias sobre su paradero. La denunciante concluye, a modo de simple hipótesis, que le "han comentado que fue ejecutada en el Arroyo la Coja de Jauja", información que no resulta en absoluto acreditada y que tiene un origen puramente referencial, sin mayores precisiones en cuanto a sus circunstancias temporales. Planteada la denuncia en estos términos, no hay la más mínima base objetiva que permita, en el momento inicial del arranque de la investigación penal, calificar tales hechos como delito de homicidio o de asesinato. No hay constancia alguna de las circunstancias del fallecimiento de la persona desaparecida, extremo este que ni siquiera fue objeto de la más mínima comprobación por parte del Juzgado instructor. Y

aunque, quizás por el tiempo transcurrido, podamos suponer que este fallecimiento tuvo lugar, desconociéndose no obstante cualquier circunstancia sobre el mismo, lo cierto, es que desde un punto de vista jurídico lo que realmente se pone en conocimiento del Juzgado es la desaparición forzada de la madre de la denunciante. La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006 define, en su art. 2, la desaparición forzada como "el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la Ley". En nuestro ordenamiento jurídico-penal toda desaparición forzada, en los términos definidos por el Derecho Penal Internacional tendría encaje, prima facie, no en el tipo penal de homicidio o asesinato (arts. 138 y 139 del Código Penal), sino en el de detención ilegal que, en el presente caso, es el único hecho mínimamente acreditado por manifestaciones de la propia denunciante al desconocerse el desenlace final del mismo y el paradero actual de la persona desaparecida.

La regulación actual del delito de detención ilegal contenida en los arts. 163 y ss. del Código Penal de 1995 presenta notables similitudes con el delito de detención ilegal del art. 474 del Código

Penal republicano de 1932, vigente en el momento de ocurrir los hechos denunciados, con la salvedad del actual subtipo agravado previsto en el art. 166 inexistente en la regulación de 1932. No obstante, lo relevante a los efectos del presente recurso de amparo reside en la configuración del delito de detención ilegal como delito permanente, cualquiera que sea su concreta regulación legal, lo que tiene una decisiva incidencia en el régimen de su prescripción. La doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, son unánimes en configurar al delito de detención ilegal como un delito de naturaleza permanente, entendiendo por tal aquellos comportamientos (activos u omisivos) que suponen la creación de un estado antijurídico para el bien jurídico protegido que se puede mantener a lo largo de un período de tiempo más o menos dilatado por la voluntad del autor y que termina cuando se levanta dicho estado antijurídico. En estos casos, la consumación material o terminación del delito permanente tendrá lugar en el momento en que cesa el ataque al bien jurídico protegido, que en el caso de la detención ilegal será cuando cese la situación de privación de libertad, bien por voluntad del propio autor de la infracción, bien por otras causas. En otras palabras, en el delito de detención ilegal la realización inicial del resultado, consistente en la privación de libertad, inicia el periodo consumativo del delito que se mantiene en tanto en cuanto el sujeto pasivo permanece detenido ilegalmente, esto es, la consumación se inicia justo en el momento en el que el autor realiza el resultado y permanece consumándose en ese periodo inicialmente abierto con la concreción del resultado y perdura en

tanto que el sujeto pasivo permanece en ese estado de privación de libertad. En atención a esta naturaleza el cómputo del dies a quo del plazo prescriptivo debe efectuarse no desde el momento de la desaparición forzada o detención ilegal, sino desde el momento de cese de la situación antijurídica iniciada con la desaparición d el apersona ilegalmente privada de libertad. De ahí, que no habiéndose realizado, en el presente caso, la más mínima actuación de investigación sobre tales extremos la declaración de prescripción resulta totalmente precipitada y, además, su apreciación, en los términos antes descritos, es contraria a la propia naturaleza jurídica de los hechos realmente denunciados pues no guarda correspondencia con el contenido fáctico de la denuncia. La cesación de la situación antijurídica, a efectos prescriptivos, tendrá lugar cuando la persona desaparecida sea hallada o bien se localice su cadáver, y solo a partir de este momento podrá iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, bien por un delito de detención ilegal o bien por un eventual delito de homicidio o asesinato, según los casos, extremos que, en absoluto, están acreditados en el presente caso ni siquiera de forma indiciaria.

En estas condiciones puede concluirse que las decisiones judiciales que acordaron la prescripción y el consiguiente archivo de las actuaciones no son, prima facie, resoluciones fundadas en Derecho en los términos exigidos constitucionalmente por el respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La aplicación del Derecho a los hechos denunciados no supera, en una

provisional aproximación, el test de razonabilidad exigido constitucionalmente, lo que hace que la demanda no carezca manifiestamente de contenido constitucional a efectos de su inadmisión con arreglo al art. 50.1.c) LOTC. La existencia de indicadores de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de resolución fundada en Derecho hace que, también, pueda estimarse la vulneración de ese derecho fundamental en su modalidad de acceso a la jurisdicción (penal). Es cierto, como invoca el propio demandante, con cita del ATC 240/1988, que la resolución de archivo de las diligencias penales no conlleva por si misma una vulneración de derechos fundamentales, pero ello exige, en todo caso, que la resolución judicial que ponga fin al proceso sea fundada en Derecho y no incurra en arbitrariedad, o sea manifiestamente irrazonable, o incurra en un error de hecho patente, esto es, que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos no son constitutivos de infracción penal (SSTC 176/2006, FJ 2; 21/2005, FJ 4; 94/2001, FJ 2; 85/1997, FJ 3; 351/1993, FJ 2). En el presente caso, como hemos tratado de argumentar, la decisión de archivo no se corresponde con el contenido material de los hechos denunciados por lo que la decisión de archivo inmediato de las Diligencias Previas conlleva, prima facie, una vulneración de este derecho de acceso a la justicia penal pues no cumple el estándar de razonabilidad exigido constitucionalmente. La evidente apariencia delictiva de los hechos denunciados, la no aplicación de las reglas de prescripción del delito por desconocimiento del momento en que pudo cesar la actuación

antijurídica de privación ilegal de libertad de la persona desaparecida, determinaban en el Juez instructor la ineludible obligación de investigar tales hechos conforme a lo dispuesto en el art. 777 en relación con el art. 299 ambos de la LECrim. Sólo después de una investigación de los hechos y acreditada, en su caso, la fecha exacta o aproximada del fallecimiento y sus circunstancias podrían calificarse los mismos como delito de homicidio o asesinato y aplicar, en su caso, las normas de prescripción contenidas en el Código Penal. En el presente caso, la decisión judicial de archivo ha impedido de hecho la investigación penal de unos hechos que, prima facie, tienen apariencia delictiva, y que por las razones antes expuestas no puede afirmarse, con absoluta certeza, que estén prescritos, sin llevar a cabo una mínima investigación que confirme, aunque sea indiciariamente, la hipótesis fáctico-jurídica mantenida por los órganos judiciales en las resoluciones impugnadas en esta sede de amparo.

TERCERO. En las condiciones antes expuestas resulta de plena aplicación la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional cuando se denuncia haber sido víctima de torturas o tratos humanos o degradantes. Como ha destacado recientemente el Tribunal Constitucional en su STC 34/2008, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, Kmetty c. Hungría, § 37, y de 2 de noviembre de 2004, Martínez Sala y otros c. España, §156), el derecho a la tutela judicial efectiva de

quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas, en que se "ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial" (FJ 6). En esta misma sentencia se establece que en estos casos "el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE" (FJ 6).

Igualmente, se ha hecho especial incidencia en que si bien esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso ni

impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles, "por el contrario, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas" (STC 34/2008, FJ 6), ya que "respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral" (STC 224/2007, FJ 3).

Con las singularidades que presenta el caso objeto del presente recuso de amparo constitucional, lo cierto es que el núcleo básico de la doctrina anteriormente expuesta debe ser aplicable, también, cuando lo que se está denunciando es la desaparición forzada de una persona a manos de agentes estatales. Frente a este tipo de

denuncias el derecho a la tutela judicial efectiva solo se satisface mediante una investigación judicial que cumpla los cánones de suficiencia y efectividad dada la propia gravedad de los hechos denunciados, sin que sea óbice para ello el tiempo transcurrido desde su acaecimiento, pues por las razones antes expuestas no puede estimarse, prima facie, que el delito haya prescrito al desconocerse todo dato relativo al momento de la cesación de la situación antijurídica de privación de libertad o al propio paradero de la persona desaparecida. Los derechos fundamentales en juego exigen el agotamiento de todas las posibilidades de investigación al alcance de los Jueces y Tribunales ofreciendo un adecuado amparo a quien acude a la justicia en calidad de víctima, por su condición de familiar de la persona desaparecida, denunciando unos hechos que presentan apariencia delictiva, como sucede en el presente caso. Por tanto, frente a la existencia de sospechas razonables de la comisión de un eventual hecho delictivo toda decisión de no apertura de la instrucción o investigación judicial deviene una resolución que vulnera abiertamente el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) pues obstaculiza e impide un adecuado esclarecimiento de los hechos denunciados encaminado a averiguar las circunstancias concretas que rodearon la desaparición de una persona y su ulterior paradero o localización. Además, el tiempo transcurrido desde la desaparición denunciada no constituye un obstáculo insalvable que convierta, a priori, la investigación penal en ineficaz o inútil existiendo vías adecuadas de esclarecimiento de los hechos que en el presente caso ni siquiera se han intentado.

CUARTO. Por último, las resoluciones judiciales impugnadas carecen, también, de falta de logicidad jurídica interna, con afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En un primer momento, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Lucena acordó, mediante auto de 20 de octubre de 2004, el archivo de las actuaciones por estimar que los hechos denunciados no eran constitutivos de infracción criminal conforme a lo dispuesto en el art. 779.1, regla primera, de la LECrim. Con posterioridad, al resolver el recurso de reforma mediante auto de 15 de noviembre de 2004, y sin haber realizado ningún tipo de investigación ni aportándose nuevos datos fácticos, el Juzgado de Instrucción calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato no constando indicios de criminalidad contra ninguna persona concreta, estimando, a continuación, que los mismos estarían prescritos por el transcurso del plazo de 20 años previsto en el art. 131.1 del Código Penal, computado desde noviembre de 1936 por aplicación de lo previsto en el art. 132.1 del Código Penal. Sobre el tema de la calificación jurídica y la falta de correspondencia con los hechos denunciados, así como sobre la aplicación de las reglas de prescripción no vamos a insistir más, remitiéndonos a lo dicho con anterioridad. En la parte dispositiva del referido auto se declara la prescripción y el sobreseimiento provisional de las actuaciones y en eso reside, precisamente, la incoherencia lógico interna de las resoluciones impugnadas. El sobreseimiento provisional, conforme a lo establecido en el art. 779 en relación con el art. 641 LECrim

solo puede acordarse por dos motivos. El primero, por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado lugar a la formación de la causa, y el segundo, cuando resulte haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determina persona como autor cómplice o encubridor, supuestos que exigen, en la mayoría de los casos, el desarrollo de una mínima labor investigativa. La prescripción se configura legalmente como una causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.6 de Código Penal) que por aplicación de lo dispuesto en el art. 666 en relación con el art. 675 ambos de la LECrim es causa de sobreseimiento libre, nunca de sobreseimiento provisional, con los diferentes efectos que producen uno u otro tipo de sobreseimiento. La resolución, por tanto, adolece de falta de logicidad jurídica interna al declarar la prescripción del delito, sin correspondencia con el contenido de los hechos denunciados, y acordar, a continuación, el sobreseimiento provisional, lo que hace que no pueda considerarse como una resolución fundada en Derecho, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Esta vulneración es predicable, también, de la resolución dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 21 de febrero de 2005. Con independencia de las afirmaciones altamente discutibles y realmente desafortunadas que se realizan en la misma, lo cierto es que la misma desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma en su integridad la resolución recurrida, actualizando la vulneración del referido derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de resolución

fundada en Derecho. El Tribunal Constitucional viene admitiendo que la falta de concordancia lógica entre los fundamentos jurídicos y el fallo o parte dispositiva de la resolución judicial conlleva una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 42/2004, FJ 4) y en el presente caso ambas resoluciones judiciales inciden en este vicio de trascendencia constitucional por las razones antes expuestas.

Por todo lo expuesto, el Fiscal interesa de deje sin efecto la providencia de inadmisión de fecha 14 de abril de 2008, y se acuerde la admisión de la demanda de amparo presentada por la representación procesal de Dª Rocío Borrego Cobacho por estimar que la misma no carece manifiestamente de contenido constitucional.

***Madrid , a 1*0 de junio de 2008"**

La posturas descritas y que son sostenidas en la actualidad y en forma simultanea por el Ministerio Fiscal parecen perfectamente acordes con el criterio del Ministerio Fiscal a partir de la toma de posición del nuevo Fiscal General del Estado y del Ministerio Fiscal en la Audiencia Nacional en 2004, en el caso Scilingo (acusación por genocidio/crímenes de lesa humanidad, entre otros) y sobre todo, acordes con las normas internacionales sobre derechos humanos y Derecho Penal Internacional. Tan sólo se ha desviado de su propia

postura en este caso. De ahí la necesidad y conveniencia de que el criterio sea uniforme, porque, mientras tanto la inseguridad jurídica que se genera no sólo para este juzgado o para los que resulten competentes, en su caso, o para el tribunal competente, sino también y principalmente para las víctimas, es absoluta y puede conducir a situaciones como la actual.

DÉCIMOSEXTO.- Resulta insoslayable, el análisis, aunque sea mínimo, del escrito de recurso del Ministerio Fiscal de 20 de octubre de 2008, en algunos aspectos particularmente relevantes, por cuanto es el único documento que del mismo existe en la causa y desvela su postura procesal, desarrollada en ambas instancias (Juzgado y Tribunal).

El Ministerio Fiscal se contradice a lo largo de su escrito de 20 de Octubre de 2008 en el que argumenta en contra del auto de 16 de Octubre de 2008, solicitando recurso de apelación – no admitido a trámite – y aplicación del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (pendiente).

En definitiva y tras su lectura y estudio, no acaba de percibirse, con nitidez, si el Sr. Fiscal, opta por la inexistencia del hecho como base del delito acogido por el instructor o por la aceptación de tales hechos, discrepando de la calificación jurídica: delito común – delito de lesa humanidad (que dicho sea de paso, y, como se analiza en otra

parte de esta resolución, como tal tipo penal no se acoge, para ser respetuoso con la STS de 1/10/07 [caso Scilingo] sino que se habla de **contexto de crímenes contra la humanidad**); o, si está prescrito o amnistiado o ambas cosas a la vez; de donde claramente debería decir que los hechos son delictivos; si es competencia de la Audiencia Nacional o de otros juzgados, porque si es partidario, como lo es, de la no competencia de la Audiencia Nacional, tendría que decir porqué son competentes otros y pedir la remisión a los mismos antes que acudir al artículo 23 de la LECrim que dejaría en el limbo quién es el competente (si la Sala opta porque este juzgado no lo es, tendría que decir cuál sí lo es y con ello se convertiría en parte, ante la ausencia de inhibición y aceptación de la misma en el momento d formulación del remedio. A no ser que apueste porque los hechos no son delictivos, hipótesis en la que no es, previsible que se instale el Ministerio Fiscal, desde el punto de vista de la instrucción.

La misma posición contradictoria se observa cuando el Sr. Fiscal rechaza las diligencias practicadas a prevención en esta causa. De acuerdo con las reglas de la buena fe procesal (artículo 11.1 de la LOPJ) es difícil asumir que, por una parte, **no se haya recurrido ni una sola de las diligencias previas a la aceptación de la competencia, lo que implica la asunción de las mismas y decir que están bien en su recurso y por otra, argumentar, en otro lugar del mismo, en su contra e imputar su práctica al instructor y lo que es más desconcertante, acusarle de actuar con prejuicios y con sesgos inquisitivos y en una especie de causa general, buscando el resultado preconcebido; todo ello aderezado con un supuesto**

abuso de derecho y mala fe. Los hechos posteriores están demostrando que esto no es así, ni nunca lo ha sido y que si ha habido algún prejuicio, no ha sido en este instructor, que está siendo escrupuloso con las normas procesales y los derechos de las partes.

Ni este órgano judicial va a participar en la polémica propuesta, especialmente para no dar argumentos extraprocesales e ideológicos – lo que ya ha sucedido – sino plantear jurídicamente la cuestión en términos claros y ajustados a la más estricta hermenéutica procesal.

Comencemos por el principio:

La primera cuestión planteada es la posibilidad de nulidad de pleno derecho en los términos que establece el artículo 6.3 y 4 del Código Civil y el artículo 238.1 de la LOPJ.- de la investigación

Dice el Ministerio Fiscal: <<*No es aceptable, por tanto, que el órgano judicial predetermine el resultado…y adapte todo el proceso de aplicación e interpretación de las normas a la consecución de ese resultado previamente determinado, salvando de esta manera "los escollos" impeditivos de una aplicación racional del ordenamiento jurídico.*>>

Esta afirmación del Ministerio Público, seguida de la cita de las normas indicadas en este epígrafe, ciertamente impresiona,

pero no por el contenido de la misma, sino por su inconsistencia y gratuidad, a la vista de la situación y contenido de la causa.

Si fuera tal como dice, el Ministerio Fiscal habría participado llanamente de toda esta "*trama*" ya que no ha recurrido ni una sola de las actuaciones practicadas por el Juzgado, por lo que su ardor por la pureza procesal de la causa sería una mera apariencia.

Pero es que además, olvida (o desconoce) en que consiste la **función jurisdiccional** y eso es más grave. Esa función**, consiste en analizar y valorar unos hechos y aplicar las normas que correspondan, exteriorizando el proceso o juicio racional y lógico previamente efectuado.** Por tanto, el órgano judicial, en este caso **el Juez Central de Instrucción nº 5, se ha limitado a cumplir la función constitucionalmente asignada, desde el momento en el que el asunto entra en su jurisdicción en forma aleatoria, no buscada, sino en virtud de riguroso turno de reparto hecho por el Sr. Decano, cuestión que conviene tener muy presente, ante la dimensión social del tema**.

Si el resultado del ejercicio de esa obligación constitucional no satisface al Ministerio Público, ello no puede determinar un vicio de nulidad de pleno derecho que, por otra parte no llega a ser desarrollado en su escrito, antes al contrario, y, cuando afirma que <<*no es aceptable, por tanto que el órgano judicial predetermine el*

resultado y que en cierta forma ya lo había hecho al practicar diligencias que suponían una aceptación implícita de la competencia>> (página 1) **incurre en una fatal y patente contradicción con sus propias alegaciones expuestas en la página 7 de su escrito:** <<*Esas medidas de localización, identificación, exhumación y traslado de restos de desaparecidos también pueden ser acordadas en el proceso penal por el Juez Instructor al amparo de los artículos 13, 326 y siguientes y 334 y siguientes de la LECrim. y debe quedar constancia expresa de que el Ministerio Fiscal* ***nunca se ha opuesto a su adopción en sede jurisdiccional, razón por la cual no consideró procedente la interposición y formalización de recurso alguno contra las providencias de 28 de agosto y de 25 de septiembre.>>***

Pero es que tampoco recurrió la providencia de fecha 29 de octubre acordando nuevas personaciones y exhumaciones. Sin embargo, 9 días después, cuando las diligencias acordadas por el juez eran firmes, prescindiendo de la instancia procesal marcada por la ley y contradiciendo flagrantemente su propio escrito "multirecurso", solicitó y obtuvo la suspensión de los aspectos principales de la investigación, cuando no existe cuestión de competencia planteada entre dos órganos judiciales de diferente ámbito territorial; cuando al ser éste el único juzgado que está actuando, es más que discutible la suspensión cautelar de todo el procedimiento aduciendo perjuicios irreversibles; cuando los eventuales perjuicios que se puedan producir no vendrían, desde

luego, de la actividad procesal del juzgado, sino de la falta de la misma.

En que quedamos, o hay nulidad o se ha actuado de acuerdo a derecho; o, el Sr. Fiscal ha participado de lo primero o asume la correcta actuación del Juez, que incluso fue menos atrevido que lo que el acusador público propone, ya que en este último párrafo confunde lo decidido en el auto de 16 de octubre de 2008 con lo acordado en las providencias precedentes citadas, en las que se excluyó cualquier medida sobre exhumaciones diferentes y se decidió la paralización de las mismas, hasta que se resolviera sobre la competencia.

Practicar unas **diligencias mínimas a prevención**, con las que **estuvo el Sr. Fiscal de acuerdo**, constituyen un ejemplo de **prudencia procesal** por parte de ambos. Criticarlas después, hasta el punto de insinuar que podría ser base de una nulidad procesal, es actuar en contra de los propios actos y ejemplo de una incorrecta actitud procesal, que se constata con la simple lectura de la página 7 (ya transcrita en lo necesario) y la página 8 de su escrito en las que, olvidándose de lo dicho por el mismo 40 líneas antes, carga contra la instrucción al hablar de que «*las abundantes diligencias acordadas so pretexto de su necesidad para resolver sobre competencia (como se indica en las providencias de 28 de agosto y de 25 de septiembre) suponen en realidad una aceptación implícita de aquella, puesto que difieren sustancialmente del tipo de diligencias que pueden ser adoptadas a prevención*»; diligencias a prevención que el Sr. Fiscal ni

identifica, como no se refiera –creemos que sí– a las que identifica –localización, identificación, exhumación y traslado– en la página anterior.

La inconsistencia de la argumentación se constata, una vez más, no sólo por las reiteradas contradicciones, sino también –como ya se ha dicho– porque las providencias de 28 de agosto y 25 de septiembre, no acuerdan lo que aquél afirma, sino bastante menos y dentro del marco preciso del artículo 13 de la LECrim. (poner en custodia cuanto conduzca a la comprobación del delito y proteger a los ofendidos o perjudicados). Es decir, se hizo lo mínimo que se debía hacer para no tomar una medida que, entonces sí, podría haber sido tildada, con razón, de temeraria.

Pero es que, y con carácter previo a todo, **el Juez debe**, de oficio o a instancia de parte, **analizar en cada caso su propia competencia** (artículo 8 de la LECrim en relación con el artículo 2 de la misma y el artículo 9.6 de la LOPJ y del artículo 24 de la Constitución Española, juez predeterminado por la ley) y **para tal fin se practicaron las diligencias indispensables.** Tan sólo se pidió una enumeración de las víctimas y una clasificación mínima de las mismas y para ello se accedió a los lugares que podían ofrecer información. Es decir, **todas las diligencias acordadas iban encaminadas a la única finalidad, legal y constitucionalmente exigible para determinar la competencia**.

Si esto es así, lo que ya no tiene sentido alguno es lo que el Sr. Fiscal afirma en el folio 10 de su escrito:

«En definitiva, cabe decir que, en primer lugar, el pronunciamiento sobre competencia precede, por lógica procesal a cualquier otra actuación y, en segundo lugar, que la diligencia a prevención ("primeras diligencias" según cita el Ministerio Fiscal en página 9) nunca tienen por objeto determinar su propia competencia sino el aseguramiento de los elementos esenciales del delito. La interpretación contraria encubre un posible fraude de ley procesal para realizar una instrucción sin pronunciamiento explícito, evitando así las posibilidades procesales del recurso.»

No es necesario ser más reiterativo en cuanto a este tema:

Los artículos8, 2 y 12 de la LECrim son anteriores al 13. Por tanto, excluir como afirma el Ministerio Fiscal las diligencias encaminadas a aportar la mínima consistencia a la resolución sobre competencia, es una mera afirmación voluntarista enrocada en algo que sí es palmario y que trata de deformar: que las providencias no se recurrieron por el Fiscal y que a dicho acusador no se le ha impedido recurso alguno, y si habla de fraude procesal, tendría que hacerse partícipe del mismo, y no parece que sea esa su voluntad.

Dice el Ministerio Fiscal que no es necesario una urgente recopilación de datos sobre víctimas por unos hechos ocurridos hace

70 años porque las fuentes de prueba están debidamente custodiadas, ni resulta esencial esa recopilación para pronunciarse sobre competencia y luego apela al curso de la ordinaria investigación.

No se entiende que si pide el rechazo de la competencia se diga que se practiquen diligencias después de la admisión, puesto que no existiría tal. Pero, sí, es lógico, como se ha hecho, que, una vez admitida la competencia, se ordene la práctica de aquellas diligencias que para nada empecen a las que se consideraron necesarias para determinarla, porque ya está determinada.

Desde luego, todas y cada una de las diligencias practicadas por el juez que se entiende competente, hasta que no se determine definitivamente la competencia, si es que existiera conflicto, son válidas y eficaces y así lo ha reconocido en múltiples sentencias el Tribunal Supremo. Por todas ellas una, de 23 de enero de 2007, en la que se ratifican y consideran válidas las actuaciones de un juez que durante un largo período de tiempo desarrolló su competencia cuando aparentemente excedía de la misma, correspondiendo a los Juzgados Centrales de Instrucción.

<< *El momento en el que el Juez considera que dispone de suficientes elementos de juicio para declinar su competencia e inhibirse a favor del órgano que, según él, la ostentare, no puede establecerse con un criterio genérico, sino que depende del de quien ha de tomar esa decisión, valorando todos los datos y circunstancias concurrentes. Pronunciamiento que incluso puede ser provocado*

mediante la oportuna solicitud formulada al efecto por el Ministerio Público y las partes personadas, como de sobra es sabido, pero, en cualquier caso, sin que las diligencias probatorias practicadas deban de incurrir a partir de un determinado momento, por ese posible retraso, en irregularidad infractora del derecho al Juez legalmente predeterminado y, por ende, ser consideradas como viciadas de nulidad.

En este sentido, reiteraba la STS de 26 de Febrero de 2003: "...esta sala ha dicho que la discrepancia interpretativa sobre la normativa legal que distribuye la competencia entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria no constituye infracción del derecho al juez predeterminado por la Ley"

De hecho, al margen de la ausencia de vulneración del referido derecho fundamental, tampoco puede advertirse en este supuesto la generación de merma de derechos o indefensión alguna para los recurrentes.>>

Por lo demás, el artículo 410 de la LOPJ que cita el Ministerio Fiscal, necesariamente ha de ser interpretado en relación al artículo 8 y concordantes de la LECrim. Pero es que, a mayor abundamiento, el Ministerio Fiscal sabe que no es infrecuente que esas diligencias a prevención tengan lugar y, las mismas han sido aceptadas y asumidas, en otros casos, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con buen criterio y con la aquiescencia e impulso del mismo fiscal. **Lo**

curioso, en fin, es que el Sr. Fiscal habla de estas diligencias a prevención practicadas como si la cuestión no fuera con él, y las critica como si se hubieran practicado en contra de su criterio o hubiera sido sorprendido por ellas. No, lo es cierto es que se han practicado a su vista, ciencia y paciencia y sin que hayan sido impugnadas. Por ello, cuando menos, es sorprendente que ahora aduzca la violación de todos los principios jurídicos posibles por parte del instructor.

Por el contrario y a modo de conclusión, **el Juzgado ha practicado las diligencias que ha considerado imprescindibles para resolver sobre la competencia y el Fiscal ha estado de acuerdo con ello por lo que dicho acuerdo imposibilita la alegación contraria que ahora se hace por el mismo, o cuando menos la invalida.**

El término "**escollo", que llama la atención del Ministerio Público,** según el diccionario de la lengua española,[23] significa **dificultad u obstáculo**. Realmente no se atisba a descifrar porqué el Fiscal hace mención a este término que, de acuerdo con su significado y en el contexto usado (Razonamiento Jurídico Séptimo) lo único que explicita son las dificultades o temas a resolver mediante la interpretación de las diferentes normas jurídicas en juego. ¿Acaso es otra la función del órgano jurisdiccional y la de las demás partes en el proceso que la de interpretar las normas par superar las dificultades u

[23] El pequeño Espasa. Pg. 496 3 fig.

obstáculos procesales derivados de la naturaleza de los hechos y de esta manera aplicar la norma correcta al caso estudiado?

DÉCIMO SEPTIMO.- La segunda cuestión del Sr. Fiscal es la supuesta formación de << *una causa general*.>>

Si poco sentido tiene la alegación anterior, mucho menos la posee, desde un punto de vista estrictamente jurídico-procesal, **la descriptiva y mediática afirmación de que lo hecho es "una especie de *inquisitio generalis"* (causa general en la jurisdicción penal).**

Se imputa, sin continencia alguna, por el Sr. Fiscal que «*la actuación judicial, muy singularmente la clase y contenido de las diligencias* acordadas (nótese de nuevo, con la aquiescencia y conformidad del Ministerio Fiscal, que nada dijo, que nada recurrió durante su práctica) *han avocado el proceso a una especie de "inquisitio generalis" difícilmente compatible con el alcance, límites y fines del proceso penal en un Estado de Derecho.*»

No se entiende, en clave procesal, como el Sr. Fiscal opone este argumento en contra de la instrucción. **Desde luego si el Fiscal Robert H. Jackson, en su acta de acusación contra los criminales nazis, hubiera utilizado el criterio que aplica el Fiscal de la Audiencia Nacional, Nuremberg no hubiera existido.**

"E***l verdadero actor que hoy acude frente a ustedes es la Civilización, que en todos los países sigue siendo algo imperfecto y***

problemático… la Civilización no espera que ustedes hagan imposible la guerra. Sólo espera que la acción jurisdiccional ponga todas las fuerzas de la ley internacional, sus preceptos, sus prohibiciones y sus sanciones, del lado de la paz, para que a todos los hombres y mujeres de bien, en todos los países, se les permita vivir sin permiso de nadie, bajo el mandato de la ley".[24]

El **objeto de la investigación** en esta causa, está **claramente delimitado en la resolución de 16 de octubre de 2008**, en la que se establecen los grupos de víctimas, para cuya clasificación exhaustiva se ha constituido el grupo de expertos y se han ordenado criterios de clasificación, y, **aún más en este auto**.

Obviamente la investigación se refiere a la desaparición de personas a través de las detenciones ilegales sin dar razón del paradero de las víctimas, de sus cuerpos o de su identidad, en el contexto de crímenes contra la humanidad y como resultado de un plan sistemático de exterminio propiciado o favorecido por el alzamiento contra la República y sus altos organismos, es decir, contra la Forma de Gobierno hasta el punto de acabar con ella.

Los hechos son los que son y este instructor no los ha inventado.

Que una investigación sea difícil no significa que sea imposible ni mucho menos general. General y sistemática fue la acción criminal desplegada, y, ahora se trata de delimitar los

[24] Discurso del Fiscal Robert H. Jackson en la sesión inaugural de los juicios de Nüremberg.

aspectos concretos y particulares que pueden ser objeto de investigación y, por eso, se han marcado e identificado los diferentes grupos de víctimas y por eso se trata de aquilatar al máximo el número de las mismas y por eso la Justicia debe actuar, en cada una e las jurisdicciones que sean competentes.

DÉCIMO OCTAVO.- Resultan claras las claves que el juzgado ha utilizado para la atribución de competencia, las cuales se analizan en otro punto de esta resolución (Razonamiento Jurídico Segundo) y las consecuencias derivadas de la extinción de responsabilidad criminal.

Al existir, en la mente y en la mano de quienes podían llevarlo a cabo, como lo hicieron, un plan para atentar contra los Altos Organismos del Estado y acabar con la Forma de Gobierno y desarrollar ese mismo plan, en forma sistemática, a través de la ejecución de miles de desapariciones, y otros métodos y formas, tales como asesinatos, detenciones, ejecuciones sumarias, torturas, etc., a la vez que cumpliendo estrictas directrices ---lo que se comprueba en forma clara y diáfana en el caso de "**los niños perdidos del franquismo**" para cuya desaparición se articuló todo un edificio legal que diera apariencia de legitimidad a lo que presuntamente fue la consumación de un plan criminal contra las víctimas, todas ellas vinculadas a la extinta República y a personas que habían sido asesinadas, desaparecidas, presas o ejecutadas por su vinculación con

aquélla--- no puede decirse, seriamente que no existía competencia del Juzgado y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

La investigación es muy compleja, de acuerdo; presenta muchas dificultades de prueba, por el tiempo transcurrido, de acuerdo; es difícil que existan autores vivos, posiblemente, pero no imposible en vista de que existen víctimas vivas; será una cuestión diferente la del enjuiciamiento en función de la edad, pero no válida para impedir que se investigue. Eso es lo que el Sr. Fiscal está haciendo en otros casos (Diligencias Previas nº 211/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 2 que se refiere a crímenes cometidos entre 1943-1944). Entonces, ¿por qué aquí no?

Resulta claro que en esa investigación o investigaciones, el juzgado competente deberá de establecer los hechos concretos dentro de ese plan sistemático y buscar los elementos probatorios necesarios para hacer el juicio de reprochabilidad a quien presuntamente los haya cometido en todo o parte y en la medida que se demuestre su participación. Éste es el objeto principal del proceso penal y ese es el que guía a esta causa sea en esta sede o donde corresponda.

DECIMO NOVENO.- El Comité de Derechos Humanos de la ONU de su reunión del 27 de octubre de 2008, ha acogido "con satisfacción la Ley nº 52/2007, **"Ley de Memoria Histórica"** que prevé una reparación para las víctimas de la dictadura y recomienda al Estado Español, entre otros extremos ya analizados en el apartado de

amnistía "permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas".

Tal como se decía en el Razonamiento Jurídico Décimo Quinto del auto de 16 de octubre de 2008, la ley prevé la posibilidad del "ejercicio de las acciones a que hubiera lugar en los Tribunales de Justicia y, a su vez, más claramente aún, en su disposición adicional segunda: "Las previsiones contenidas en la presente ley son compatibles con el ejercicio de acciones y acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes y en los tratados y convenios internacionales suscritos por España".

Es decir, esta ley compatibiliza su campo de aplicación con las actuaciones judiciales en el ámbito de la jurisdicción penal (u otra) y ambos pueden actuar en ambos en lo relativo a las víctimas en coordinación o de consuno. Y ello sería no sólo lo lógico sino lo más económico, teniendo en cuenta que existen claras deficiencias en lo que se refiere la formación de un adecuado protocolo de exhumaciones, identificación e inhumaciones de los cadáveres, preservando la cadena d custodia de los restos humanos y de otros elementos o pruebas que pueden ser necesarias en el ámbito de la jurisdicción penal. Es el Estado el que debe asumir los costes derivados, tanto en vía procesal penal como administrativa, que se generen.

De ahí que, para el futuro y, en función del sentido de esta resolución se propondrán las medidas correspondientes al Ministerio de Justicia a efectos oportunos, relacionadas con la integración del material que se ha obtenido y se obtenga, a través de los peritos expertos y grupo policial formado que continuarán desarrollando su labor en beneficio y apoyo de los juzgados que resulten competentes.

Pero una cosa es la solución que se propone para no solapar acciones ni producir dispendios y otra diferente la que postula el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso de 21 de Octubre de 2008 que se refiere a cuestiones básicas y que afectan a la propia naturaleza de la jurisdicción penal, que es improrrogable y excluyente de cualquier otro órgano del Estado (artículo 9.6 de la LOPJ, en relación con el artículo 8 de la Lecrim y artículo 24.1 de la CE, en cuanto todo ciudadano tiene derecho al Juez predeterminado por la ley y a que su causa sea vista por el órgano judicial competente y acceso al recurso que la ley prevea «ante una instancia nacional» [obviamente judicial y por ello la disposición adicional segunda de la Ley lo prevé] cuando los derechos previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, hayan sido violados, «incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales» (artículo 13 del Convenio).

Como se ha dicho antes, el proceso penal, extremo que obvia el Ministerio Fiscal, tiene un conocido y específico objeto: determinar si

unos hechos son o no constitutivos de delito, al tiempo que determinar sus circunstancias y cuales son sus responsables, a la vez que dar protección a las víctimas, identificando los perjudicados, reparando, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo (artículo 109 del CP). A estos fines debe aspirar dar satisfacción el proceso penal. Que la ley 52/2007 puede coadyuvar a reparar los efectos del delito, no ofrece la menor duda, pero pretender como hace el Sr. Fiscal que, por su sola existencia, el orden penal, una vez formuladas las denuncias que lo abrieron, no pueda entrar a conocer de unos hechos presuntamente delictivos (al fin y al cabo la referida norma va dirigida a satisfacer a las víctimas), es un verdadero dislate fruto, más bien, de un error de interpretación que de un reflexivo estudio jurídico penal.

En efecto, las normas que regulan las responsabilidades civiles derivadas del delito (artículos 109 y siguientes del Código Penal; así como la denominada acción ex delicto (artículo 1092 del Código Civil, en relación con los artículos 109 y siguientes del Código Penal y artículos 109 y 110 de la Lecrim, nada tienen que ver con las establecidas en la Ley 52/07, por lo que tales derechos quedan reservados tal como se prevé en la propia Ley (Disposición Adicional Segunda o en su artículo 4.1, válidos también, como ya se ha dicho, para las responsabilidades penales). Ahora bien, lo anterior no implica que tales ámbitos sean incompatibles, sino todo lo contrario.

Por otra parte, la **pretensión de recuperar la memoria y la dignidad no solo se satisface a través de los artículos 11, 12, 13 y 14 de la meritada Ley** (identificación y localización de víctimas, medidas, subvenciones y autorizaciones para conseguir dichas finalidades, y acceso a los terrenos afectados por trabajos de localización e identificación) sino **obteniendo, porque así lo han reclamado las víctimas, una respuesta penal a la denuncia formulada.** Y ello sin olvidar que las pautas fijadas en el proceso penal imponen que **la Administración provea todos los medios precisos para que la orden judicial sea cumplida en toda su actitud.**

En definitiva, **ante la presencia de unos hechos presuntamente delictivos, la jurisdicción penal es excluyente y no puede pretenderse, como lo hace el Ministerio Fiscal, que se olvide ese matiz y optar,** con un criterio de oportunidad, que, desde luego, no es el de Justicia transicional, término y concepto inaplicables al caso porque no interviene precisamente la justicia, ni se prevé una figura o institución alternativa a la misma, como podría ser una Comisión de la Verdad o de Memoria Histórica, o similar, como la postulada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su resolución de 27 de Octubre de 2008, **por la aplicación llana de aquella ley.**

Llama la atención en todo caso, la afirmación tan categórica del Ministerio Fiscal (página 7) de que esa previsión excepcional de la Ley 52/07 recogida en los artículos 11 a 14, se hace porque no es posible el esclarecimiento de hechos concretos penalmente perseguidos y la exigencia de responsabilidades punitivas a los partícipes, a través de un procedimiento penal.

Afirmar esto, es negar la propia esencia del proceso penal. Que se consiga o no esclarecer que unos hechos son delictivos no devendrá del hecho delictivo en sí, sino de que los investigadores no sean capaces de aportar los elementos probatorios o los jueces o tribunales, ante la ausencia de estos, no puedan condenar a los posibles culpables, pero eso no obsta a que la vía criminal no sea la acertada. Nada impide sino que constituye una obligación legal determinar si hubo o no delito, y, admitido que lo hubo, señalar a los posibles culpables, y, si están fallecidos, acordar la extinción de la responsabilidad penal. **De hacerlo o no, dependerá que aquellos hechos, cuyos efectos ilícitos se extienden hasta el día de hoy, sean calificados, como delito o no y sus autores como presuntos delincuentes que agredieron con sus acciones, no sólo a las víctimas, sino a la Comunidad Internacional entera, y, por ello, ni aquel Estado autoritario y fascista, ni el actual, democrático, tienen disponibilidad alguna de este bien jurídico protegido afectado, cuyo titular único es La Humanidad**. Esto que puede resultar "gracioso" y poco "interesante" para algunos, constituye la

esencia de lo que llamamos civilización y su evolución, y por conseguirlo se han entregado muchas vidas.

Así mismo, sorprende que el Ministerio Fiscal califique como «***represión política desencadenada por la sublevación militar de 1936 y el régimen posteriormente instaurado***» lo que constituyó una actividad criminal planeada y sistemática de desaparición y eliminación de personas por razones ideológicas y **esto, desde luego, se aleja de cualquier actividad política, incluso represiva y pasa a convertirse en un crimen contra la humanidad como claramente se definió en el Estatuto y Tribunal de Nüremberg** que recogieron y sistematizaron el derecho preexistente y lo aplicaron en los juicios a los imputados.

En este caso, ante unos hechos como los aquí valorados y, a todos estos efectos, no es lo mismo declarar extinguida la responsabilidad de los principales cabecillas, por fallecimiento, que otorgarles la impunidad, el perdón y el olvido judicial, tildando sus acciones como mera represión política.

Las víctimas no se merecen una resolución que desconozca sus derechos ni la escenificación que cínicamente se está haciendo desde algunos sectores con una frivolidad difícil de calificar, apelando a los más bajos instintos y tratando de resucitar fantasmas de confrontación, cuando tan sólo se pretende dar una

respuesta judicial que ha sido demandada dentro del ámbito que se le reconoce a su derecho.

La justicia debe abordar esa respuesta en forma serena, pero ágil, sin dilaciones que se sumen a los años transcurridos sin la misma y que, eventualmente, puedan imposibilitar esa respuesta.

Por lo demás, **no se trata de establecer distinción entre víctimas. Cualquiera que haya sufrido la agresión contra su vida o su libertad o cualquier otro de sus derechos fundamentales, tiene derecho a ser resarcida; pero, el proceso judicial iniciado tiene unos contornos muy precisos, que no excluyen otros pero, desde luego, cualquier reclamación no puede ni debe concentrarse en una sede porque entonces sí se trataría de una Causa General**

VIGÉSIMO.- En el Razonamiento Jurídico Sexto del Auto de 16 de octubre de 2008, se enumeraron los posibles y máximos responsables de los hechos que se investigan: Francisco Franco Bahamonde, Miguel Cabanellas Ferrer, Andrés Saliquet Zumeta, Miguel Ponte Manso de Zúñiga, Emilio Mola Vidal, Fidel Dávila Arrondo, Federico Montaner Canet, Fernando Moreno Calderón, Francisco Moreno Fernández, Germán Gil y Yuste, Luis Orgaz Yoldi, Gonzalo Queipo de Llano y Sierra, Francisco Gómez-Jordana y Souza, Francisco Fermoso Blanco, Luis Valdés Cabanilla, Nicolás Franco Bahamonde, Francisco de Asís Serrat i Bonastre, José Cortés

López, Ramón Serrano Súñer, Severiano Martínez Anido, Tomás Domínguez Arévalo, Raimundo Fernández Cuesta y Merelo, Valentín Galarza Morante, Esteban Bilbao y Eguía, José Luis Arrese y Magra, Juan Yagüe Blanco, Salvador Moreno Fernández, Agustín Muñoz Grandes, José Enrique Varela Iglesias, Juan Vigón Suero Díaz, Blas Pérez González, Carlos Asensio Cabanillas, Eduardo Aunós Pérez, Eduardo González Gallarza y Francisco Regalado Rodríguez.

En el séptimo se hacía alusión a **los responsables de Falange Española y Tradicionalista y de las JONS,** que han sido 31 identificados por el Ministerio del Interior en oficio de fecha de octubre de 2008:

a) Dirigentes hasta el 20 de abril de 1937, Jose Antonio Primo de Rivera y Sáenz de Heredia, Raimundo Fernández Cuesta, Julio Ruiz de Alda; Rafael Sánchez Mazas, Augusto Barrado, Heliodoro Fernández Canepa, Eduardo Rodenas Lusia, David Jato Miranda, Enrique Suárez Inclan, Hilario Muñoz Dávila, José González García, José Guitart, Onésimo Redondo, Manuel Mateo, Manuel Valdés, José María Alfaro, Sancho Dávila, José Saiz, Guillermo Aznar, José Luis García Casas.

b) **A partir del 20 de abril de 1937 hasta 1951, bajo la Jefatura de Francisco Franco Bahamonde:** Manuel Hedilla Larrea, Tomas Domínguez Arévalo, Darío

Gazapo Valdez, Tomás Dolz del Espejo, Joaquin Miranda, Luis Arrellano Dihinx, Ernesto Jiménez Caballero, José María Mazón, Pedro González Bueno, Ladislao López Bassa, y, Fernando González Vélez, a partir del 13 de mayo de 1937.

c) El 4 de diciembre de 1937, se publicó el nombramiento como Secretario General de Falange de Raimundo Fernández Cuesta (ya incluido en el auto de 16-10-08).

d) Ramón Serrano Suñer, (incluido en el auto de 16-10-08) asumió como presidente de la Junta Política de FET y JONS el 10 de agosto de 1937 y el mismo día, Agustín Muñoz Grandes (ya incluido en el auto d 16-10-08) como Secretario General y jefe directo de la milicia de la organización.

e) José Luis Arrese y Magra (incluido en el auto del 16-0-08) asumió el 20 de mayo de 1941, como Secretario General de FET y JONS, sustituido por Raimundo Fernández Cuesta en 1945, que desarrolló su liderazgo durante el tiempo objeto d investigación. (diciembre de 1951).

La presunta responsabilidad en los hechos a los que se extiende la investigación, ha de hacerse en función de los datos que existen en

la causa, y de ellos se desprende que **la acción de Falange, y por tanto de sus máximos dirigentes, se constata y desarrolla, en estos hechos, entre 1937 y 1951,** tanto por lo expuesto en el auto de aceptación de competencia, como por lo expuesto en éste en torno a la presunta desaparición y cambios de identidad de miles de niños en esas fechas.

Respecto de todos ellos, incluidos los que ya aparecen en la parte dispositiva del auto de 16 de octubre de 2008, **se ha constatado formalmente su fallecimiento, bien a través de las correspondientes certificaciones y o bien a través de las investigaciones de la Policía**, **requisito necesario para** que, a partir de esta constatación documental, pueda aplicarse el artículo el artículo 130.1 del código penal y **declarar extinguida cualquier responsabilidad que por esta causa pudiera exigirse, sin perjuicio de la decisión de los Tribunales competentes a quienes corresponda decidir en definitiva, respecto de otros posibles responsables que no estarían en el nivel dirigente, , en virtud de la inhibición que se acuerda en esta resolución y de la decisión sobre José María Mazón de quien no consta el momento de la defunción.**

Sólo un apunte más en este punto para afirmar que carece de apoyo jurídico consistente la afirmación del Ministerio Público en su escrito de recurso de 20 de 0ctubre de 2008 de que tendría que ser la Sala Segunda del Tribunal Supremo la que asumiera la competencia para hacer esa declaración. Parece obvio que fallecido el responsable,

se extingue cualquier privilegio o inmunidad que pudiera ostentar, precisamente por ese hecho.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En el Razonamiento Jurídico Décimo Tercero del Auto de 16 de octubre de 2008, se dice, <<*Por otro lado y visto el período de las desapariciones, la fecha de alguna de ellas, que seguirían enmarcadas en el plan sistemático y selectivo diseñado, debe constatarse la supervivencia o no de presuntos responsables que no ocuparan puestos de alta responsabilidad,* ***en atención a la influencia que pueda tener para la continuación de esta causa en otra jurisdicción, y, esto, en su caso deberá hacerse en el marco competencial correspondiente que podrá no ser el de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y este Juzgado>>***. Asimismo en ese Razonamiento (página 53) se añade <<(…) *a la vez que resulta claro que la* ***obligación de propiciar, controlar y dirigir una investigación con tal objetivo(…) debe ser impulsada por la autoridad judicial competente****…>>*

La autoridad judicial competente hasta este mismo momento procesal ha sido el Juzgado Central de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional, en virtud de la existencia del vínculo de conexidad que existía con el delito contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno, tal como se ha razonado en esta causa. No obstante y como ya se anunciaba en el auto de 16 de octubre

de 2008 y ahora se confirma, una vez que se ha **constatado la extinción de la responsabilidad por fallecimiento**, fehacientemente acreditado a través de los correspondientes certificaciones e informes policiales, **la competencia de este Juzgado y de la Sala d lo Penal de la Audiencia Nacional, desaparecen, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos, 21, 23, 65 y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no estar en estos artículos el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de las víctimas en el contexto de crímenes contra la humanidad ocurridos en España a partir del 17 de julio de 1936 en la forma descrita en esta resolución y en la ya citada del 16 de octubre de 2008.**

Esto es así, a pesar de la gravedad de los hechos, sin que exista posibilidad de aplicar las normas de competencia a favor de la Audiencia Nacional en virtud del principio de justicia penal universal (art. 23.4 de la LOPJ),al no se necesario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23. 1 de la misma Ley en relación con los artículos 14, 15, 16, 17 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen cual o cuales deben ser los Juzgados que, establecida la falta de competencia para continuar conociendo por éste, y, previa la inhibición que ahora se acuerda y aceptación de la misma, correspondan en función del territorio en el que se hubieran cometido los hechos, o, el en que se hubieran descubierto las pruebas materiales del delito, o los demás presupuestos, según la prelación establecida en el citado art. 15 de la LECr.

En este punto, debe hacerse una reflexión muy especial para tratar de centrar las cosas a la vista de como se está desarrollando la tramitación de esta causa y las dificultades procesales que, desde el auto de 16 de octubre, se vienen sucediendo.

La búsqueda de las pruebas materiales del delito incluye en forma principal: **la localización de la víctima inmediata; la del lugar donde se supone que esa víctima puede estar, partiendo de aquél en el que se produjo la desaparición; la recuperación del cadáver en su caso, o constatación de la inexistencia del mismo. Tal diligencia debe plasmarse en la más rápida y urgente exhumación de los cuerpos de los que existan datos sobre los lugares en los que se encuentren y por ende respecto de aquellos en los que se hayan solicitado la exhumación de cadáveres**. Máxime si se tiene en cuenta que, al tratarse de un crimen de detención ilegal con desaparición forzada de personas, **el delito se sigue cometiendo hoy, tanto en el caso de los que aparezcan muertos, como en el de los que estén vivos ("Niños perdidos del franquismo") por lo que no impedir que cesen los efectos del mismo, puede ser una grave responsabilidad.** Pero es que además, cualquier dilación puede dar lugar a **perjuicios irreparables al no adoptar medida alguna o suspenderse las adoptadas que impidan que desaparezcan las fuentes de prueba, específicamente las pruebas vivas (personas). En efecto, los restos de ADN que se extraigan de las víctimas halladas, para que puedan ser analizados con las cepas de las víctimas vivas, que en función de la fecha de**

los hechos y de la edad de las mismas podrían fallecer, deben ser tomadas, y, si no se toman, con todas las garantías, podrían imposibilitar la identificación de aquellas. Para evitarlo, se acordaron medidas al respecto. Cualquier dilación en el desarrollo de esta actividad puede contribuir en forma irreversible en la desaparición de otras pruebas igualmente valiosas - principalmente los testimonios de las personas vivas que pueden atestiguar sobre los hechos investigados, y que por la edad, deben recibirse en forma inmediata-; así como evitar la posibilidad desaparición de los fondos documentales privados y sin control de las administraciones públicas, de los cuales ya hay buena prueba en la causa, a través de la remisión de datos de particulares que hasta ahora nunca antes habían aparecido y que necesariamente deberían integrarse y sistematizarse en esos archivos. Nótese que ya, algunos de los testimonios de personas que podían haberse tomado de viva voz, no lo podrán ser -aunque se dispone de ellos por escrito- por haber fallecido las personas, alguna de ellas en fecha recientes.

Igualmente resulta urgente la identificación de los autores materiales o los demás participes en los hechos, que, igualmente que las víctimas, caso de vivir, tendrán una edad muy avanzada, y por ende es igualmente perentorio obtener la identificación y sus testimonios.

Por todo lo anterior, este juzgado ha dado los primeros pasos, absolutamente urgentes y necesarios, para posibilitar la acción de la justicia y de ahí también que dicte esta resolución en este momento a pesar de las incidencias procesales propuestas por el Ministerio Público que no han permitido hacerlo antes, como el mismo proponía, y, **para permitir que la actividad procesal continúe a fin de no perjudicar a las víctimas que, se intuye, deben estar cuando menos perplejas de la situación procesal de la causa.**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25, párrafo segundo de la LECr, <<**también acordará la inhibición** [el juez competente para promover la competencia], (es decir este juzgado, único que hasta la fecha esta conociendo de estos hechos) **a favor del Juez (..) competente cuando considere que el conocimiento de la causa no le corresponde, aunque sobre ello no haya precedido reclamación de los interesados ni del Ministerio Fiscal.>>**

El Ministerio Fiscal, en la página 40 de su escrito recurso de 20 de octubre dice que, <<*invalidada esa conexidad- la de los delitos contra los Altos organismos de la nación y la forma de gobierno- las investigaciones sobre las detenciones ilegales con desapariciones forzadas deberían trasladarse a cada uno de los órganos judiciales territorialmente competentes a los efectos que hemos indicado en el apartado 1 d este escrito.* >>

El Instructor, obviamente no está de acuerdo en la expresión "invalidada" que utiliza el Ministerio público, sino que tal conexión, en atención a lo expuesto en este razonamiento y en los ordinales, Segundo y Décimo Sexto de esta resolución, ha dejado de estar vigente, una vez constatada documentalmente la defunción de los principales responsables y **por ende procede, como propone el Sr. Fiscal la inhibición a cada uno de los jueces territorialmente competentes.**

Acordada la inhibición, y , **visto el auto de la sala de lo penal de la Audiencia nacional, se cumplirá su contenido, al ser criterio de decisión superior y, en su caso, si hubiera peticiones de las partes, con el fin de no quebrantar, por incorrecta interpretación, lo dispuesto en esa resolución, se consultará a la meritada Sala cualquier acto procesal, tendente a lo que deba entenderse por "diligencias necesarias para comprobar el delito, averiguar e identificar a los posibles culpables y proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo"** (art. 25, párrafo tercero) en función de las peticiones que deduzcan las partes. Por lo demás y tal como expresa el citado artículo 25, a continuación "A tal efecto, la resolución que inicialmente acuerde la inhibición expresará esta circunstancia, y a ella se acompañará únicamente testimonio de las actuaciones"

En atención a lo expuesto y a los lugares en los que se ha solicitado exhumaciones (Hecho Octavo) debe acordarse la inhibición

a favor de los Juzgados de Instrucción de los partidos judiciales a los que corresponda cada una de las localidades o lugares donde se ubican, presuntamente, las fosas, así como a favor los diferentes juzgados en los que se hayan desarrollado actos objeto de investigación en esta causa y que se citan en esta resolución, sin perjuicio de las inhibiciones que procedan en función de la solicitud de las partes y si procede en derecho. En todos los casos, se remitirá el correspondiente testimonio de este auto y de las actuaciones, en formato DVD, si estuviere disponible o en papel, caso contrario.

Por lo expuesto y vistos los artículos de general aplicación.

DISPONGO

1.- DECLARAR EXTINGUIDA LA RESPONSABILIDAD PENAL POR FALLECIMENTO respecto de los delitos contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno, así como respecto del delito de detención ilegal con desaparición forzada de personas, en el contexto de crímenes contra la humanidad de:

Francisco Franco Bahamonde, Miguel Cabanellas Ferrer, Andrés Saliquet Zumeta, Miguel Ponte Manso de Zúñiga, Emilio Mola Vidal, Fidel Dávila Arrondo, Federico Montaner Canet, Fernando Moreno Calderón, Francisco Moreno Fernández, Germán Gil y Yuste, Luis Orgaz Yoldi, Gonzalo Queipo de Llano y Sierra, Francisco Gómez-

Jordana y Souza, Francisco Fermoso Blanco, Luis Valdés Cabanilla, Nicolás Franco Bahamonde, Francisco de Asís Serrat i Bonastre, José Cortés López, Ramón Serrano Súñer, Severiano Martínez Anido, Tomás Domínguez Arévalo, Raimundo Fernández Cuesta y Merelo, Valentín Galarza Morante, Esteban Bilbao y Eguía, Jose Luis Arrese y Magra, Juan Yagüe Blanco, Salvador Moreno Fernández, Agustín Muñoz Grandes, José Enrique Varela Iglesias, Juan Vigón Suero Díaz, Blas Pérez González, Carlos Asensio Cabanillas, Eduardo Aunós Pérez, Eduardo González Gallarza, Francisco Regalado Rodríguez, Manuel Hedilla Larrea, Tomas Domínguez Arévalo, Darío Gazapo Valdez, Tomás Dolz del Espejo, Joaquín Miranda, Luis Arrellano Dihinx, Ernesto Jiménez Caballero, Pedro González Bueno y Fernando González Vélez y Ladislao López Bassa.

2.- **ACORDAR LA INHIBICION DE ESTA CAUSA, CON TODAS SUS PIEZAS**, en la forma expuesta en esta resolución, a favor de los Juzgados de Instrucción de las localidades a las que pertenezcan los lugares en los que estén ubicadas las fosas identificadas y que por provincias son: A Coruña, Asturias, Badajoz, Burgos, Castellón, Córdoba, Granada, Huelva Huesca, León, Lugo, Madrid, Navarra, Palencia, Pontevedra, Salamanca, Soria, Toledo, Zamora y Zaragoza; así como a favor de los Juzgados de Instrucción Decanos de Barcelona, Burgos, Valencia, Vizcaya, Madrid, Málaga y Zaragoza.

3.- **ACORDAR LA INHIBICION DE ESTA CAUSA CON TODAS SUS PIEZAS**, a favor de los Juzgados que se identifiquen, en el futuro, por las partes, respecto de los hechos que les correspondan territorialmente.

4.- **REMITIR TESTIMONIO DE ESTA RESOLUCIÓN Y DE LA CAUSA,** en formato DVD, si estuviera hecho o en formato papel, para dar cumplimiento por cada uno de esos juzgados a lo dispuesto en el artículo 25 párrafo tercero, inciso final de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.- **ACORDAR LA ELEVACIÓN DE ATENTA COMUNICACIÓN A LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL,** de cualquier actividad procesal que se desarrolle y peticiones de las partes hasta que gane firmeza de la inhibición acorada a fin de que disponga, con carácter previo, su apego a la resolución dictada por la misma el 7 de noviembre de 2008 y así evitar interpretaciones divergentes por parte de este Juzgado.

6.- **DIRIGIR ATENTA COMUNICACIÓN AL SR. MINISTRO DE JUSTICIA,** informándole de la existencia del grupo de Expertos, Grupo Policial y peritos que están informatizando la causa y todos los

datos y documentos, para su conocimiento, y, en su caso compatibilizar la actividad con la que compete al desarrollo de la Ley 52/ 2007 de 26 de diciembre, con el fin de evitar solapamientos en la labor de recopilación de datos, formación de un adecuado protocolo de exhumaciones, identificación e inhumaciones de los cadáveres, preservando la cadena de custodia de los restos humanos y de otros elementos o pruebas que pueden ser necesarios en el ámbito de la jurisdicción penal.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y restantes partes personadas.

Así lo acuerda, manda y firma D. BALTASAR GARZON REAL, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de Madrid. Doy fe.-

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.-