

MODELO DE DENUNCIA

para los siguientes tipos de casos de personas privadas de libertad a partir del 17 de Julio de 1936:

- 1) Persona privada de libertad en su casa o en la calle por grupo armado con uniformes de falange, requeté o Guardia Civil y de la que no se volvió a tener noticias.
- 2) Persona privada de libertad en su casa o en la calle por un grupo armado con uniformes de falange, requeté o Guardia Civil, ingresada en un centro policial o de la Guardia Civil y pasados unos días ya no se volvió a tener noticias de la misma.
- 3) Persona privada de libertad en su casa o en la calle por un grupo armado con uniformes de falange, requeté o Guardia Civil, que fue ingresada en un centro de detención o prisión y sin intervención de ninguna autoridad judicial civil o militar, fue sacada por la policía o Guardia Civil, o por un grupo de falangistas o requetés, de dicho centro de detención, sin que se volvieran a tener noticias de ella.
- 4) Persona privada de libertad en su casa o en la calle por un grupo armado con uniformes de falange, requeté o Guardia Civi, puesta a disposición judicial civil o militar, sometida a procedimiento, y antes de celebrar juicio alguno ni dictarse, en consecuencia, la oportuna sentencia, fue sacada del centro de detención o prisión sin volverse a tener noticias de la misma.

Al Juzgado de Instrucción

X.Y.Z.....(circunstancias personales) con el debido respecto y mediante el presente escrito formula ante ese Juzgado denuncia de los siguientes hechos:

Primero:

(A modo de ejemplo):

Sobre lashoras del día....de Julio.....de 1936, cinco individuos no identificados (descripción posible haciendo referencia a algún elemento de pertenencia a algún grupo -falangista, requeté-) irrumpieron en el domicilio de ... A.A.A....., sito en la calle..... nºde la localidad de....., del Partido Judicial de, provincia de, quien al ser requerido para que los acompañara, a la vista del tono amenazante y las pistolas que esgrimían, accedió a subir a la camioneta aparcada en las inmediaciones, cuyo vehículo salió en dirección a.....

A.A.A. era natural de(circunstancias personales y de relación de parentesco con el denunciante. Y si estaba afiliado al algún partido, sindicato, asociación, etc. y en su caso si ocupaba algún cargo en el Ayuntamiento electo)

Segundo:

Por los comentarios que circularon por el pueblo y las aseveraciones que les han formulado D..... y D..... (circunstancias personales) cree el denunciante que A.A.A.....fue conducido por dichos individuos a las cercanías del cementerio de.....(u otro lugar...), lugar en el que fue visto por última vez, y dónde se pierde su rastro, desconociendo cual ha sido su destino, estimando que quizás pudiera haber sido fusilado junto con otros vecinos de la misma localidad y enterrados en la fosa situada en....., dada la forma en la que fue obligado a salir de su domicilio, y según manifestaciones efectuadas por personas que vivieron en las inmediaciones durante esas fechas, y que se han ido transmitiendo verbalmente hasta la fecha.

Tercero:

Consultado el Registro Civil, no aparece inscrita su defunción.(Se aporta certificación negativa del Registro).

(Si constase su inscripción de fallecimiento fuera de plazo, habrá que aportar fotocopia certificada de todo el expediente y certificación de la inscripción realizada, o solicitar que se recabe testimonio del mismo o que se una si obrase en el propio juzgado)

No tiene constancia el denunciante de que por estos hechos se incoara el oportuno procedimiento penal, pues nunca ni a él ni a ninguno de los que en su momento tuvieron la condición de perjudicados le fue hecho el oportuno ofrecimiento de acciones que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 109)

Y de las indagaciones que ha venido haciendo la familia, no ha encontrado a nadie que haya vuelto a ver con vida aA.A.A.....

Cuarto.-

Esta privación de libertad se llevó a cabo dentro de un plan generalizado y sistemático de represión y eliminación del oponente político, según se infiere de los hechos siguientes:

1º.- La ARMH (Asociación por la Recuperación de la Memoria histórica) en el escrito presentado ante el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la ONU, el 20 de agosto de 2002, entre otros extremos afirma:

“En España, mas de 30.000 cuerpos no-identificados permanecen en fosas comunes... Algunas de dichas fosas, como las de Mérida tendrían a unas 3500 personas, las de Oviedo, unas 1.600 personas, las de Gijón, 2000, las de Sevilla, 2.500 personas, Teruel, 1.005 personas, y la lista se puede ir ampliando. En la inmensa mayoría de ellas se encuentran los cadáveres de Españoles desaparecidos tras ser arrestados por grupos armados afines al General Franco, cuando tomaron el control de la zona. En varios otros casos, fueron desaparecidos encontrándose en manos de Agentes del Estado, meses después de haber concluido el conflicto armado y ya

firmemente establecido el régimen del General Franco. Todos ellos eran sospechosos de participación, militancia o afinidad con el Estado Republicano” (Vid. <http://www.memoriacatalunya.org/documents/doc130.htm>)

2º.- El historiador Francisco Espinosa(2002) en el Capítulo “Julio 1936. Golpe militar y plan de exterminio” en “Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco” Editorial Critica, Edición de 2004, pág. 57.) afirma:

“...En la zona sublevada donde la represión se planificaba y donde la jerarquía y la disciplina fueron absolutas, los crímenes se produjeron en todo momento con el conocimiento de las autoridades, por medio de fuerzas designadas para la ocasión por esas mismas autoridades e incluso con un cura confesor entre el camión y el paredón”.

El historiador llega a esta afirmación en base, entre otros, a los documentos y afirmaciones que se recogen a continuación:

2º.a).-El General Yagüe, en el plan para Marruecos, el 30 de Junio de 1936, dos semanas antes del día clave para el golpe militar, siguiendo las “Instrucciones Reservadas” del General Mola, y sus “Directivas para Marruecos” de 24 de Junio de 1936, las concretó aquél en:

“-utilizar las fuerzas moras Regulares, Mehal-las, Harkas y Policía indígena.

-Conferir el mando del orden público y seguridad en las ciudades a elementos de Falange

-Detener a las autoridades españolas que sean sospechosas

-Clausurar todos los locales de reuniones públicas, tales como centrales sindicales, logias masónicas, sedes de partidos, casas del pueblo, ateneos.

-Eliminar los elementos izquierdistas: comunistas, anarquistas, sindicalistas, masones, etc...” (Ibidem, pág. 61)

2º.b).-José María Pemán en su arenga de 24 de Julio de 1936 en la zona rebelde:

“La guerra, con su luz de fusilería, nos ha abierto los ojos a todos. La idea de turno o juego político, ha sido sustituida para siempre, por la idea de exterminio y expulsión, única salida válida frente a un enemigo que está haciendo de España un destrozamiento como jamás en la historia nos lo causó ninguna nación extranjera” (Ibidem pág. 61)

2º.c).-Victoriano Aguilar Salguero, Jefe de Milicias de Falange de Badajoz en el verano del 36, implicado en la **desaparición** de un maestro socialista en Torremayor (Badajoz) sobre la que se abre una investigación (sumario) por su parentesco con un falangista sevillano, declaró abiertamente su intervención en los hechos:

“a tenor de las órdenes recibidas de fusilar a todos los individuos dirigentes o de marcada significación izquierdista, culpables del estado anárquico en que se encontraba España” (Ibidem pág. 71)

2º.d).-Otro falangista, de mayor rango aún (afirma el historiador Espinosa), José Sardiña Peigneux, llega a afirmar en el mismo sumario que él personalmente escuchó a Yagüe en Lobón (Badajoz) decir que:

*“había que **limpiar los pueblos** de las inmediaciones que se fueran liberando, pero no sin antes convencerse de que eran **individuos peligrosos como marxistas**”*

Y ese mismo declarante recordaba que en cierta ocasión en que llevaron desde Talavera La Real (Badajoz) a un “sujeto peligrosísimo” ante el Teniente de la Guardia Civil Manuel López Verdasco, este les dijo:

“que para qué se habían molestado en traerlo a Badajoz, dando órdenes a unos guardias para que les indicaran el sitio de costumbre y lo ejecutaron” (Ibidem pág. 72)

2º.e).-Según documento obrante en la “Causa General” el Alcalde de Reina (Badajoz) dirige un oficio al Fiscal Instructor de dicha provincia, del tenor siguiente:

“Tengo el honor de participar a V.S. contestando a sus oficios de 22 y 28 de marzo último y 20 del corriente mes, que de los antecedentes adquiridos por los Agentes de la Autoridad resulta que en este término municipal existen los restos de los individuos no identificados que a continuación se expresan:

En el sitio VALLE DE LA ZURANGA cerca del Cordel y a la derecha del Arroyo y a la izquierda de la carretera en una zanja fueron enterrados los cadáveres de siete hombres y en el mismo cordel uno. En la Hombría (sic) de la ALCORNOCOSA también se encuentra enterrado otro hombre. Detrás del cortijo de MALPICA y en dirección por cima de la Fuente se encuentran enterrados los cadáveres de cinco hombres. Y en un cerro junto al MOLINO DE LA LOBITA existe igualmente enterrado el cadáver de otro hombre.

Los cadáveres a que me refiero fueron enterrados en le mes de agosto de 1936 en zanjas que fueron abiertas para este fin y desde entonces hasta la hecha no hay noticias de que a la sepulturas mencionadas les (sic) haya tocado nadie ni los restos hayan sido sacados por ningún animal, como están en el campo desde luego no reúnen condiciones de seguridad aunque en la parte de salubridad no están afectadas.

Dios guarde a V.S. Muchos años.

Reina 26 de Mayo de 1941. El Alcalde (ilegible)” (Ibidem pág.79)

2º.f).-El día 4 de Noviembre de 1936, Queipo de Llano escribe al General José López-Pinto, máxima autoridad golpista en Cádiz, en la que le dice:

*“¡Esto se acaba! Lo más que durará son diez días. **Para esa fecha es preciso que hayas acabado con todos los pistoleros y comunistas de esa**” (Ibidem, pág. 84)*

2º.g).-En el Decreto nº 67, de 16 de Noviembre de 1936, sobre Inscripción de Desaparecidos, se decía:

“consecuencia natural de toda guerra es la desaparición de personas, combatientes o no, víctimas de bombardeos, incendios u otras causas con la lucha relacionadas” (Ibidem, pág. 103)

3º.- En la Instrucción Reservada nº 1, firmada el 25 de mayo de 1936, por el General Mola se dice:

*“La acción insurreccional **ha de ser en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo, que es fuerte y bien organizado**” (Josep Fontana, en “España bajo el franquismo”, (1986) Editorial Critica, pág 19)*

En el Bando de Queipo de Llano, dado en Sevilla, de 23 de Julio de 1936 se dice:

*“En todo gremio que se produzca una huelga o un abandono de servicio, que por su importancia pueda estimarse como tal, **serán pasados por las armas inmediatamente** todas las personas que compongan **la directiva del gremio** y además, un **número igual de individuos** de éste, **discrecionalmente escogidos...**”*

Y si se comprobaba que algún pueblo se habían realizado “Actos de crueldad contra las personas” decía también dicho Bando:

*“...Serán pasados por las armas, sin formación de causa, las directivas y organizaciones marxista o comunista que en el pueblo existan y caso de no darse con tales directivos serán ejecutados un número igual de afiliados, **arbitrariamente elegidos...sin perjuicio** de castigar, además, a los culpables efectivos de tales actos de crueldad contra las personas (Josep Fontana, en “España bajo el Franquismo”(1986) Editorial Critica, pág 19)*

El 13 de Agosto de 1936 el Juez de Instrucción de Peñaranda de Bracamonte(Salamanca) remite al Juez Municipal de la localidad el oficio del siguiente tenor literal:

“Por el Ilmo. Sr. Presidente de la Audiencia Provincial, se traslada a este Juzgado de Instrucción la Orden del Excmo. Señor General de la Séptima División, de 10 del actual, que dice así:

*“Las circunstancias actuales que de hecho y de derecho determinan la situación de campaña obligan a simplificar trámites en lo concerniente a actuaciones para levantamiento y reconocimiento pericial de cadáveres de individuos **presuntamente fallecidos por choque con la fuerza pública debiendo en estas causas limitarse la actuación de los Juzgados tanto militares como civiles, a ordenar rápidamente su traslado a los depósitos correspondientes donde serán identificados y reconocidos a los fines de certificación de fallecimiento y referencia solamente del aspecto exterior del mismo sin práctica de autopsia, procediéndose lo más pronto posible a su enterramiento**”.*

Lo que traslado a V. para su debido conocimiento y cumplimiento en todas sus partes, acusando recibo seguidamente.

Peñaranda de Bracamonte a 13 de Agosto de 1936.

(Firma ilegible)...” (Josep Fontana, en “España bajo el franquismo”(1986) Editorial Critica, pág 21)

4º.- El diario norteamericano Chicago Tribune, de 28 de Agosto 1936, página 2. publicó la entrevista mantenida por el periodista Jay Allen con el General Franco, parte de cuyo diálogo fue:

“-”¿Entonces no hay tregua, no es posible algún compromiso?”

-”No. No, decididamente, no. Nosotros estamos luchando por España. Ellos luchan contra España. Lo conseguiremos a cualquier precio”

-”Tendrá que matar a media España”, dijo. Giró su cabeza, sonrió y mirándome fijamente respondió:

-”He dicho que al precio que sea”.

(Alberto Reig Tapia, en “La Cruzada de 1936”, Alianza Editorial (2006) nota 57, págs. 177-178)

5º.- El historiador Ronald Frazer en su obra “Recuérdalo tú y recuérdalo a otros. Historia oral de la Guerra Civil Española”, recoge la valoración que le hizo un Fiscal del Tribunal Supremo, amigo de Quiipo de Llano:

*“Pero que quede bien claro: tuve la oportunidad de ser testigo de la represión en ambas zonas. **En la nacionalista, era planificada, metódica, fría.** Como no se fiaban de la gente, **las autoridades imponían su voluntad por medio del terror.** Para ello cometieron atrocidades. En la zona del Frente Popular también se cometieron atrocidades. En eso ambas zonas se parecían, pero la diferencia reside en que en la zona republicana los crímenes los perpetró una gente apasionada, no las autoridades. Estas siempre trataban de impedirlos. La ayuda que me prestaron para que escapara no es más que un caso entre muchos. No fue así en la zona nacionalista. Allí fusilaron a más gente, **estaba organizado científicamente...**”* (Editorial Crítica, 2ª edición Octubre 1979, tomo I, pág. 385).

6º.-El historiador Julián Casanova en su trabajo “La Paz dxe Franco” dentro de la obra “Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco” (Editorial Crítica, Barcelona 2004) afirma en la página 11:

*“La operación de limpieza tuvo un trasfondo militar y religioso perfectamente compatible con alucinantes teorías de racismo eugenésico importadas de la Alemania nazi. Franco veía esa guerra de exterminio como un **“castigo espiritual, castigo que Dios impone a una vida torcida a una historia no limpia”**. Uno de sus oficiales de prensa, el terrateniente y capitán del Ejército, Gonzalo de Aguilera, le contaba al periodista norteamericano John Whitaker que había que **“matar, matar y matar”** a todos los rojos para librar a España del **“virus del bolchevismo”**, de las **“ratas y piojos”**, **“exterminar un tercio de la población masculina”**, limpiar el país de proletarios y acabar así de golpe con el paro. Y el doctor Antonio Vallejo-Nájera, director del departamento de los Servicios Psiquiátricos del Ejército de Franco, primer catedrático de Psiquiatría que tuvo la Universidad de Madrid, quería ver otra vez a la **“raza hispano-romano-gótica”**, una raza **“invasora y dominante imperialista”**, libre de las ideas **“extranjeras”** que le habían convertido en una **“raza inferior y degenerada”**” (En la nota 15, pág 299, el profesor Casanova dice: “Las frases de Franco, Gonzalo de Aguilera y Vallejo-Nájera están sacadas del estimulante estudio que sobre la violencia y la manipulación de la memoria hace Michael Richardas en *Un tiempo de silencio. La guerra civil y la cultura de la represión en la España de Franco 1936-1945*. Crítica. Barcelona, 1999 pp. 53, 49-50 y 62-64 respectivamente”.*

7º.-En la “Causa General”(Caja 1421-1 de Teruel obrante en el AHN-Madrid.) en relación al Juez de Instrucción de Calamocha Vicente Martínez Alhambra obra la siguiente:

“Diligencia.- En Zaragoza a treinta y uno de Julio de mil novecientos cuarenta y uno. Para hacer constar que con fecha treinta y uno de Julio de mil novecientos cuarenta y uno se recibe informe del Juez de 1ª Instancia e Instrucción de Calamocha, expresando la total adhesión a nuestro Movimiento del que fue Juez de aquel partido Don Vicente Martínez Alhambra, el cual fue denunciado vilmente ante las Autoridades nacionales motivando su fusilamiento; comprobándose posteriormente la falsedad de la denuncia y rehabilitándose su memoria, a la par que se castigaba a los culpables con todo rigor. Como tanto el informe aludido como en las actuaciones que motivaron los datos que contenía pudiera dar lugar a la incoación de nuevas actuaciones, se remite todo lo referente a este incidente, por otra parte ajena a

la Causa General, a la Superioridad en consulta y a los efectos que estime más procedentes. Doy fe”

Asimismo obra en dicha “Causa General” oficio del Comandante del Puesto de la Guardia Civil de Caminreal (Teruel) de 29 de Octubre de 1941, dirigido al Fiscal Instructor de la Causa General, con el siguiente contenido en relación a los pueblos de El Poyo, Fuentes Claras y Bañón:

*“...Al iniciarse el Alzamiento Nacional hubo en los primeros momentos algo de incertidumbre, si bien al personarse la fuerza del Cuerpo, todo el pueblo reaccionó seguidamente en favor de éste, procediendo al cambio de la Gestora, a publicar el bando de guerra y **procediendo a la recogida de armas de las escasas personas que había de izquierdas, entregándose éstas y las que había depositadas en la Casa Cuartel a los elementos de derechas...**”*

Añadiéndose respecto al pueblo de Fuentes Claras:

“Al Tte. Alcalde Antonio Plumé Ramos...se le aplicó el Bando de Guerra”

Y respecto al de Bañón:

“A Eusebio Simón Barrado...se le aplicó el Bando de Guerra”

8º.- En el BOE nº 17 de 11 de Noviembre de 1936, aparece publicado el Decreto nº 67, en que se reconoce oficialmente la existencia de “desaparición de personas”:

“Decreto número 67

Consecuencia natural de toda guerra es la desaparición de personas, combatientes o no, víctimas de bombardeos, incendios u otras causas con la lucha relacionadas, acaeciendo que, no obstante la certeza del óbito, la identificación de los cadáveres, ya por ser desconocidas las personas en el lugar en que su muerte ocurriera o por aparecer deformes o descompuestos, resulta labor imposible.

Estas circunstancias, que motivaron últimamente el Decreto de 19 da mayo de 1923, demandan ahora con más intensidad la adopción de una medida análoga tendente a facilitar la Inscripción de ausencias, desapariciones o fallecimientos, con objeto de que las relaciones patrimoniales y familiares puedan normalizarse sin aquella demora que impondría la observación de preceptos notoriamente inadecuados en el presente caso.

A este efecto.

DISPONGO:

*Artículo primero. La inscripción del fallecimiento o **la de desaparición de personas, ocurridas con motivo de la actual lucha nacional contra el marxismo**, fueran o no aquellas combatientes, se verificará en el Registro civil del último domicilio, y si éste no constase en el de la naturaleza del individuo de que se trate, lográndose una u otra mediante un expediente que habrá de tramitarse ante el Juez de primera Instancia competente.*

Artículo segundo. Transcurridos que sean cinco años desde la inscripción de los desaparecidos, el Juez que la decretara, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte conforme a lo ordenado en los artículos ciento noventa y uno y siguientes del Código civil.

Artículo tercero. Por la Comisión de Justicia, dependiente de la Junta Política del Estado se redactarán las órdenes oportunas para el desenvolvimiento y cumplimiento de lo decretado.

Dado en Salamanca a ocho de noviembre de mil novecientos treinta y seis.

FRANCISCO FRANCO”

9º.- En el “Informe (“Amicus curiae”) sobre derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las Víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de Derecho Humanos cometidos en España durante la Guerra Civil y la Dictadura” suscrito en Ginebra y Las Palmas de Gran Canaria, el día 30 de Abril de 2.008, por Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez en nombre y representación de AEDIDH (“Asociación

Española para el Desarrollo y la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos), se afirma:

*“Las órdenes impartidas en España desde 1936 por los insurrectos y por la dirigencia que les reemplazó, mediante bandos militares, decretos y otros medios dirigidos a mantener y repetir en el tiempo estas conductas criminales acreditan también que **no fueron crímenes ejecutados en su solo acto, ni en un corto período de tiempo, sino que fueron sostenidos en el tiempo repitiéndose con mayor o menor intensidad**, en horrenda sucesión, desde la fecha de la insurrección, **respondiendo a un plan premeditado** y, como se expuso, ocasionando a las víctimas daños y lesiones inhumanos y severos, que aún perduran”*

Quinto.-

Que en el momento de realización de los hechos la privación ilegal de libertad denunciada constituiría un delito de **detención ilegal**, previsto y penado en el art. 474 del Código Penal promulgado el 5 de Noviembre de 1932 y que entró en vigor el 1º de Diciembre del mismo año.

Sexto.-

-a) Que a la vista de la previsión constitucional del Art. 7 de la Constitución de la II República de 1931 (*“El Estado español acatará las normas universales de Derecho Internacional incorporándolas a su derecho positivo”*);

-b) y dado que España era parte no solo del Convenio de Ginebra de 27 de Julio de 1929, relativo al tratamiento a los prisioneros de guerra, sino también del Convenio de la Haya de 1899 que codificaba las leyes y usos de carácter consuetudinario, y entre ellos la conocida por “Cláusula Martens” que fue incorporada al Preámbulo del Convenio de La Haya de 1907: *“En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellos, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de Humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”*. Clausula Martens, cuyo contenido esencial fue incorporado asimismo al Derecho Internacional convencional en los artículos 3º de los Convenios de Ginebra de 1949, que supusieron la codificación del Derecho Internacional consuetudinario ya existente.

-c) que no puede olvidarse, tal como afirma Denise Plattner, citando al que fue el primer presidente del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Antonio Cassese, que : *“De la misma manera que la II Guerra Mundial, pero esta vez por lo que respecta a los conflictos armados no internacionales, la guerra civil de España fue el motor de la codificación y del desarrollo del derecho internacional humanitario”* (“La asistencia a la población civil en el Derecho internacional humanitario: evolución y actualidad” Revista de ICRC , 1992)

-d) y habida cuenta los factores y circunstancias que se recogen en el apartado **Cuarto**, y que el **“Bando de Guerra”** de 28 de Julio de 1936 se prolongó hasta el 5 de marzo de 1948, tras el fallido golpe militar contra el Gobierno constitucional el 17-18 de Julio de 1936,

Por tanto, la privación ilegal de libertad denunciada **podría asimismo** ser calificada de **“Crimen de guerra”** en el momento de ser realizados los hechos.

Séptimo.-

a).- **Dado que** 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 y abierta a la firma en Paris el 6 de Febrero de 2007(a cuyo acto asistió el Presidente del Gobierno de España), recoge en su PREAMBULO las siguientes afirmaciones:

“Los Estados parte en la presente Convención,

Considerando *que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales.*

Teniendo en cuenta *la Declaración Universal de Derechos Humanos*

Recordando

-el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

-el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

-y los otros instrumentos internacionales pertinentes

-de derechos humanos

-del derecho humanitario

-y del derecho penal internacional

Recordando también *la “Declaración sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133, de 18 de Diciembre de 1992.*

Conscientes *de la extrema gravedad de la desaparición forzada, que constituye un delito y, en determinadas circunstancias definidas por el Derecho internacional, un crimen de lesa humanidad.*

Decididos a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar contra la impunidad *en lo que respecta al delito de desaparición forzada.*

Teniendo presentes

-el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada

-y el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación

Afirmando

-el derecho a conocer

- la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada

-y la suerte de la persona desaparecida,

-así como el respeto a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin.

Han convenido *en los siguientes artículos:.....*

Artículo 2:

*A los efectos de la presente Convención se entenderá por **“desaparición forzada”***

*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*

Artículo 5:

*La práctica generalizada o sistemática de la desaparición
forzada constituye un crimen de lesa humanidad, tal como está definido en el derecho
internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho
internacional aplicable.....” (Vid. [http://huachen.org/spanish/law/disappearance-
convention.htm](http://huachen.org/spanish/law/disappearance-convention.htm))*

b) .- Habida cuenta asimismo que el art. 7.1.i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ratificado por España y en vigor desde el 1º de Julio de 2002) viene a confirmar este mismo concepto, cuando de un lado, incluye la “desaparición forzada” entre los “crímenes de lesa humanidad” señalando qué se entiende por desaparición forzosa (art. 72.i)), y por otro, determina que para ser considerada crimen de lesa humanidad, tal acto debe ser cometido “como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (art. 7.1) (vid. www.derechos.net/doc/tpi.html)

c) .- Y dado que la detención deAAA..... se practicó dentro de un plan generalizado y sistemático contra una población civil, según se infiere de los hechos y documentos recogidos en el apartado **Cuarto** del presente escrito,

Por tanto también los hechos denunciados podrían ser calificados de “Desaparición forzada” o “Crimen de lesa Humanidad”.

Octavo.-

Que por la Ley Orgánica 15/2003 se reformó el Código Penal añadiendo al Título XXIV(De los Delitos contra la Comunidad Internacional), el Capítulo II bis (**De los delitos de lesa humanidad**), integrado por un solo artículo, **el 607 bis.**

“1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1.º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1.º Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona.

Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139....

...7.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.

Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

8.º Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima....”

Noveno.-

-Que por la **Audiencia Nacional** en su sentencia de 19 de Abril de 2005 (Caso Scilingo) por la que, tras rechazar (f.1.6) la calificación propuesta de genocidio, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de lesa humanidad del art. 607 bis 1. 1º y 2º y 2.1º, 7º y 8º del vigente Código Penal, y condenó a Francisco Scilingo, “como autor responsable de **un delito de lesa humanidad**: 1º con causación de 30 muertes alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas; 2º con también realización de detención ilegal a la pena de 5 años de privación de libertad; 3º con causación de tortura grave igualmente a la pena de 5 años de privación de libertad”. (Vid. <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicial/doc/sentencia.html>)

-Que por el **Tribunal Supremo** (Sentencia 1 de Octubre de 2007, caso Scilingo) en el recurso de casación interpuesto contra la citada resolución de la Audiencia Nacional, tras anular parcialmente la misma, emitió fallo condenatorio condenándole “como autor de 30 delitos de **asesinato** previstos y penados en el art. 139.1º, como autor de un delito de **detención ilegal** previsto y penado en el art. 163, y como cómplice de 255 delitos de **detención ilegal** previstos y penados en el art. 163, todos ellos del Código Penal vigente, los cuales constituyen **crímenes contra la humanidad según el Derecho Internacional**” (Vid. <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicial/doc/stscilingo.html>)

Décimo.-

-**Dado** que el **Tribunal Constitucional** ha ido perfilando el alcance del derecho a la legalidad penal garantizado por el art. 25.1 de la Constitución Española en el sentido que ha hecho suyo la mayoría de los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia de 1º de Octubre de 2007.

-**Dado**, no obstante, que el **Tribunal Constitucional**, hasta el presente, no ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos de delitos tipificados como “Crímenes de lesa humanidad” por el Derecho Internacional, para poder modular su doctrina en relación a las garantías formal y material del art. 25.1 de la Constitución. Modulación que sí ha hecho cuando el Tribunal ha examinado el derecho a la legalidad penal en el ámbito sancionador administrativo o ante las llamadas “leyes penales en blanco”, tanto ante sanciones administrativas (242/2005, de 10 de octubre, fund. 2), como ante delitos

de derecho interno como los de tenencia ilícita de armas, intrusismo, etc. (STC 283/2006, de 9 de octubre, fund. 5).

-**Dado** que el propio legislador penal al dar cumplimiento a la exigencia de “reserva de ley” viene a limitar, en numerosas ocasiones, el rigor que en principio parecería exigible, y solo en muy pocos casos se ha planteado ante el Tribunal Constitucional, cuestión de inconstitucionalidad por tal motivo, y cuando ha tenido que intervenir por esta vía o por la de amparo, dicho Tribunal también tiene presente el principio de conservación de la norma y sus consecuencias. Que esta flexibilización legislativa se acostumbra a producir mediante la utilización de un lenguaje “*genérico, vago, rico en términos equívocos y valorativos*” tal como señala Ferrajoli (“Derecho y Razón” Edit. Trotta 1995, págs. 708 y ss) con el resultado -añade el mismo autor- de “*tipos delictivos de contenido indeterminado y elástico, para cuya determinación es necesaria la referencia a elementos extrajurídicos de naturaleza sustancial(moral, estética, política, sociológica o antropológica) a través de juicios discrecionales no sustentados en criterios legales, sino íntegramente confiados al poder dispositivo del juez*”, recogiendo en los textos penales -sigue diciendo Ferrajoli- “*Delitos de sospecha*”, “*Delitos de peligro abstracto o presunto, cuyo paradigma son los delitos asociativos y los de acuerdo previo...*”

-**Dado** que el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 62/1982, de 15 de octubre **ya apunta a la importancia que tiene la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional** : “*El actor alega también la infracción del principio de legalidad en materia penal a que se refiere el art. 25.1 de la Constitución, ya que los conceptos de los arts. 431 y 566.5 del Código Penal (el pudor, las buenas costumbres, la moral, la decencia pública), aplicados por las Sentencias, son abstractos, relativos e inconcretos, y no contienen para el ciudadano un mensaje taxativo que toda norma penal ha de comprender.*

*En relación con esta pretendida vulneración, debemos recordar que el art. 25.1 de la Constitución establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta (o infracción administrativa) de acuerdo con la legislación vigente. Es cierto que el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica, y es cierto también que el legislador para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la **protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional** en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su art. 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva, y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal.”(STC 62/1982, de 15 de octubre, fund. 7.C http://www.boe.es/g/es/bases_datos/tc.php)*

-**Dado** que para dicha modulación podrían tenerse en cuenta, entre otras circunstancias tales como:

-1) el valor supralegal -a la vista de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 96.1 de la Constitución- de los tratados, convenciones, resoluciones etc. incorporados en nuestro derecho interno conforme al párrafo primer de dicho artículo Art. 96.1 (STC 11/1985, de 30 de Enero, y STC 28/1991, de 14 de Febrero);

-2) el carácter infraconstitucional de los mismos dado que el art. 95.2 de la CE establece la posibilidad de un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales;

-3) que cuando se trata de Derechos Humanos tanto la Constitución como el derecho interno deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España (art. 10.2 de la CE) y en consecuencia, han de tenerse en cuenta asimismo los criterios interpretativos de los Tribunales de Derechos Humanos. Véase la STC 245/1991, de 16 de Diciembre, en la que se valora el alcance de la ejecución interna de las sentencias del TEDH, y se recoge, entre otras, la siguiente doctrina:

“El derecho a un proceso con todas las garantías, al igual que los demás derechos fundamentales, ha de ser interpretado de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE) entre los que ocupa un especial papel el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del que el TEDH realiza la interpretación y cuyas decisiones son obligatorias para nuestro Estado” (Fund. 3)

-4) que por tanto también el alcance del art. 25.1 de la CE debe valorarse teniendo en cuenta el art. 10.2 de la CE;

-5) que cuando se trata de normas “non self executing” en materia de Derechos Humanos, el juez viene obligado a interpretar el derecho interno de conformidad con dicha Declaración Universal y Tratados Internacionales de Derecho Humanos, porque ya están incorporados al derecho interno (vía “publicación” de su contenido -art. 96.1 CE- para conocimiento de los operadores jurídicos, especialmente los jueces y tribunales) aunque sin el desarrollo legislativo o reglamentario pertinente;

-6) que la pasividad del legislador del Estado en la conversión de tales normas de Derechos Humanos en “self executing”, (como la tardía incorporación formal al Código penal del art. 607 bis por la LO 15/2003, con entrada en vigor el 1º de Octubre de 2004), no puede ir en perjuicio de uno de los objetivos esenciales de dicha normativa internacional de Derechos Humanos, como es **evitar la impunidad** de crímenes gravísimos contra la Humanidad (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973);

-7) que la ausencia de fijación previa de pena en estas normas (de ahí en parte su calificación doctrinal de “non self executing”) puede ser suplida por la aplicación de las penas de los delitos comunes de derecho interno subyacentes y por tanto puede entenderse también que esas normas internacionales lo que en verdad están realizando es invitar únicamente a elevar, en su caso, a cada Estado parte, el mínimo penal que ya tienen reflejado cada uno de ellos en los delitos comunes subyacentes.

-8) Que en el momento de esa modulación esperable, debe tenerse en cuenta asimismo la especial trascendencia de los bienes jurídicos que se pretenden

proteger con tales normas, tanto en relación a la protección de las víctimas en el núcleo duro de sus derechos fundamentales -sector al que rara vez se hace referencia como contrapeso en el discurso interpretativo del alcance del derecho fundamental del enjuiciado del art. 25.1, siendo así que también existe **el derecho fundamental de las víctimas a la tutela judicial efectiva-**, como a la necesidad internacionalmente señalada de proteger a la humanidad misma, por la acentuada gravedad de los actos cometidos y contexto facilitador de impunidad en que se realizan.

-9) que si bien es adecuado en un auténtico Estado de Derecho, acentuar su carácter estricto en el momento de la formulación/conformación del derecho a la legalidad penal, **-dados los riesgos históricos que han supuesto concepciones como las de la Alemania nazi-** no parece prudente elevar el nivel de exigencia hasta el punto de facilitar la impunidad, máxime teniendo en cuenta las serias dificultades que la comunidad internacional encuentra para llegar a buen puerto en el camino de la tipificación internacional de estos delitos;

-10) que cabe preguntarse si a estas alturas de desarrollo del Derecho Penal Internacional, no es posible aceptar que el Derecho Penal Internacional consuetudinario tenga la misma virtualidad que el convencional, una vez incorporados formalmente al ordenamiento interno.

-11) que el propio Tribunal Supremo pese a rechazar la aplicabilidad del art. 607 bis, por seguir las exigencias formales y materiales del principio de legalidad penal fijadas por el Tribunal Constitucional, sin embargo, razona que dicha normativa internacional sobre Derechos Humanos (citando al respecto no sólo la Declaración Universal de Derechos Humanos sino “*los Tratados Internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*” Fund, Sexto.5), puede ser tenida en cuenta, no solo como elemento de ponderación de la mayor gravedad de los hechos y consiguiente fijación de la pena dentro del margen que le permite el derecho interno, sino además para poder justificar su perseguibilidad universal. Es más, llega a afirmar el Tribunal Supremo: “*Las previsiones del Derecho Internacional penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidos en cuenta al interpretar y aplicar las normas de Derecho Interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales*” (Fund. Octavo). Y por su parte, el propio Tribunal Constitucional (STC 107/1992, de 1 de Julio) al tratar el tema de la inmunidades y lo establecido en el art. 21 de la L.O.P.J., tras afirmar que : “*Los órganos jurisdiccionales españoles –incluido este Tribunal- se convierten en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional*”, y “*la mencionada remisión normativa del art. 21.2 L.O.P.J. exige, en cada caso, determinar la norma aplicable en conexión con el ordenamiento internacional; solución ésta a la que nada cabe achacar en estrictos términos jurídico-constitucionales, aunque parece aconsejable que se lleve a cabo un desarrollo legislativo de esta materia que produzca una mayor seguridad jurídica*” (Fund. Cuarto)

-12) que en la modulación del alcance del art. 25.1 parece que deban tenerse en cuenta también las especificidades del Derecho Penal Internacional consuetudinario y convencional, **para una mejor conformación del derecho a la legalidad penal**, como base esencial de un Estado de Derecho.

-13) que ello llevaría, por ejemplo a admitir la propuesta que formuló Remiro Bretons en el curso de Formación continuada de la Escuela Judicial sobre “Derecho Penal Internacional,; *“Probablemente no cabe requerir al juez estatal que, a semejanza del Juez de Nuremberg, se deje impresionar por la monstruosidad de ciertos hechos para convencerse a sí mismo de la imposibilidad de que con anterioridad no estuvieran ya inculcados, pero sí cabe proponer que -a menos que la ley o los tratados dispongan expresamente otra cosa- la fecha decisiva para que puedan proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no es la de su incorporación a las normas internas ni la de su consentimiento en obligarse por tratados tipificadores de crímenes internacionales, sino la de su cristalización en las normas generales del Derecho Internacional”*, (Vid. “Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2001) y como apoyo a su propuesta, recoge la referencia (39) al Auto del Juzgado nº 1 de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 2000, y luego afirma que el *“Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania ha traducido en cierto modo esta idea cuando para justificar la persecución penal de los “vopos” de la República Democrática Alemana, responsables de homicidios y lesiones a quienes trataban de cruzar irregularmente la frontera entre las dos Alemanias, afirmó que el principio de irretroactividad no ha de operar cuando el Derecho está en oposición fundamental con la Justicia.”* Véase asimismo el trabajo de Robert Alexy (“Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal” donde analiza la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín, en la revista *Doxa*, Cuadernos de Filosofía de Derecho Nº 23, 2000, pags. 197-232), en el que dicho autor recrea la fórmula de Radbruch aplicada por el tribunal, afirmando que *“El derecho extremadamente injusto no es derecho”*. (Véase: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_09.pdf)

Undécimo.-

Que hasta tanto el Tribunal Constitucional no se pronuncie, o la Sala Penal del Tribunal Supremo modifique su criterio interpretativo, debe entenderse que existen **ciertas dudas** de que a los hechos denunciados en el presente escrito, pueda ser aplicado el **art. 607 bis** del Código penal vigente por la vía de su calificación de delito de lesa humanidad. Aunque cabe hacer referencia en este momento *“al importante papel que pueden jugar las jurisdicciones internas para asegurar una adecuada aplicación del Derecho Internacional, sacando provecho de una concepción monista de las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno, que permita revisar una concepción estrictamente formal del principio de legalidad sin menoscabar por ello, los derechos de los justiciables”*, según considera Fernandez Pons, tras analizar los razonamientos vertidos por Damien Vandermeersch, Juez de Instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, en el auto dictado el 6 de noviembre de 1998, en el marco del proceso seguido en Bélgica contra Augusto Pinochet. Dicho juez estimó que aunque la norma internacional consuetudinaria que formula los crímenes contra la humanidad sea incompleta (“non self executing”) pues no contempla la pena a imponer, el juez natural puede integrarla aplicando las penas correspondientes a las “infractions en vertu du Droit penal commun” que normalmente serán más bajas que las que merecería un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, preservando el principio de legalidad de las penas. (Xavier Fernandez Pons “El Principio de legalidad y la inculcación internacional del individuo”, págs 16 y 17 <http://www.reei.org/reei5/XFdez.pdf>) Es bueno traer a colación asimismo las aseveraciones de este mismo autor en dicho trabajo (pags. 3 y 4) : *“A partir del examen*

de la jurisprudencia se han podido identificar esencialmente tres respuestas a la cuestión : a) la negación de la vigencia del principio *nullum crimen sine lege* en la incriminación internacional del individuo; b) la afirmación de tal vigencia, justificando su vulneración mediante una ponderación de los diversos valores en presencia; y c) la adaptación del principio a las peculiares formas de creación de las normas internacionales, excluyendo el carácter retroactivo de las “nuevas” incriminaciones y considerándolas como declarativas de un Derecho preexistente”. Y continua afirmando Fernández Pons : “... que esta tercera solución ha sido la preferida por la jurisprudencia y la acogida a nivel convencional. Así, tras la consagración del principio de irretroactividad de la legislación penal sancionadora en el Derecho Internacional por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tanto el Convenio Europeo de Derecho Humanos de 1950, como el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 han tratado de evitar la censura de juicios como los de Nuremberg y de jurisdicciones internas a otros nazis o supuestos análogos, pues tras proclamar el principio de legalidad, puntualizan, en sus respectivos arts. 7.2 y 15.2, que es compatible con dicho principio castigar a una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión, fuese criminal “a la luz de los principios generales del Derecho reconocidos por las nacionales civilizadas”. Y entre otras, pueden citarse las sentencias del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en los casos “Papon contra Francia”(15-11-2001) y “Kolk y Kislyiy contra Estonia” (17-1-2006).

Duodécimo.-

Por tanto, hoy por hoy, los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de **detención ilegal** del **art. 163 en relación con el art. 166 del vigente Código penal**, máxime teniendo en cuenta el carácter permanente de este delito tal como se razona a continuación, especialmente en la STS 2-11-199. criterio aplicado en el auto de 27-6-2008 del Juzgado Central nº 4 de la A.N. En las Diligencias Previas 120/2006 (“Caso Pertur”):

Ello no impide, siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 1º de octubre de 2007 (“Caso Schilingo”), estimar que estemos ante un delito de detención legal que para el Derecho Internacional sería de un **“crimen de guerra”** (apartado Sexto) o ante un delito de **“Desaparición forzada”** o **“Crimen de lesa humanidad”**(apartado Séptimo).

Décimo tercero.-

Que el **delito de detención ilegal es un delito permanente**. Así lo ha entendido la doctrina, recogiéndolo incluso como el ejemplo típico de delito permanente. Así, entre otros, los siguientes autores:

-Cuello Calón, Derecho Penal, 5ª edición Abril de 1940, tomo I, pág. 252. *“Son delitos permanentes aquellos en los que después de su consumación continua ininterrumpida la violación jurídica perfeccionada en aquélla (v.g. El rapto, las detenciones ilegales, la sustracción de menores)Y en el Tomo II, Séptima Edición de 1949, pág. 683, al tratar las detenciones ilegales afirma: “Éste es un delito permanente”*

-Sanchez-Tejerina, Derecho Penal Español Tomo I, 5ª Edición, Madrid 1950, pág. 345, *“Alimena dice que el delito continuado puede representarse por una serie de puntos, el permanente por una línea y el instantáneo por un punto...Los*

Códigos suelen castigar más o menos severamente estos delitos de privación de libertad, según se prolonguen más o menos tiempo; pero entendiendo que se trata de un solo delito...

-Rodríguez Devesa en “Derecho Penal Español” Parte Especial. Madrid 1973, pag. 268, al tratar los delitos de detenciones ilegales afirma: “*La consumación se produce en el mismo momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de actuar su voluntad de alejarse del lugar en que se encuentra; mas como la lesión del bien jurídico es susceptible de prolongarse por el agente, estamos ante un delito de permanencia relativa, en el que cabe una participación posterior a la consumación*”. Y este mismo autor, en el parte General de la misma Obra (Madrid 1974) en las páginas 351-352 mantiene: “*Delitos permanentes son aquellos en que a consecuencia de la actividad del sujeto se crea un estado antijurídico cuya cesación depende de su voluntad. Cuando esta actividad se halla incorporada al tipo de habla de delitos absolutamente permanentes o de permanencia absoluta, como ocurre en las detenciones ilegales por más de veinte días previstas en el art. 481-1º...Esta clasificación tiene importancia en los problemas de participación con posterioridad a la consumación y para el comienzo de la prescripción, entre otros problemas*”, y en la página 724 sostiene que en los delitos permanentes “*La permanencia pertenece al tipo*”. Y al tratar de la prescripción, en la página 579, afirma respecto al inicio del cómputo del plazo prescriptivo: “*Si es un delito permanente, cuando cese la lesión del interés jurídico protegido*”

-El Fiscal Alejandro del Toro Marzal, en la obra conjunta con los profesores Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo y Casabó Ruiz “Comentarios al Código Penal. Ediciones Ariel 1992., al tratar el cómputo de la prescripción asevera: “*En los delitos permanentes, la prescripción comienza desde que cesa la actuación reprobable. (5) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1958. Id. Ferrer, Comentarios, cit.II, pág. 417.*”

-Rodríguez Mourullo en “Derecho Penal”. Parte General Editorial Civitas 1978, en la pág. 128 se afirma: “*En el delito permanente el momento de la completa realización de los elementos constitutivos y el momento en que cesa el delito no coinciden. Por ejemplo, en la detención ilegal (art. 480 del Código Penal) los elementos constitutivos quedan perfectamente realizados cuando se produce la privación de la libertad, pero el delito no cesa en tanto no sea devuelta a la víctima esa libertad de la que se le privó*” y en las págs. 280-281 se dice: “*Por la duración de la ofensa al bien jurídico, se distinguen tipos instantáneos y tipos permanentes. En los primeros, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de producirse (v.gr. Artículo 407: destrucción de la vida. En los segundos la ofensa se prorroga por cierto tiempo, en tanto el agente no decide cesar en la presión del bien jurídico (v.gr. Artículo 440 raptó de mujer ejecutado contra su voluntad).La permanencia implica bienes jurídicos indestructibles que, una vez que cesa la lesión, recuperan su estado anterior. Por ejemplo la libertad.*”

-Puig Peña, de la carrera Fiscal, en “Derecho Penal” 5ª edición Parte general. Adiciones Nauta SA, Madrid 1959, en la pág. 300, afirma “*En la hipótesis del delito permanente, constituido, como ya sabemos, por una pluralidad continuada de acciones que mantienen sin alterar un estado antijurídico, como sucede con el secuestro o con el raptó, en donde se está violando el derecho durante un lapso de tiempo más o menos largo...*”

-Quintero Olivares en su obra “Introducción al Derecho Penal”, parte General, editorial Barcanova. Barcelona 1981, afirma en la pág. 240: *En los delitos permanentes (p.e. La detención ilegal) el resultado se alcanza al ofenderse el bien jurídico (la víctima fue privada de libertad), pero el estadio consumativo se prolonga en el tiempo mientras que dure la situación de ofensa al bien jurídico”.*

-Bustos Ramírez en su “Manual de Derecho Penal” parte Especial de la Editorial Ariel-Derecho. Barcelona 1986, al tratar las detenciones ilegales, afirma: *“Lo importante es que el encierro o la detención se constituyan en una afección a la libertad como lo señala el propio artículo 480 (“privándole de su libertad”). De ahí que también se trate de un delito permanente, pues continua en el tiempo mientras perdura la privación de libertad”.*

-Muñoz Conde en “Derecho Penal”, parte Especial, 9ª edición, en la pág. 152 afirma al tratar la consumación y participación en las detenciones ilegales: *“El delito se consuma cuando se ha producido el resultado de privación de libertad. Caben, pues, las formas imperfectas de ejecución. Pero como la detención ilegal es un estado que puede prolongarse en el tiempo, estamos a veces ante un delito permanente, al igual que el allanamiento de morada, en el que cabe la participación después de consumarse el delito, y que puede tener incidencia en la gravedad de la pena (cfr. arts. 480,3º y 481,2º)”.*

-Lloria García en su obra “Aproximación al Estudio del delito permanente”, Editorial Comares. Granada 2006, afirma en la página 39, al analizar el concepto de delito permanente: *“A partir de todo lo expuesto considero que constituyen delito permanente aquellos comportamientos (activos u omisivos) que suponen la creación de un estado antijurídico (de lesión o de peligro) para el bien jurídico protegido que se pueden 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 misma página, asevera: *“...de modo similar a lo que ocurre con las detenciones ilegales, delito permanente por excelencia...”.* Y previamente, en la Introducción de su trabajo (pág. 4) afirma: *“Exceptuando los delitos que atentan contra la libertad, exponentes clásicos de delitos permanentes, la determinación de si una figura de la parte especial posee o no naturaleza permanente varía de un órgano judicial a otro”.*

-Queralt Jiménez en su obra “Derecho Penal español”, parte Especial, Quinta edición, Editorial Atelier 2008, en la pág. 168, afirma: *“La detención ilegal, como sabemos, es un delito de estado. Ello significa que si bien se consuma desde el mismo momento en que la víctima pierde su libertad, la acción para perseguir este delito no empieza a computarse sino hasta que cesó la privación de libertad, sea por liberación, voluntaria o no, o muerte del sujeto si ésta es conocida”.* Y este mismo autor al analizar a continuación el art. 166 del vigente Código Penal señala en las págs. 177 y 178: *“...aca. Aunque con mejor técnica que su predecesor el nuevo precepto del CP resuelve muy defectuosamente la punición de un problema capital en los delitos de detención ilegal o secuestro: **El detenido no aparece.** Para este supuesto, el legislador anterior partía de una presunción: que el sujeto activo había dado muerte a la víctima, lo cual ciertamente, no es descabellado; de ahí la pena*

del asesinato que se asignaba a tal crimen. La Jurisprudencia en un intento poco afortunado, cuando no vano de salvar la constitucionalidad del anterior artículo 483 (STS26-6-1990; AATC 419,420,421/1990) se perdía en vericuetos y no entraba en el fondo de la cuestión: la **inversión de la carga de la prueba**. En efecto, no era la acusación la que debía probar la muerte del secuestrado, sino que el secuestrador debía probar que había dejado en libertad al detenido ilegalmente. No produciéndose esta demostración, se imponía la pena, en fin, del asesinato.

Ahora, por un lado, no se parte de la presunción de que la víctima ha sido muerta por el sujeto activo, sino de un hecho cierto: de que la víctima no aparece y de que, por tanto, en apariencia, se está prolongando indefinidamente la pérdida de libertad del sujeto pasivo. Esta es, pues, la razón del incremento de la pena para cada una de las modalidades típicas de detención ilegal o de secuestro. Ello incrementa la antijuridicidad de la acción inicial.

acb. No obstante, pese a resultar más conforme con la presunción de inocencia la dicción actual, el **problema de la inversión de la carga de la prueba sigue vigente** y queda patente, además, la mala conciencia del legislador. Así es, éste no ha modificado la redacción anterior, sin tener, de acuerdo con las referidas e incorrectas sentencias, obligación; así ha pretendido solventar o, cuando menos, soslayar la crítica cuestión. La carga de la prueba, si el sujeto activo quiere evitar el incremento punitivo, le corresponde a él, pero de forma un tanto sorprendente. En efecto, el precepto considera de mayor antijuridicidad la conducta de aquél reo que “no dé razón del paradero” del detenido; es decir, si, aun invirtiendo la carga de la prueba, el sujeto activo da razón del paradero, no se producirá el mencionado incremento penal. Sin embargo, por otro lado y en modo confuso, que el castigo exasperado no tendrá lugar, aun sin dar razón del paradero, cuando el reo “haya dejado en libertad al detenido”. De la redacción legal se sigue, como en la anterior versión, aunque con diferente dicción, una doble posibilidad de exención del castigo agravado: acreditar la puesta en libertad o el paradero del sujeto pasivo, acreditación esta última que supone haberla dejado en libertad y, por tanto, con vida, pues de lo contrario, entraría en juego el concurso con delito de homicidio o asesinato.

acc. Late en el fondo de esta previsión una creencia que tiene su base en tristes experiencias: si no aparece el detenido, se debe a que ha sido hecho desaparecer por el sujeto activo. Pero ello, aunque con fuertes visos de probabilidad, ha de ser probado por la acusación y no por la defensa, puesto que se trata de una prueba diabólica, como toda prueba de hechos negativos. **La gravedad de los delitos no puede derrumbar los derechos del imputado**, pues ello, amén de inconstitucional resultaría una petición de principio.

acd. En suma, la única mejora que incorpora el nuevo precepto es la disminución de la penalidad, no siendo ésta, por otra parte, automática y única, sino que se confecciona tipo a tipo, incrementando la pena a cada una de las modalidades de detención”

Décimo cuarto.-

Que también **la jurisprudencia ha señalado el carácter permanente del delito de detención ilegal**. Así, entre otras, las siguientes resoluciones:

STS 8-11-2006: “En el caso presente dos son los delitos por los que ha sido condenado el recurrente: delito de secuestro, delito de naturaleza permanente en el que sus efectos se mantenían hasta la liberación de la víctima, por

lo que admite la participación posterior a la consumación (SSTS. 59/2001 de 23.1, 1400/2003 de 28.10), y delito de tenencia ilícita de armas, regulado como infracción de pura actividad formal y de riesgo abstracto y considerado por la doctrina científica y jurisprudencial también como delito permanente en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder o su disponibilidad y se mantiene hasta que se desprende de ella, naturaleza de ambas infracciones que hace difícilmente conciliable con la atenuante interesada por cuanto los delitos cometidos implican una dinámica de los hechos que duró bastantes horas, e incluso el móvil del secuestro no fue la obtención de dinero para la financiación del consumo de cocaína, sino lograr por esa vía el pago de una supuesta deuda con el padre de la víctima”

STS 30-11-2004 (Ponente Sr. Berdugo):”...debiendo solo recordar que si bien en el delito de detención ilegal la consumación se produce en el momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de alejarse del lugar donde se encuentra, se trata de un delito permanente en el que cabe una participación posterior a la consumación mientras subsista la lesión del bien jurídico protegido, y la constante presencia física de Jesús en el chalet donde se encontraba retenido la víctima implica una importante participación en los hechos

STS 28-10-2003: “Tercero. El delito de detención ilegal constituye una infracción instantánea que se consume desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar. De ahí que, en principio, el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyecta el delito no es lo más relevante, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio de tiempo, y el ánimo del autor orientado a causarla. 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. El hecho de que el delito se consume desde el momento inicial del encierro o detención, no excluye la consideración de que el principio de ofensividad exige una mínima duración de la acción típica, para que ésta alcance la relevancia necesaria.

STS 13-12-2002 (ponente Cándido Conde-Pumpido):*En efecto, la detención ilegal constituye un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial* (S.S.T.S. 26 de febrero de 1999, núm 268/99 y 23 de junio de 2000, núm. 1107/2000, entre otras)”

STS 6-5-2002 : *Es necesario distinguir entre delitos permanentes, en los que el sujeto puede eliminar la situación ilícita -inciso segundo del artículo 132.1 del Código Penal-, como es la detención ilegal, y los delitos de estructura instantánea aunque con efectos duraderos e incluso permanentes, como sucedía con el anterior delito de bigamia y de abandono de funciones públicas (ver sentencias de 9 de junio de 1975 y de 7 de marzo de 1993).*

S. Sección 3ª A.N. Nº 72/2007, de 13 de Diciembre: (Fund. Segundo B): “... al haber durado el encierro o la detención más de quince días, lo que constituye un delito de permanencia absoluta...” (Caso “Grapo-Publico Córdón”)

Décimo Quinto.-

El Ministerio Fiscal en su informe de 10 de Junio de 2008, en el recurso de amparo **ante el Tribunal Constitucional**, con número de registro 9367/2005 (“Caso Ricarda Ana Cobacho Cañete”), afirma: *”Segundo....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 el 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...*

Décimo Sexto.-

Que la Jurisprudencia ha realizado las siguientes aseveraciones a modo de consecuencias derivadas de la naturaleza de la detención ilegal como delito permanente:

A).-Legislación aplicable:

STS 2-11-99 : “Cuarto. En el tercer motivo denuncia el error de derecho producido en la sentencia por la inaplicación, al hecho probado, del Código de 1973 y la indebida aplicación del Código de 1995 respecto al delito de detención ilegal.

Argumenta el recurrente que la detención ilegal tuvo lugar el 2 de Mayo de 1996 y la liberación del detenido el 13 de Junio de 1996. Al tiempo de la consumación del delito regía el Código penal de 1973, que debió ser aplicado, toda vez que la consideración de delito permanente, argumentación del tribunal de instancia para la aplicación del nuevo Código penal, "solo afecta a la prescripción del delito" es decir a la determinación de "dies a quo" para el cómputo del inicio del plazo de prescripción. Se plantea en el recurso el interesante aspecto del delito de detención ilegal relativo al momento consumativo y su consideración de delito instantáneo y de delito permanente. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado su carácter de delito permanente, pues el resultado se prolonga en tanto en cuanto dura la privación de libertad, y en algunos pronunciamientos alude a la consideración de delito de consumación instantánea, en el momento de la privación de libertad, precisamente para fijar la consumación en aquellas privaciones de libertad de escasa duración. Sobre la base de esta jurisprudencia se plantea en el recurso que la consumación se produjo bajo la vigencia del anterior Código penal, que debió ser aplicado, en tanto que la perpetuación de la privación de libertad no afecta a la consumación sino al agotamiento del delito con eficacia en la fijación del día de inicio del plazo de prescripción.

Esta argumentación es errónea. 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 pasivo 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 ese estado de privación de libertad. (Vid. SSTS 18.11.85 y 21.1.94).

Consecuentemente, el delito de detención ilegal se consumó bajo la vigencia del nuevo Código penal que es de aplicación al hecho declarado probado, por lo que el error denunciado debe ser desestimado”.

STS 30-1-1992: “Tercero: ... pues es de tener en cuenta que también son delitos permanentes respecto a los cuales la norma penal aplicable es la que se halle 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, por lo que, también por estas razones procede la desestimación del motivo”.

TS 8-7-1988 : “Tercero. Inadmitido el motivo tercero del recurso procede el análisis del cuarto -éste articulado por el coprocesado- que por la misma vía procesal que los dos motivos anteriores postula una supuesta vulneración por pretendida falta de aplicación del Real Decreto de Indulto de 14 de marzo de 1977. El motivo carece de toda consistencia suasoria y debe consecuentemente ser desestimado. Cierto es que los hechos se iniciaron en fecha anterior al mismo, pero continuaron desplegando sus efectos hasta fecha muy posterior, existiendo así un delito permanente, lo que determina de conformidad con reiteradísima doctrina jurisprudencial (por ejemplo, sentencias de 2 de noviembre de 1982 y 4 de junio y 12 de noviembre de 1984) su inaplicabilidad, pues hasta que cesan los efectos el delito existe”.

B).-Participación posterior:

STS 30-11-2004 (Ponente Sr. Berdugo):”...debiendo solo recordar que si bien en el delito de detención ilegal la consumación se produce en el momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de alejarse del lugar donde se encuentra, se trata de un delito permanente en el que cabe una participación posterior a la consumación mientras subsista la lesión del bien jurídico protegido, y la constante presencia física de Jesús en el chalet donde se encontraba retenido la víctima implica una importante participación en los hechos

C).-Prescripción y Conexidad

STS. 29-7-1998 : (“Caso Marey”) “...Tras una larga y lenta instrucción, el día 16 de Diciembre de 1.994, los dos querellados comparecen ante el Juez Instructor y, rectificando anteriores declaraciones y confesando su participación en los hechos, inculpan a los procesados Sres. Ramón n, Germán n, Iván n, Donato o y José é, contra quienes seguidamente se dirige el procedimiento. En los meses que siguen de 1.995, el procedimiento se dirige asimismo contra los Sres. Tomás s, Jesús Carlos s, Evaristo o, Jesús Manuel l y, finalmente, contra el Sr Luis Enrique e. Transcurrió, pues, un plazo inferior a los cinco años desde el día en que cesó de cometerse el delito de detención ilegal, que tiene naturaleza de delito permanente, hasta el día en que se presentó una querrela por dicho delito contra los Sres. José Francisco o y Juan Pablo o; y no pasó un período de diez años de inactividad procesal, con respecto a ellos, desde que se interpuso la querrela hasta que se reanudaron las

actuaciones en el mes de Diciembre de 1.995. Si transcurrió, en cambio, un plazo superior a los diez años desde que el delito terminó de cometerse hasta que se dirigió el procedimiento contra los demás procesados.

14.- Dos son las cuestiones que deben ser aclaradas para decidir la aplicación o inaplicación de la prescripción a los delitos cometidos: la que plantea la imputación, a algunos de los procesados, de dos delitos a los que la ley señala distintos plazos de prescripción y la que viene determinada por la presentación de la ya mencionada querrela y la virtualidad de la misma para interrumpir el plazo legal de prescripción. La primera cuestión viene resuelta por la Jurisprudencia de esta Sala que, en Sentencias de 6-11-1991, 18-5-1995, 6-7-1995 y 10-10-1997, ha dicho que 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 puede entender prescrito el delito subordinado. Se trata seguramente de una doctrina discutible, que acaso convendría reconsiderar en alguna dirección, pero que en este momento, en que la Sala no está ejerciendo su misión casacional y uniformizadora de la interpretación legal, conviene respetar. En consecuencia, hay que preguntarse en esta coyuntura sólo por la posible prescripción del delito de detención ilegal que es, con toda seguridad, el más importante: por su prioridad en el plan de los procesados y por la mayor gravedad de la pena que al mismo se señala por la Ley.

15.- La segunda de las mencionadas cuestiones está también resuelta por la Jurisprudencia de esta Sala -y aún antes que por ésta, por la propia Ley- si bien es aconsejable dedicarle una más detenida atención. El plazo de prescripción se interrumpe -en esto apenas difieren el art. 114 CP 1973 y el 132.2 CP 1.995 - "desde que" o "cuando" el procedimiento se dirija contra el culpable...."

Auto de 27-6-2008 del Juzgado Central nº 4 de la A.N. en las Diligencias Previas 120/2006 ("Caso Pertur"): "Segundo... Y en el presente caso, siguiendo...la doctrina sentada por nuestra jurisprudencia sobre el delito permanente y su cómputo del período de prescripción en tales supuestos, y dado que continúan al día de hoy los efectos del delito, pues no se ha llegado a conocer el paradero de Eduardo Moreno Bergareche, dicho período de prescripción, ni siquiera ha comenzado a computarse, por lo que, y en este punto, la querrela también debe ser admitida".

El Ministerio Fiscal en el antes citado informe de 10 de Junio de 2008, ("Caso Ricarda Ana Cobacho Cañete") afirma: "...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 del cese de la situación antijurídica iniciada con la desaparición de la persona 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 de los hechos denunciados pues no guarda relación 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 sólo a partir de ese 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 casi ni siquiera de forma indiciaria..."

D).-Obligada investigación previa a la estimación de la prescripción y tipo de sobreseimiento:

El Ministerio Fiscal en ese mismo informe de 10 de Junio de 2008, afirma asimismo a modo de conclusión: “...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)...

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”.

Décimo séptimo.-

Por tanto, que pese al tiempo transcurrido desde que se produjo la privación de libertad denunciada, debe entenderse que **el delito no ha prescrito** tanto si **se entiende que estamos ante una detención ilegal** (ya que conforme a lo dispuesto en el art. 132.1 del vigente Código Penal, el tiempo de prescripción en los delitos “permanentes” se inicia desde el día en que se elimina la situación ilícita). **como si se estima que estamos antes un “crimen de guerra”, un “delito de lesa humanidad” o “desaparición forzada”** cuya imprescriptibilidad se deriva: 1) de la **“Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”** adoptada por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en su art. 1º : ***“Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”; y 2) de la “Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”*** aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de Diciembre de 1992, en cuyo artículo 17 se establece: *”1. Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos. 2. Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya no sean eficaces, se suspenderá la prescripción relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos. 3. De haber prescripción, la relativa a actos de desaparición forzada ha de ser de plazo largo y proporcionado a la extrema gravedad del delito.”*

Décimo octavo.-

Que **tampoco el delito que se denuncia está afectado por la Ley de Amnistía 46/1977 de 15 de octubre**, por las siguientes razones:

18.1ª.-Porque atendiendo exclusivamente al factor temporal al que se extiende dicha ley que fija como tope el 15 de Diciembre de 1976 (art. I.1.A)) no podría entenderse amnistiado el delito detención ilegal denunciado, ya que estamos ante un delito permanente, según se ha razonado en los apartados anteriores, y por consiguiente, el delito continua cometiéndose desde el día que...AAA.... fue privado de libertad hasta el día en que aparezca vivo el detenido-desaparecido o hasta el día en que se pueda constatar científica y jurídicamente que ha muerto, tras la correspondiente exhumación de sus restos.

Véase la STS. 8-7-1988, recogida anteriormente en la que se declara la inaplicabilidad del Real Decreto de Indulto de 14 de marzo de 1977.

Véase asimismo la STS 20-I-1986 declarando la inaplicabilidad de la Ley de Amnistía de 46/1977 a un delito, diferente al de detención ilegal, pero también de carácter permanente. Así se afirma en la misma: “... *Entendiéndose acusable en el delito permanente la presencia de unidad de acción típica, con la originación de un estado antijurídico mantenido ininterrumpidamente por el autor, su comisión permanece en sus efectos todo el tiempo que discurre hasta la terminación del hecho, lo que supone, en el supuesto examinado, 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 suceder en el tiempo, o en relación -cual se suscita en las motivaciones incorporadas a los escritos formalizadores del recurso- con la posible aplicación de un beneficio de gracia, cual es representado por la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre , según la cual quedan amnistiados, entre otros supuestos, todos los actos de intencionalidad política, en que se aprecie un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España, realizados hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas. En el apartado II de la referida Ley se dispone que «a los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquél en que se inició la actividad delictiva»;* por lo que, habiendo recibido los procesados Juan Ramón y José Francisco la suma que se indicó e influido después para que Matías abriese el 3 de agosto de 1977 la cuenta en la Caja Laboral Popular, se pretende en el recurso que se estime tal fecha como la de iniciación y, por ende, de realización, del hecho criminal -según la Ley de Amnistía-, quedando todos los actos bajo el amparo de esta disposición de gracia y extinguida, en consecuencia, la responsabilidad penal de aquéllos. Argumentación, la expuesta, espaciosa e inacogible, ya que la prescripción legal, excepcional en relación con los principales 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 que alentó tan importante disposición, y que fue**

oportunamente destacado, de culminar el proceso de medidas de gracia y olvido encaminadas a promover la pacificación de los espíritus, la reconciliación y la 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 un «iter» criminal subsecuente. Por lo que, prolongándose la disponibilidad del dinero y la correspondiente actitud de los sujetos, obediente a las órdenes a recibir, hasta el 3 de octubre de 1981, con realizaciones muy significativas, cual las representadas por los actos llevados a efecto en 3 de marzo y 5 de julio de 1978, la denegada aplicación de la invocada amnistía aparece plenamente correcta y fundada. Y sin que valga pretender, por unos u otros encausados, el que se contemplen aisladamente sus actos contributivos y la fecha de su realización, dado que la coautoría resultante a tenor del artículo 14.1.º, del Código Penal, dada la cooperación finalística y concertada acusable, genera una total vinculación solidaria en orden a la responsabilidad delictual; coautoría derivada de la común resolución en la realización de los hechos, aportando cada uno sus actos personales de ejecución, en correspondencia con los roles asignados, integrantes del comportamiento típico, una vez conscientes del plan existente y de su decisión consumativa”.

18.2ª.- Que cabría asimismo estimar que dicha Ley 46/1977 es inaplicable por contraria a la Constitución, sin necesidad de plantear el órgano judicial al que me dirijo, cuestión de inconstitucionalidad, ya que se trata de ley anterior y contraria a la Constitución de 1978. Veamos las razones:

a).-Dado que el art. 62 i) de la Constitución de 1978 prohíbe, por razones de injusticia, los indultos generales -que tienen un alcance material mucho menor que lo que histórica y formalmente se venía atribuyendo en nuestro país a las amnistías- no cabe sino entender que, con mayor razón, están prohibidas constitucionalmente las amnistías, por su mayor grado de injusticia, y evitación de las graves consecuencias sociales que históricamente han originado algunas amnistías movidas más por intereses políticos que por auténtica función de pacificación y justicia.

-Esta puede ser, por tanto, la razón por la que el legislador postconstitucional, -a quien remite la responsabilidad de la regulación del derecho del gracia el citado art. 62 i)- únicamente se ha pronunciado regulando el indulto particular a través de la Ley 1/1988, de 14 de marzo, que vino a modificar la Ley de 18 de Junio de 1870, suprimiendo la referencia a los indultos generales de esta última ley, sin que hasta la fecha se haya dictado una ley reguladora del derecho de gracia respecto a la amnistía.

-Y parece lógico suponer que es asimismo por esta razón de injusticia, por la que el legislador, en el Código Penal vigente, conocido como “Código penal de la Democracia”, aprobado finalmente por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, tampoco recoge la amnistía entre las causas de extinción de la responsabilidad penal (art. 130), tal como venía prevista su eficacia extintiva en los códigos penales anteriores.

Por tanto, no parece aceptable el argumento de que al no estar expresamente prohibidas las amnistías por el art. 62 i) de la Constitución, debe admitirse la posibilidad de su concesión, si así lo permitiese la oportuna ley, pues indulto y amnistía se han diferenciado claramente en nuestro devenir cultural jurídico penal.

b).- De otro lado, estimar que al no estar prohibido expresamente por la Constitución y dadas las “competencias exclusivas” que al Estado atribuye el art. 149.1.6ª de la misma, nada impide al legislador la aprobación de leyes de amnistía, sería tanto como negar a la amnistía su encuadre tradicional dentro del derecho de gracia. Es indudable que el legislador puede aprobar las leyes que crea oportunas, siempre y cuando respete los parámetros constitucionales que exige el Estado democrático y social de Derecho en que nos hemos constituido, pero seriamente no podrán ser llamadas leyes de amnistía en sentido tradicional, pues teniendo que ser por naturaleza de carácter general, difícilmente van a poder respetar valores, como los de justicia e igualdad que se recogen en el art. 1º.1 de la Constitución.

No queramos engañarnos, partir de una concepción meramente formalista y teórica de la posibilidad de aprobar leyes de amnistía en el futuro, es no querer enterarse del mensaje que el constituyente lanzó al prohibir los indultos generales por el ataque frontal que suponen para dichos valores superiores del ordenamiento. Porque ¿es materialmente compatible con nuestro sistema constitucional articular una ley que debe obedecer, obviamente, a un criterio de generalidad y justicia, cuando lo que subyace como causa determinante de la misma, es una motivación política del momento de confusión en que se apruebe, para poder pasar airoosamente el control de constitucionalidad? Aunque solo sea por salud social de futuro y para evitar tentaciones de solución fácil a problemas socio-políticos muy complejos y graves debería cuajar la estimación de que también las amnistías están prohibidas en nuestro ordenamiento.

Y lo que parece más importante y decisivo, si se examina el articulado de Ley 46/1977, de 15 de octubre, salta a la vista que se conculcan los principios de igualdad y justicia, reconocidos como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1.1 de la Constitución, dado, de un lado, el carácter genérico amplísimo (“Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas”), que impide la obligada individualización para valorar la razón de justicia que es esencial a una medida derogatoria como la examinada, y que además no permite sopesar si se está aplicando el principio de igualdad dando un trato desigual a los desiguales; y de otro, la limitación temporal señalando periodos concretos, (“...con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976 o “entre el 15 de Diciembre de 1976 y el 15 de Junio de 1977”) .

Por ello, al no respetarse, en consecuencia, las normas del debido proceso y privar a las personas afectadas de de la garantía de tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, cabría concluir que la la Ley 46/1977, de 15 de Octubre, pese a ser la primera ley aprobada por las nuevas Cortes Democráticas, surgidas del proceso electoral democrático del 15 de Junio de 1977, es inaplicable por contraria a la Constitución de 1978, al haber incurrido en inconstitucionalidad material pues no respeta los valores de justicia e igualdad que se recogen en el art. 1º de la misma, en relación con el art. 14 de la misma. Por tanto, pese al publicado efecto pacificador y de reconciliación que guió a los legisladores, dicha ley carece de virtualidad jurídica para estimar extinguida la responsabilidad penal y sus consecuencias en relación a delitos como el denunciado en este escrito.

c).-Ahora bien, dado que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 29 de Julio de 1983 (STC 63/1983) no ha resuelto este dilema, pues no sólo dejó para más adelante el análisis en profundidad de esta cuestión, sino que además, de un lado, utilizó un término que podía reflejar ya sus dudas sobre las leyes de

amnistía a las que se refirió como las “llamadas normas de amnistía” o la “llamada amnistía otorgada primero por el Real Decreto-ley 10 de 1976 y al que siguen la Ley 46/1977 y las disposiciones que según rezan concedieron beneficios a los militares que tomaron parte en la guerra civil (nos referimos al Real Decreto-ley 6/1978 y la Ley 10/1980)” (Fund. 1). Y de otro, planteó que “no es menester en el caso que estudiamos el contemplar desde una perspectiva general si el ejercicio del derecho de gracia ha de conciliarse con el principio de igualdad” (Fund, 2). Para, más adelante, afirmar que “el camino para borrar todo efecto de estas sentencias (las de los Consejos de guerra, a los que referían los recurrentes de amparo que resolvía el Tribunal: la “Asociación de Aviadores de la República y los jefes, oficiales, suboficiales o clases de Tropa del Ejército o de la Aviación de la República) no puede ser otro que el de la legislación de amnistía” (Fund. 5).

d).-Por ello y dado que estamos ante una ley preconstitucional, debe estarse al criterio interpretativo fijado por el Tribunal Constitucional desde su primera sentencia, la STC 4/1981, de que “... la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora nos interesa, en que la Constitución es una ley superior, criterio jerárquico, y posterior, criterio temporal. Y la coincidencia de ese doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.” (fund. 1.A), determinando a continuación la competencia de la jurisdicción ordinaria para poder declararlas inaplicables: “Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales. los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.” (Fund, 1.B)

-18.3ª- Cabe destacar, a mayor abundamiento, que en el **Derecho Penal Internacional** es evidente que se ha valorado el grave riesgo que llevan consigo las leyes de amnistía, en cuanto son utilizadas para conseguir la impunidad de los autores directos y mediatos de los delitos internacionales y los Estados se han obligado a no promulgarlas, existiendo ya casos ejemplarizantes de Tribunales internacionales y nacionales, especialmente al otro lado del Atlántico, donde se han declarado nulas y sin efecto las leyes de amnistía o punto final dictadas tras procesos golpistas, en concordancia con las obligaciones asumidas internacionalmente de investigar los hechos y castigar a dichos autores.

Por tanto, de seguirse la tesis de que estamos ante un “crimen de guerra”, “desaparición forzada” o “delito de lesa humanidad”, si se tiene en cuenta:

1)-Que algunos instrumentos internacionales han expresamente prohibido el otorgamiento de amnistías y otras medidas similares para los autores de graves violaciones a los derechos humanos. Así cabe destacar la antes referida “Declaración sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas” (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 47/133 de 18 de Diciembre de 1992) cuyo artículo 18 prescribe: “los autores o presuntos autores de actos (constitutivos del crimen de desaparición forzada) no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tenga por defecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”

2)- Y de ahí que en el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, (informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, presentado a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 61º Periodo de sesiones, E/CN.4/2005/102Add.1, de 8 de Febrero de 2005,) se recogen:

-Principio 24 (sobre “Restricciones y otras medidas a la amnistía”) “Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) **Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas** mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata”.

-Principio 19 que señala los “deberes Estado en materia de Administración de Justicia: “**Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales** de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente.

Y continua diciendo dicho principio 19. “Aunque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso.

Tampoco, en consecuencia, resultaría aplicable la Ley 46/1977, y de ser así solicitada en el proceso penal abierto, el juez debería declarar su inaplicabilidad en cumplimiento de las obligaciones del Estado asumidas internacionalmente para los delitos de graves violaciones de los derechos humanos, como los “crímenes de guerra”, “desaparición forzada” o delitos de lesa humanidad”.

Así lo hicieron dos jueces latinoamericanos: la jueza peruana **Antonia Saquicuray**, de acuerdo con la Constitución del Perú, la cual señala que los jueces tienen el deber de no aplicar aquellas leyes que consideren contrarias a las disposiciones de la Constitución, el 16 de junio de 1995, decidió que el artículo 1 de la Ley de Amnistía N° 26479 no era aplicable a los procesos penales pendientes en su juzgado contra cinco miembros del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), debido a que la amnistía violaba las garantías constitucionales y las obligaciones internacionales que la Convención Americana imponía al Perú. **Y el Juez argentino Gabriel Cavallo** en su auto de 3 de marzo de 2001, declarando la nulidad de las leyes 23.492 (comúnmente denominada “Ley de Punto Final”) y 23.521 (comúnmente denominada “Ley de Obediencia Debida”) atendiendo a los argumentos antes apuntados.

Décimo noveno:

A modo de resumen, podría decirse que el delito denunciado, -detención ilegal- por su carácter permanente, ni le es aplicable la prescripción, ni la Ley de Amnistía de 1977, ni se plantearía tampoco problema alguno de retroactividad penal si se aplicase el art. 607 bis, pues todavía se sigue cometiendo, al menos, hasta que el detenido aparezca vivo o se acredite científica y jurídicamente su fallecimiento tras las averiguaciones pertinentes y subsiguiente exhumación e indentificación de sus restos. En el fondo este parece ser el sentir del legislador penal de 1995, cuando busca una redacción al vigente art. 166, intentado obviar las críticas de inconstitucionalidad que se hicieron al art. 483 del texto refundido del C.P. De 1973. La Audiencia Nacional en la sentencia citada del “Caso Grapo-Publico Cordón” afirma con rotundidad: **“No hay en el precepto sospechas de muerte, ni siquiera de atentado a la integridad, sino constatación de un hecho indiscutible: que al detenido no se le puso en libertad”**

Todo ello, al margen de que pueda ser perfectamente viable la interpretación doctrinal de que el art. 607 bis no es una incriminación que se introduce, ex novo, en 2003 en el derecho interno de nuestro país, sino una declaración formal de un derecho penal preexistente, dada la compatibilidad establecida tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950(art. 7.2) como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 15.2) entre el principio de irretroactividad penal y el hecho de castigar a una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión fuese criminal “a la luz de los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, tal como se razona en el apartado undécimo de este escrito, que nos conduciría la imprescriptibilidad del delito denunciado y la inaplicabilidad de la ley de Amnistía de 1977.

Vigésimo.-

Que el denunciante tiene además la condición de perjudicado, dada la relación de parentesco que le une con... AAA..., según se acredita con las certificaciones del Registro Civil que se acompañan. Y en consecuencia, y conforme el art. 13 de la LECrim., interesa del juzgado se le haga el oportuno ofrecimiento de acciones del art. 109 de la misma., sin perjuicio de que por el Ministerio Fiscal se ejerciten las acciones penales que considere pertinentes conforme a las disposición del art. 105 de dicha ley procesal LECrim.

Que a mayor abundamiento y de estimarse que estamos ante un delito de Desaparición forzada, lesa humanidad o crimen de guerra, conforme al Derecho Internacional, sería de aplicación esta normativa tanto en lo que se refiere al concepto de víctima, como al contenido de los derechos reconocidos a la misma, y evidentemente de las obligaciones que corresponden al Estado para garantizar los recursos eficaces, entre otros, los judiciales, para dicho ejercicio.

Así, la “Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas” de 20 de Diciembre de 2006, en su artículo 24.1 establece:

“A los efectos de la presente convención, se entenderá por “víctima” la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada”

Concepto que puede ser completado con el recogido en el principio V, art.8 de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” aprobados por Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005:

“A los efectos del presente documento se entenderá por “víctima” a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo substancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”

Y en esta perspectiva parece oportuno recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su sentencia de 25 de mayo de 1998 (caso Kurt v. Turquía) estimó que el Estado de Turquía había violado el art. 3 de la CEDH, que prohíbe la tortura, por considerar que la desaparición forzada del hijo había sometido a tortura a la madre, haciendo suyas, entre otras, la alegación de aquella *“...y que la ausencia de una investigación apropiada acerca de su denuncia era también una violación, en sí misma, de esa disposición”*.

Es más, el Principio V, en su artículo 9 declara: *“Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido **identificado, aprehendido, juzgado o condenado** y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”*.

Y en coherencia con este Principio, la Convención de 2006, en el citado art. 24, apartado 2 establece: *“Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad, sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y los resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado parte tomará las medidas adecuadas a este respecto”*.

Para añadir en el apartado 3 de dicho artículo 24: *“Cada Estado adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos”*

Luego también desde el plano del Derecho Internacional, el denunciante tendría la condición de “perjudicado”, si se estimase que los hechos denunciados con constitutivos de un delito de “Desaparición Forzada”, “de lesa Humanidad” o “Crimen de Guerra”, y debería hacersele el oportuno ofrecimiento de acciones del art. 109 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como ordenamiento procesal penal interno aplicable.

En apoyo de esta petición es oportuno citar la doctrina del Tribunal Constitucional recogida, muy tempranamente, en el fundamento 1 de la STC. 115/1984, de 3 de Diciembre :

“El art. 24.1 de la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, derecho cuyo primer contenido, en un orden lógico y cronológico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y, como ha declarado este Tribunal Constitucional, poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas.

Vigésimo primero.-

Que bien se siga la calificación de delito tipificado en el Derecho Penal Internacional, bien como mero delito de detención ilegal de nuestro derecho interno, en ambos casos existe la obligación del Juez de Instrucción de investigar los hechos, incoando el oportuno procedimiento y acordando las diligencias necesarias para la comprobación de los hechos denunciados, por no estar comprendida la presente denuncia en ninguno de los supuestos de excepción previstos en el art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, que los hechos no sean constitutivos de delito o que la denuncia sea manifiestamente falsa. Únicos supuestos en que cabría rechazar de plano la misma, con la consecuencia que se recoge en dicho artículo 269: *“En cualquiera de estos dos casos el Tribunal o funcionario se abstendrá de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquella indebidamente”*. Habida cuenta, además el delito tipificado en el art. 408 del vigente Código Penal que castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años a la *“autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables”*.

Que -conforme al art. 13 de la LECrim.- entre las primeras diligencias necesarias para la comprobación de los hechos, está no solo la averiguación del hecho de la privación de libertad (en qué circunstancias se produjo y por quién y acreditar en su caso si el autor o autores están vivos o muertos), sino también la pertinente exhumación de la fosa, que permitiría determinar si el desaparecido ha muerto y de qué modo pudo producirse la muerte, para en su caso cambiar la calificación del delito realmente cometido. Con independencia, respecto a la diligencia obligada de exhumación, de que ésta pueda además permitir la reparación, en parte, de los sufrimientos y perjuicios sufridos por los familiares del detenido ilegalmente.

Diligencias de averiguación de los hechos que ni tan siquiera podrían ser soslayadas, cuando, tras una exhumación practicada conforme a la Ley 52/2007, de 26 de Diciembre (y por tanto al margen de un proceso penal), el informe técnico lleva a la conclusión de que los restos hallados presentan signos evidentes de la comisión de un delito de homicidio o asesinato, que determina el carácter preferente e ineludible de la Jurisdicción penal.

Como tampoco, es jurídicamente válido acoger el criterio fáctico del “notorio fallecimiento” de la víctima o del victimario, para no incoar un procedimiento penal o concluirlo aplicando el principio de economía procesal, cuando existe al alcance del instructor un medio directo de aportación de hechos o pruebas sobre si la muerte se produjo o las causas que la motivaron, como es la diligencia de exhumación. Y lo

mismo cabe decir respecto a la aportación obligada de la certificación registral pertinente - que debió ser practicada tras el correspondiente reconocimiento médico del Registro Civil- respecto al posible autor o autores del hecho delictivo, que han de ser previamente identificados agotando la investigación.

Vigésimo segundo.-

Que para la instrucción de la causa, y conforme a lo dispuesto en el art. 14.2 de la LECrim. es **competente** ese **Juzgado de Instrucción** porque fue en ese Partido Judicial en el que se llevó a cabo la privación de libertad denunciada, y no venir atribuida especialmente su competencia a ningún otro Juzgado o Tribunal.

Salvo que el Instructor estime que dado el contexto en que se cometió el delito de detención ilegal, estaba en relación de conexidad:

1) **bien con el delito de rebelión** - del art. 238 y ss. del Código de 1932, en el art. 214 y ss. del Código Penal de 1973, y hoy previsto en el art. 472 y ss. del Código Penal de 1995- cometido a partir del 17 de Julio de 1936, por lo que le sería de aplicación la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece: *“Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren en la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores...”*

2) **bien con el delito “contra Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno”** -del art. Art. 167 del C.P. De 1932 (*“Son reos de delito contra la forma de Gobierno establecida por la Constitución, los que ejecutaren cualquiera clase de actos encaminados directamente a conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales uno de los objetos siguientes: 1º. Reemplazar al Gobierno republicano establecido por la Constitución por un Gobierno monárquico o por otro anticonstitucional”*) y hoy tipificado en el art. 472 a 509 del Código Penal de 1995 (tesis mantenida por el Juzgado Central nº 5 de la Audiencia Nacional, en el fundamento décimo segundo de su auto de 16 de Octubre de 2008, dictado en las Diligencias Previas 399/2006) en cuyo caso sería de aplicación lo previsto en los arts. 65.1º a) y el art. 88 de la L.O.P.J.: que atribuyen la competencia a la Audiencia Nacional y Juzgados Centrales de Instrucción: “...a) Delitos contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno”. Criterio que, sin embargo, no mantiene dicho Juzgado Central en el auto posterior de 18 de Noviembre de 2008, en base únicamente al escueto argumento de que *“...la conexidad ha dejado de estar vigente, una vez constatada documentalmente la defunción de los principales responsables...”*, como si la conexidad penal dependiese de un hecho como el indicado, tal vez confundiendo los sujetos activos y pasivos de esta figura delictiva. Y porque además no se tiene en cuenta que el delito a que se refiere el apartado a) del art. 65.1 de la LOPJ, -cualquiera que sea el número y calidad de los posibles autores fallecidos- debe seguir procesalmente la suerte del delito de detención ilegal al tratarse de delitos conexos.

3) **bien con el delito de terrorismo** tipificado en la Ley de Terrorismo y Explosivos de 11 de Octubre de 1934, modificada por la Ley de 20 de Junio de 1935, en los arts. 260-264 del Código Penal de 1944, en cuyo caso le sería de aplicación la ya citada Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la que “Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas...”

Vigésimo Tercero.-

Finalmente puede ser conveniente aclarar que esta denuncia no hace referencia alguna a otros hechos realizados a partir del 17 de Julio de 1936, que pudieran ser constitutivos de delitos no permanentes como asesinatos, violaciones, torturas, etc. o que siendo permanentes fueron cometidos fuera de España, como los secuestros de niños españoles en Europa con ayuda de la Gestapo nazi o de la policía francesa del Gobierno de Vichy, y que fueron traídos aquí por el Servicio Exterior de Falange, al que serían aplicables otros razonamientos jurídicos en los que no debe entrarse en este escrito.

Vigésimo cuarto.-

Que salvo mejor criterio de ese Juzgado y sin perjuicio de las que en su día puedan proponerse, considera el denunciante, que tras la incoación del oportuno procedimiento penal, procedería acordar la práctica de las siguientes “primeras diligencias” (art. 13 LECrim.):

1ª.- Que por el Sr. Secretario del juzgado se expida y una a las actuaciones certificación de si por estos hechos, y a la vista de los procedimientos obrantes en el archivo o de los libros de registro del juzgado, se incoó algún procedimiento penal.

2ª.-Que se libre oficio al Sr. Comandante del Puesto de la Guardia Civil de.....

a) para que remita certificación de cuantos antecedentes obren en los archivos a su cargo sobre los hechos denunciados. Y en su caso, de haber sido remitidos dichos archivos a alguna institución, se indique a cuál de ellas y fecha de remisión.

b) para que se practiquen averiguaciones en la localidad donde se practicó la privación de libertad de... AAA..., sobre la forma en que se llevó a cabo la misma, posibles personas intervinientes y lugar a donde fue conducido el detenido, concretando si intervino algún miembro o funcionario de esa Comandancia o de otra institución civil o militar.

c) para que se practiquen averiguaciones si ...AAA..., tras ser detenido, fue puesto a disposición de alguna autoridad y si fue o no ingresado en algún depósito municipal de detenidos o conducido a alguna prisión o centro de detención del Estado.

d) para que se practiquen averiguaciones sobre el lugar en el que, según el denunciante, fueron enterrados los restos de...AAA...., y cuantos datos puedan aportarse sobre la localización de dicha fosa., levantando el oportuno plano de dicho lugar, en su caso.

3ª).- Que se oiga en declaración a los testigos

4ª).-Que tras la localización de la fosa, se acuerde el nombramiento del equipo científico-técnico integrado por Forense, Arqueólogo, y Antropólogo y personal auxiliar pertinente, para la preparación y posterior realización de la exhumación de los restos habidos de acuerdo con los protocolos que vienen utilizándose en nuestro país, siguiendo las directrices del “*Manual sobre Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias*” de Naciones Unidas (Nueva York 1991). El denunciante o la persona de la familia que se crea más idónea, se ofrecen para la toma de muestras genéticas necesarias para realizar un análisis de ADN a efectos de identificación y cotejo con los restos óseos indubitados que se exhumen.

5ª).-Que una vez practicada dicha identificación, se pongan los restos a disposición del denunciante para su inhumación.

6ª).- Que se practique la correspondiente inscripción de defunción en el Registro Civil que corresponda.

7ª).-Las que se deriven.

En..... (fecha)_____
(FIRMA)

Ilre. Sr. Juez de Instrucción (Decano) de.....

o

Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Instrucción (Decano) de.....