554

FISCALÍA GENERAL
DEL ESTADO

SECRETARÍA TÉCNICA

INFORME EMITIDO EN CUMPLIMIENTO DE LA COMISION ROGATORIA PROCEDENTE DEL JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL Nº 1 DE LA REPUBLICA DE ARGENTINA POR LA QUE SE REQUIERE INFORMACIÓN ACERCA DE LA EXISTENCIA, NATURALEZA Y ESTADO PROCESAL DE UNA INVESTIGACIÓN CONCERNIENTE A LA EXISTENCIA DE UN PLAN SISTEMÁTICO, GENERALIZADO Y DELIBERADO PARA LA ELIMINACIÓN FÍSICA DE LOS CIUDADANOS ESPAÑOLES PARTIDARIOS DE LA FORMA REPRESENTATIVA DE GOBIERNO, Y DE OTRO PARA LA DESAPARICIÓN DE MENORES DE EDAD CON PÉRDIDA DE SU IDENTIDAD, ENTRE EL 17 DE JULIO DE 1936 Y EL 15 DE JUNIO DE 1977.

I. ANTECEDENTES

1. El día 31 de marzo de 2011 tuvo entrada en la sede de esta Fiscalía General del Estado oficio del Ministerio de Justicia del Reino de España por el que se da traslado a este Órgano de la comisión rogatoria internacional librada el 14 de octubre de 2010.por la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 1, y transmitida por vía diplomática al Gobierno de España, interesando que se informe si se está investigando en nuestro país *la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado para aterrorizar españoles partidarios de la forma representativa de gobierno a través de su eliminación física, y de uno que propició la desaparición "legalizada" de menores de edad con pérdida de su identidad, llevados a cabo en el periodo comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, debiendo para el caso afirmativo hacer conocer a esta Judicatura la naturaleza y estado procesal actual de las investigaciones, con expresa indicación de los Tribunales actuantes.*

2. La expresada petición de auxilio judicial, según se desprende de su propio contenido, emana de un procedimiento judicial incoado en la República

Argentina, a raíz de la denuncia formulada por diversos hechos de los que aparecen con la condición de víctimas las siguientes personas, en los términos que sucintamente se resumen:

- D. Severino Rivas Barja, nacido el 13 de septiembre de 1985 en el pueblo de San Esteban de Loentía, del Ayuntamiento de Castro de Rey, provincia de Lugo (Galicia), fue detenido el 26 de julio de 1936 siendo alcalde de la citada localidad, e ingresado en la prisión provincial de Lugo el día 26 de agosto de 1936. Puesto en libertad el 29 de octubre de 1936, ese mismo día le causó la muerte un proyectil de arma de fuego, siendo enterrado en una fosa común, cuyos restos, tras largas gestiones, fueron finalmente trasladados al panteón familiar de Loentía en agosto de 2005.

- D. Elías García Holgado, nacido en Madrid el 15 de agosto de 1891, fue Alcalde de Lumbrales (Salamanca) y Diputado Provincial en dicha provincia entre 1931 y 1936. Estuvo encarcelado en prisiones de Madrid y Salamanca y fue fusilado el 5 de julio de 1937.

- D. Luis García Holgado, nacido en La Fregeneda (Salamanca) el 8 de febrero de 1897, fue durante la Segunda República española concejal en el Ayuntamiento de Astorga (1934). En julio de 1936 fue detenido en Madrid y conducido a la cárcel de Hervás. Murió fusilado el 21 de septiembre de 1936 en la curva del cementerio de la carretera de Baños de Montemayor.

- Dª. Silvia Carretero Moreno, nacida en Madrid el 16 de marzo de 1954, el 11 de mayo de 1975 contrajo matrimonio con D. José Luis Sánchez Bravo, miembro del Frente Revolucionario Antifascista y Patriota (FRAP). Con motivo de dos atentados reivindicados por dicha organización, que tuvieron lugar en los meses de julio y agosto de 1975 en los que murieron un policía y un guardia civil, su marido fue fusilado

el 27 de septiembre de 1975 junto con Ramón García Sanz y Humberto Baena Alonso. Silvia Carretero Moreno fue detenida, torturada e ingresada en la cárcel de Yeserias. Tras ser puesta en libertad huyó a Francia, donde dio a luz una hija póstuma de José Luis Sánchez Bravo.

3. La referida Comisión Rogatoria se tramita al amparo de lo dispuesto en los artículos 28 y siguientes del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Argentina, firmado el 3 de marzo de 1987 y ratificado por España el 26 de febrero de 1990 (Boletín Oficial del Estado nº 170, de 17 de julio de 1990), y del Canje de Notas de 12 y 20 de febrero de 1991, sobre desarrollo del citado Tratado (BOE nº 122, de 22 de mayo de 1991).

4. En aplicación de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que, por disposición del artículo 124 de la Constitución española, rigen el funcionamiento del Ministerio Fiscal, y de conformidad con su desarrollo en los artículos 22 y 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981 de 20 de diciembre, reformada por Ley 24/2007 de 9 de octubre) que establecen que *el Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal* y *podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos,* por indicación del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, para dar cumplimiento y respuesta a la solicitud formulada por la Autoridad Judicial argentina, se llevaron a cabo las pertinentes actuaciones por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, a quien, *sin perjuicio de las competencias encomendadas a otros órganos, corresponde asumir* -según lo dispuesto en el artículo 13.3 del citado Estatuto Orgánico- *las funciones que las Leyes atribuyan al Ministerio Fiscal en materia de cooperación judicial internacional.*

Dichas actuaciones consistieron básicamente en recabar, tanto de la Fiscalía de la Audiencia Nacional como de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas o Fiscalías Provinciales todas aquellas informaciones obrantes en ellas acerca de investigaciones, tanto de las tramitadas en fase preprocesal por el Ministerio Fiscal como las que se siguen o han seguido en sede propiamente judicial, relacionadas con los hechos a los que la Comisión Rogatoria se refiere, así como de los directamente denunciados ante el Órgano Jurisdiccional requirente, incluida la facilitación en su caso de copias de los contenidos más relevantes, a los efectos pretendidos, de los respectivos expedientes.

El resultado de lo actuado es el siguiente:

II. PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN INCOADOS EN ESPAÑA POR LOS HECHOS A LOS QUE SE REFIERE LA COMISIÓN ROGATORIA, Y ESTADO PROCESAL DE LOS MISMOS.

1. Procedimiento seguido en el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional.-

En correspondencia directa con la enunciación genérica del objeto procesal al que se refiere la petición de auxilio judicial internacional (*si se está investigando [...] la existencia de un plan sistemático, generalizado, deliberado y planificado para aterrorizar españoles partidarios de la forma representativa de gobierno a través de su eliminación física, y de uno que propició la desaparición "legalizada" de menores de edad con pérdida de su identidad, llevados a cabo en el periodo comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, debiendo para el caso afirmativo hacer conocer a esta Judicatura la naturaleza y estado procesal actual de las investigaciones, con expresa indicación de los Tribunales actuantes*) es de significar que en fecha 15 de Diciembre de 2006 el

Magistrado-Juez titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real procedió a la incoación de las Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado nº 399/2006, en virtud de distintas denuncias presentadas por Asociaciones de Recuperación de la Memoria Histórica y diversos particulares.

A las denuncias indicadas siguieron otras muchas, «*todas ellas* -según afirma textualmente el Auto de 18 de noviembre de 2008, del mismo Juzgado Central nº 5, al que más adelante se aludirá y cuya copia se adjunta- *por presuntos delitos de DETENCION ILEGAL basadas en los hechos que se describen en las mismas, fundamentalmente por la existencia de un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir de 1936, durante los años de Guerra Civil y los siguientes de la posguerra, producidos en diferentes puntos geográficos del territorio español*».

Por auto de fecha 16 de octubre de 2008, el citado Juzgado Central de Instrucción nº 5 resolvió asumir la competencia para el conocimiento e investigación de los hechos denunciados que pudieran ser constitutivos de delitos de lesa humanidad, acordando la práctica de diferentes diligencias a dichos efectos. Por auto de fecha 17 de octubre de 2008, dada la gravedad de los hechos objeto de investigación, transformó las referidas Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado en Sumario (Procedimiento Ordinario), al que se asignó el nº 53/2008.

Del contenido de las expresadas resoluciones se desprende que el citado Juzgado Central de la Audiencia Nacional extendió la investigación a los delitos «*de detención ilegal, sin dar razón del paradero de la víctima (equivalente a desaparición forzada de personas) cometido en el contexto de crímenes contra la humanidad, en conexión con un delito contra Altos Organismos de la Nación*

y la Forma de Gobierno» (sic, auto de 18-11-2008), durante la guerra civil española iniciada en el año 1936 y en la posguerra, estimando inaplicable al caso la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977.

Asimismo la investigación abarcaba la desaparición mediante sustracción ilegal de los denominados "niños perdidos" o "niños robados" en dicho periodo. Concretamente se apreciaba (auto de 18 de noviembre de 2008, razonamiento jurídico duodécimo) que *«podría haberse desarrollado un sistema de desaparición de menores hijos de madres republicanas (muertas, presas, ejecutadas, exiliadas o simplemente desaparecidas) a lo largo de varios años, entre 1937 y 1950, desarrollado bajo la cobertura de una aparente legalidad, al contrario de lo que décadas después ocurriría en Argentina entre los años 1976 y 1983, pero, precisamente por ello, con unos efectos más perdurables en el tiempo y más difíciles de detectar y hacer que cesen».* Se trataría, pues, de hijos de presas/os cuya filiación presuntamente fue modificada al margen de los supuestos y procedimientos previstos para el acogimiento o adopción de menores, y en su caso mediante la alteración de los correspondientes asientos del Registro Civil, para permitir su incorporación -obviamente ilegal- a familias adictas al régimen dictatorial.

En el mencionado auto de fecha 16 de octubre de 2008, el Magistrado-Juez enumeraba los posibles o presuntos máximos responsables de la concepción, elaboración y ejecución del plan sistemático de realización de los hechos investigados, que incluían al general Francisco Franco Bahamonde y a 44 personas más, partícipes en el golpe de estado que tuvo lugar el 17-18 de julio de 1936 y en sucesivos gobiernos, o en la dirección de la organización Falange Española Tradicionalista y de las JONS, que como resultado final del alzamiento militar se convirtió en partido único del régimen franquista.

Bien a través de las correspondientes certificaciones registrales o bien como resultado de las correspondientes investigaciones llevadas a cabo, en virtud del

mandato judicial, por las unidades competentes de Policía Judicial, fue constatada formalmente la defunción de todas esas personas a quienes se imputaba la autoría intelectual y material del referido plan sistemático.

Comprobado por tanto el fallecimiento de todos los presuntos autores de los hechos contra los que se había incoado la causa, el citado Magistrado-Juez titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Sr. Garzón Real, mediante auto de 18 de noviembre de 2008, declaró extinguida su responsabilidad penal por fallecimiento en cuanto a los expresados delitos contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno para cuya investigación se había declarado previamente competente, con arreglo a los artículos, 21, 23, 65 y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El razonamiento jurídico vigésimo primero del mentado auto de 18 de noviembre de 2008 afirma literalmente, en este punto, que «*la autoridad judicial competente hasta este mismo momento procesal ha sido el Juzgado Central de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional, en virtud de la existencia del vínculo de conexidad que existía con el delito contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno, tal como se ha razonado en esta causa. No obstante y como ya se anunciaba en el auto de 16 de octubre de 2008 y ahora se confirma, una vez que se ha constatado la extinción de la responsabilidad por fallecimiento, fehacientemente acreditado a través de los correspondientes certificaciones e informes policiales, la competencia de este Juzgado y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, desaparecen, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos, 21, 23, 65 y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no estar en estos artículos el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de las víctimas en el contexto de crímenes contra la humanidad ocurridos en España a partir del 17 de julio de 1936 en la forma descrita en esta resolución y en la ya citada del 16 de octubre de 2008.*»

De este modo, al no estar incluido en el ámbito de su competencia el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de las víctimas, aun en el contexto

de crímenes contra la humanidad ocurridos en España a partir del 17 de julio de 1936, el mismo Magistrado-Juez Sr. Garzón Real acordó la inhibición de dicha causa a favor de los Juzgados de Instrucción de las localidades a las que pertenezcan los lugares en los que se encontraban ubicadas las fosas identificadas en las que fueron enterradas las víctimas de la indicada actividad represiva, en orden a «*la recuperación del cadáver en su caso, o constatación de la inexistencia del mismo*», para que en tales supuestos se prosiguiera la instrucción respecto de dichas detenciones ilegales.

En relación con el sentido y el objeto de esta resolución judicial es preciso aclarar que, por razón de la vigencia del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías que se proclama en los artículos 24.2 de la Constitución y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), el Tribunal Constitucional español tiene declarado que en el ordenamiento jurídico español la denominada *inquisición general*, esto es, la apertura de procedimientos judiciales de investigación en forma de causas generales de naturaleza meramente prospectiva, orientadas genéricamente a la investigación de supuestas o hipotéticas infracciones criminales sin la previa constancia de indicios determinados acerca de la efectiva producción de concretos hechos susceptibles de ser calificados como delito con arreglo a la ley, en cuanto dichas actuaciones judiciales afectan o pueden afectar a los derechos fundamentales de las personas es «*incompatible con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho*», y por tanto se trata de una práctica constitucionalmente vedada (doctrina derivada, entre otras muchas, de las SSTC 32/1994 de 31 de enero, 49/1999 de 5 de abril, o 87/2001 de 2 de abril).

En este caso, la concreta determinación de tales indicios conduce, en los términos que expone la resolución del Juzgado Central nº 5 transcrita, a la identificación de hechos punibles para cuya investigación la ley procesal española (art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) declara competentes a

los Juzgados de Instrucción de lugar en que cada uno de esos hechos se cometió. En consecuencia, la aplicación de las reglas de competencia legalmente establecidas, en aplicación del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 de la Constitución), no es incompatible con la persecución del conjunto y de la totalidad de las presuntas acciones criminales llevadas a cabo en ejecución del plan sistemático al que se refiere la Comisión Rogatoria, ni excluye la existencia de dicho plan, sino que únicamente responde a la concreta plasmación, en la legislación reguladora de la competencia judicial y del procedimiento de investigación, del sistema de garantías procesales establecido en la Constitución española y en el CEDH.

2. Pendencia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo de la determinación del órgano competente para conocer de los hechos.

En todo caso y no obstante lo anterior, resulta de especial importancia a los efectos de la Comisión Rogatoria que se informa destacar el hecho de que la reseñada resolución judicial, en cuya virtud el Magistrado-Juez titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional se inhibe en el conocimiento de la causa a favor de los órganos judiciales competentes por razón del territorio, a la fecha en que se emite el presente informe está cuestionada ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por haber rechazado algunos de los Juzgados destinatarios de dicha inhibición la competencia que se les atribuye, entendiendo que tal competencia corresponde efectivamente a la Audiencia Nacional.

En concreto, el Juzgado de Instrucción nº 3 de Granada (Andalucía) rechazó la expresada inhibición procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 5 mediante auto de 18 de mayo de 2009, planteando diversas cuestiones de carácter jurídico-procesal, entre ellas, la tesis de que cada delito o ataque individual desarrollado en la ejecución de un plan preconcebido y sistemático

puede constituir en si mismo un crimen contra la humanidad y no contra la persona individual, y por tanto el crimen aislado no puede ser competencia territorial del lugar donde se materializó físicamente. Se acompaña al presente informe copia de dicha resolución judicial.

Igualmente, la Sección de la Audiencia Provincial de Vigo (Pontevedra) mediante auto de 21 de mayo de 2010 acordó suspender la decisión del recurso de Apelación contra el auto de archivo por prescripción dictado en las Diligencias Previas nº 363/2009 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Porriño (Pontevedra), hasta que el Tribunal Supremo resuelva la expresada cuestión de competencia, razón por la cual el estado de este procedimiento se encuentra pendiente de resolución definitiva.

De ello resulta, por tanto, que la conclusión definitiva de la causa única incoada en su momento por el Magistrado-Juez Sr. Garzón Real, y su derivación a los Juzgados territorialmente competentes, se halla en la actualidad pendiente de la oportuna decisión del Tribunal Supremo, sin que quepa a esta Fiscalía General del Estado anticipar la fecha posible en que podría recaer tal resolución.

3. Procedimientos judiciales incoados y archivados

Entretanto, y de conformidad con lo resuelto por el reiteradamente citado Auto de 18 de noviembre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, por parte de los órganos jurisdiccionales que sí han aceptado la competencia para conocer de los hechos ocurridos en su territorio se han incoado un total de veintidós procedimientos penales, en los que de forma individualizada se han investigado los hechos denunciados correspondientes a su ámbito jurisdiccional.

Como ya se indicó, desde esta Fiscalía General del Estado, a través de sus órganos territoriales, se ha llevado a efecto el seguimiento pormenorizado de la

evolución de los procedimientos tramitados en los diferentes territorios, habiéndose obtenido la información que a continuación se expresa sobre el estado actual de dichas causas penales.

En algunos casos, los Juzgados de Instrucción, tras la investigación correspondiente, esto es, llevadas a cabo las actuaciones imprescindibles para determinar la existencia y la naturaleza del hecho, así como su calificación jurídico-penal, han acordado el archivo de los procedimientos incoados decretándose la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento de los presuntos responsables y, en otros casos, dicha resolución es consecuencia de haberse producido la prescripción por el transcurso de los plazos legales establecidos para la persecución de los delitos de detención ilegal, homicidio y asesinato por los que fueron incoados los mismos.

No consta a este Órgano informante que en ningún caso el archivo o la conclusión de la investigación se haya basado en la aplicación a los presuntos autores de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977 ni de ninguna otra Ley o medida de amnistía, gracia o indulto.

Así ha sucedido en los siguientes procedimientos:

- Diligencias Previas nº 714/2009 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Betanzos (A Coruña, Galicia), archivadas por auto de 19 de mayo de 2009.
- Diligencias Previas nº 199/2009 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Liviana (Asturias).
- Diligencias incoadas por el Juzgado de Instrucción nº 8 de Barcelona (Cataluña) relativas a la denuncia de una ciudadana detenida en el año 1940 e ingresada en la prisión Les Corts, donde dio a luz a una niña, siendo trasladadas junto con otras presas a una cárcel de Vizcaya

donde falleció la menor. El archivo fue decretado por la Audiencia Provincial.

- Diligencias Previas nº 281/2009 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Villarcayo (Burgos, Castilla y León) incoadas para investigar la causa de la/s muerte/s en relación con los restos óseos hallados en una cueva denominada "La Humarraña". Fueron archivadas por auto de 22 de febrero de 2011 al datarse a los mismos una antigüedad superior a 50 años, sin poder establecer la causa de la muerte.
- Diligencias Previas n 284/2009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Peñarrolya-Pueblonuevo (Córdoba, Andalucía) incoadas por denuncia de un ciudadano relativa a la muerte de su padre el 22 de octubre de 1949 a consecuencia de heridas de arma de fuego recibidas en un encuentro con la Guardia Civil. Esta causa, al igual que las Diligencias Previas nº 712/2009 del Juzgado de Instrucción de Aguilar de la Frontera fueron archivadas, respectivamente, por autos de 13 de abril de 2009 y de 12 de febrero de 2010.
- Diligencias Previas nº 1989/09 del Juzgado de Instrucción nº 3 de San Sebastián (Guipúzcoa, País Vasco). Se incoaron tras el descubrimiento de restos óseos que podrían corresponder a personas desaparecidas en los primeros meses de la guerra civil. Una vez analizados los mismos, por auto de 5 de julio de 2010 se decreto el sobreseimiento provisional y archivo al no poderse determinar la causa de la muerte y en todo caso por prescripción.
- Diligencias Previas nº 288/08 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Palma del Condado y las Diligencias Previas nº 488/2009 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Moguer, ambas incoadas en virtud de sendas denuncias relativas a la posible ubicación de fosas con fallecidos en la provincia de Huelva (Andalucía). Fueron archivadas

respectivamente por autos de 1 de febrero de 2008 y 30 de marzo de 2009.

- Diligencias Previas nº 777/2011 del Juzgado de Instrucción nº 1 de León, las Diligencias Previas nº 481/09 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Ponferrada y Diligencias Previas nº 380/09 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción único de Villablino. En estos casos y por los expresados motivos fueron igualmente archivadas, tras la práctica de las necesarias actuaciones judiciales, las respectivas diligencias incoadas en relación con hechos denunciados.
- Diligencias Previas nº 1756/2009 del Juzgado de Instrucción nº 23 de Madrid, incoadas por la denuncia de la desaparición de dos personas, con petición de que por el Ayuntamiento de Madrid se facilitara los nombres de los inhumados entre los años 1937 al 1954 como consecuencia de la represión franquista. Se dictó auto de 23 de junio de 2009 decretando el sobreseimiento por no quedar acreditada en ese supuesto la perpetración del hecho delictivo.
- Diligencias Previas nº 1886/2009 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Palencia (Castilla y León) por el hallazgo de restos mortales en Fechilla, Guaza de Campos y Ampudia, en las que se ha acordado su archivo por expresado motivo del transcurso de tiempo legalmente establecido para la prescripción de los delitos.
- Diligencias Previas nº 2028/2009 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Pontevedra (Galicia) incoadas con motivo de la inhibición decretada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5. fueron archivadas por auto de 10 de junio de 2009;
- Diligencias Previas nº 264/2009 del Juzgado de Instrucción de Almazán (Soria, Castilla y León) fueron archivadas por auto de 16 de junio de 2009

- Diligencias Previas nº 656/2009 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Talavera de la Reina (Toledo, Castilla-La Mancha). Archivadas por auto de 5 de mayo de 2009.
- Diligencias Previas nº 2198/2009 del Juzgado de Instrucción nº 12 de Valencia, archivadas por auto de 3 de julio de 2009.
- Diligencias Previas nº 1069/2009 del Juzgado de Instrucción nº 7 Bilbao (Vizcaya, País Vasco). Archivadas por auto de 9 de junio de 2009.
- Diligencias Previas nº 541/2009 del Juzgado de Instrucción de Benavente (Zamora, Castilla y León), con motivo de la localización de restos humanos en la localidad de Santa Marta de Tera. El Juez decretó por auto de 26 de mayo de 2010 la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento de los presuntos autores de los hechos.

4. Procedimientos judiciales de investigación en curso

No obstante lo expuesto en el apartado anterior, en la actualidad continúan en curso de tramitación otros procedimientos referidos a la investigación de los hechos a los que se refiere la Comisión Rogatoria, estando pendiente la realización de determinadas diligencias de investigación. Así sucede en los siguientes casos:

- Diligencias Previas nº 230/09 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Carrión de los Condes (Palencia, Castilla y León). Se encuentran en tramitación a la espera del resultado de los análisis por el Instituto Nacional de Toxicología de las muestras biológicas de cinco cadáveres hallados en una fosa situada en la población de Ventosa de Pisuerga.
- Diligencias Previas nº 500/09 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Palencia. Aunque el Juez instructor decretó el archivo del procedimiento en virtud del fallecimiento de los presuntos responsables, determinante

de su responsabilidad penal, se encuentra abierta una pieza separada pendiente del resultado de los análisis de ADN para la identificación de los restos humanos hallados en el campo universitario y en cementerio de la localidad de Venta de Baños.

- Diligencias Previas nº. 594/2004 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Lora del Rio (Sevilla, Andalucía). Este procedimiento de investigación judicial fue incoado por delitos de asesinato, torturas y desapariciones sin dar razón del paradero, y en él se están practicando diligencias para la determinación de la fecha del fallecimiento de diversas personas después de las correspondientes exhumaciones.
- Diligencias Previas nº 3209/ 2009 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Granada (Andalucía), relativas a la exhumación de los restos del maestro de la localidad de Pulianas Dióscoro Galindo y del banderillero Francisco Galadí, presuntamente asesinados y enterrados en una fosa junto al poeta Federico García Lorca Se trata del procedimiento mencionado en al apartado anterior, en el que la titular del Jugado de Instrucción ha planteado la cuestión de competencia ante el Tribunal Supremo.
- Diligencias Previas nº 363/2009 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Porriño (Pontevedra). Igualmente mencionada más arriba, se trata de la causa en que la Sección de la Audiencia Provincial de Vigo (Galicia) ha acordado la suspensión de la decisión del recurso de Apelación contra el auto de archivo por prescripción dictado por el Juzgado Instructor hasta que el Tribunal Supremo resuelva la cuestión de competencia.

5. Investigaciones del Ministerio Fiscal relativas a la sustracción y desaparición de menores.

En relación específica con la referencia que la Comisión Rogatoria procedente de la Republica de Argentina realiza a la investigación de un plan sistemático para la sustracción de menores y su posterior entrega, con pérdida de su identidad, a personas diferentes de sus padres biológicos, y en la medida en que parcialmente afecta al periodo anteriormente indicado, es de interés señalar que el pasado día 27 de Enero de 2011 se recibió en la sede de esta Fiscalía General del Estado denuncia del presidente de la Asociación ANADIR (Asociación Nacional de Afectados por las Adopciones Irregulares), relativa a la existencia de una supuesta red de sustracción y compraventa de recién nacidos que presuntamente habría actuado durante un largo periodo de tiempo en diversas ciudades del territorio nacional, el cual, como queda dicho, incluye el lapso temporal a que se refiere la Comisión Rogatoria.

En el escrito de denuncia se relata que los menores recién nacidos fueron separados de sus legítimos padres bajo engaño -manifestándoles, en la mayoría de los supuestos, que su hijo había fallecido en el parto o en momentos inmediatamente posteriores al nacimiento- o bien bajo coacciones y amenazas, para ser posteriormente entregados a terceras personas, inscribiéndose como hijos biológicos de estas últimas, todo ello previo pago, en algunos casos, de una cantidad económica que variaba según los supuestos, algunos de los cuales pueden estar vinculados con el periodo y los hechos mencionados por la Autoridad judicial argentina requirente.

La Fiscalía General del Estado ha establecido un procedimiento de investigación para cada uno los hechos denunciados de forma individualizada, habiéndose valorado la circunstancia de que encontrándose las fuentes de prueba dispersas por todo el territorio nacional, la decisión de situar la investigación en el territorio donde presumiblemente sucedieron cada uno de

ellos facilitará su constatación, a la par que posibilitará la presencia de los afectados en las actuaciones que al respecto realice el Ministerio Fiscal, o, en su caso, la autoridad judicial competente. Por ello, en estos momentos se ha incoado Diligencias de Investigación en treinta y ocho órganos del Ministerio Fiscal en relación con los hechos sucedidos en sus respectivos territorios.

Ha de subrayarse, además, que en los casos en que se acredita la existencia de indicios de una efectiva sustracción de un menor, que de este modo fue extraído de un entorno familiar, alterándose su estado civil, es criterio de Ministerio Fiscal (que, como se ha dicho, se rige por el principio de unidad de actuación y por tanto sostiene esta interpretación en todos los referidos supuestos) que los hechos son constitutivos de un delito de detención ilegal, de naturaleza permanente –y sin que por consiguiente comiencen a computarse los plazos de prescripción- en tanto el menor no haya sido devuelto al citado entorno familiar de origen o no se halle (por ejemplo, por haber sido informado de los hechos) en disposición de poder regresar por sí mismo. En la denuncia colectiva inicial se denunciaban 268 casos. Acumulada con posterioridad una importante cantidad de nuevas denuncias, en el momento actual las Fiscalías se encuentra tramitando en torno a 500 diligencias informativas o de investigación por estos hechos.

6. Procedimientos y resoluciones en aplicación de la Ley de Memoria Histórica

Por último, además la investigación y, en sus respectivos supuestos, la adopción de las resoluciones que competen, en ejercicio del principio de independencia judicial (art. 117 CE) a los respectivos Jueces de Instrucción, sin perjuicio de los recursos devolutivos tramitados ante las correspondientes Audiencias Provinciales, y de las expresadas investigaciones abiertas en sede del Ministerio Fiscal, existen en este momento en España otros procedimientos y actuaciones en orden al esclarecimiento de los hechos, al restablecimiento de

la memoria histórica, de modo veraz conforme a los principios democráticos que incorpora la vigente Constitución española, y a la consiguiente recuperación de la dignidad de las víctimas.

En este sentido, hay que destacar que al amparo de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (también denominada *"Ley de la Memoria Histórica"*), se han declarado ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución.

En aplicación de dicha ley, cabe subrayar la importancia del Decreto de 5 de abril de 2010 del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, mediante el cual se acordó *reconocer que las sentencias dictadas por el Tribunal de Responsabilidades Políticas de Barcelona en fecha 13 de diciembre de 1939 y por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales en fecha 14 de octubre de 1940 relativas al Presidente de la Generalitat de Cataluña D. Lluis Companys i Jover* (quien fuera Presidente del Gobierno de la Generalitat de la Cataluña) *son inexistentes y nulas de pleno derecho sin que subsista actualmente apariencia alguna de legalidad o validez de las mismas, al haber sido expulsadas del ordenamiento jurídico.* Se adjunta copia del contenido íntegro de este documento.

En idéntico sentido y con el mismo soporte legal se ha pronunciado la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que mediante Auto de 21 de febrero de 2011 declara la radical injusticia de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra Permanente nº 5 de Madrid, con fecha 18 de enero de 1940, por la que se

condenó a muerte al poeta D. Miguel Hernández Gilabert, al haber sido declarada ilegítima por vicios de fondo y de forma conforme a lo prevenido en los artículos 2º y 3º de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, careciendo actualmente de cualquier vigencia jurídica.

7. Inexistencia de denuncia ante el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial de España de los hechos concretos que se mencionan en la Comisión Rogatoria.

Es preciso asimismo añadir, en fin, que, salvo error u omisión, de acuerdo con el resultado de las informaciones practicadas por este Ministerio Fiscal, no consta que ninguno de los hechos (enunciados en el apartado primero de los antecedentes del presente informe) que originaron la apertura del procedimiento que tramita el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 1 de la República Argentina, haya sido denunciado ante el Ministerio Fiscal o los Juzgados o Tribunales españoles, cuya jurisdicción y competencia para conocer de tales hechos se establece, en aplicación del principio de territorialidad, en el artículo 21 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial .

Dato éste que se hace expresamente manifiesto por la relevancia que pudiera tener en la determinación de la Jurisdicción preferente para el conocimiento de los hechos denunciados de los que trae causa la Comisión Rogatoria informada, habida cuenta de las normas que rigen en materia de Jurisdicción Universal, y en particular de la norma internacionalmente aceptada en numerosas convenciones y tratados que se concreta en el establecimiento de la territorialidad como Jurisdicción preferente y prevalente, teniendo carácter subsidiario el de la Jurisdicción de otro Estado (v. art. 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; art. 17.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional hecho en Roma el 17 de julio de 1998).

De todo lo expuesto, y a modo de resumen, derivan las siguientes

III. CONCLUSIONES

1. En España se han tramitado y se están tramitando en la actualidad numerosos procedimientos judiciales relativos a hechos delictivos cometidos durante la guerra civil española y la posterior dictadura, tanto en relación con la eliminación física de los ciudadanos partidarios de la Republica y de la forma democrática de gobierno, como de la desaparición de menores, a los que se refiere la Comisión Rogatoria procedente del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 1 de la Republica de Argentina.

2. En concreto, el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional incoó un procedimiento por estos hechos, habiendo acordado su titular, Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, mediante Auto de 18 de noviembre de 2008, la inhibición de la causa a los Juzgados territorialmente competentes para conocer de cada uno de los presuntos delitos cometidos.

En el momento presente, y a instancia de un Juzgado de Instrucción de Granada, está pendiente de determinarse con carácter definitivo, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la competencia para conocer del procedimiento, y en concreto de las desapariciones forzadas de personas, en atención a su consideración, dadas las circunstancias en que se produjeron -en ejecución de un plan sistemático y deliberado- como crímenes contra la Humanidad.

3. Sin perjuicio de ello, a partir de la citada resolución judicial en numerosos casos se han incoado procedimientos judiciales por parte de los respectivos Juzgados de Instrucción competentes por razón de lugar de perpetración del delito, que, tras investigar la existencia de los hechos

concretos que habrían tenido lugar dentro de ese ámbito territorial, han concluido con resoluciones jurídicamente fundadas de archivo, ya sea por falta de indicios suficientes acerca de la existencia o la naturaleza del hecho, ya sea por extinción de la responsabilidad penal de los presuntos autores, debida a su propio fallecimiento o al transcurso de prescripción de los delitos.

No consta a esta Fiscalía General del Estado que en ninguno de estos casos se haya aplicado la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977 ni ninguna otra clase de medida de gracia o indulto.

4. Existen, por el contrario, otros procedimientos judiciales que permanecen abiertos, enumerados en el cuerpo del presente informe, en los que en el momento actual se continúan investigando hechos delictivos, como homicidios y desapariciones forzadas de personas, presuntamente llevados a cabo en ejecución del plan de persecución y eliminación que se mencionaba el Auto de 18 de noviembre del Juzgado Central de Instrucción nº 5.

5. El Ministerio Fiscal investiga asimismo en la actualidad un importante número de supuestos de sustracciones o entregas ilegales de menores a personas distintas de sus padres, que incluyen hechos producidos en el período temporal y en las circunstancias que se mencionan en la Comisión Rogatoria. En los supuestos en que se acredita la sustracción no consentida del menor el hecho es calificado como detención ilegal y se considera un delito permanente cuya ejecución no concluye hasta que se produce o se hace posible el reintegro de la persona sustraída a dicho entorno familiar.

6. Además de los procedimientos de investigación incoados y desarrollados en el ámbito estrictamente penal por las Autoridades Judiciales competentes y por el Ministerio Fiscal, en aplicación de la denominada Ley de la Memoria Histórica se han declarado ilegítimas, por

vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución.

7. No consta, en fin, salvo error u omisión, que ninguno de los hechos concretos que se reseñan en la Comisión Rogatoria como denunciados ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 1 de la República Argentina hayan sido denunciados ante el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial del Reino de España, cuya jurisdicción para conocer de ellos, atribuida por el art. 21 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y efectivamente ejercitada en los casos análogos que se enumeran en el presente informe, ha de entenderse preferente y prevalente de acuerdo con las normas que rigen en materia de Derecho Penal Internacional, y en particular con el principio internacionalmente aceptado de la subsidiariedad de la Jurisdicción Universal (*v. gr.* art. 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; art. 17.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional hecho en Roma el 17 de julio de 1998).

Madrid, 6 de mayo de 2011

576

EMBAJADA REPUBLICA ARGENTINA
MADRID - ESPAÑA

ENTRADA	SALIDA
Reg. Gral. N.º 262	Reg. Gral. N.º
DIA 10	DIA
MES JUN	MES
AÑO 2011	AÑO
Sección II	Sección
Letra	Letra
N.º	N.º

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES
Y DE COOPERACIÓN

SUBSECRETARIA DE ASUNTOS
EXTERIORES Y COOPERACIÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS
CONSULARES Y MIGRATORIOS

Núm.

Ref. 129118-CR-10

NOTA VERBAL

El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación saluda atentamente a la Embajada de la República Argentina en esta capital y, con referencia a su Nota Verbal núm. 593-1, de 25.11.10, por la que remitía exhorto procedente del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo de la Dra. María Servini de Cubría, relativo a **ELÍAS GARCÍA HOLGADO Y OTROS.- N. N. S/GENOCIDIO (VÍCTIMAS DEL FRANQUISMO)**, adjunto tiene el honor de remitir a esa Representación, informe procedente del Fiscal General del Estado y otros documentos procedentes del Ministerio de Justicia, a los efectos oportunos.

El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación reitera a la Embajada de la República Argentina el testimonio de su alta consideración.

Madrid, 7 de junio de 2011

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN
SECRET. GRAL. ASUNTOS JURIDICOS Y CONSULARES
Dirección Gral. de Asuntos Consulares y Migratorios

A LA EMBAJADA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA EN MADRID.

577

MUY URGENTE

Embajada
de la
República Argentina
Madrid - España

Sec. I
N°: 387

OBJETO: Carpe DIAJU N° 6489/10
Nota DIAJU N° 18667/10
Causa N° 4.591/2.010 (A-12.447)
caratulada "N.N. S/GENOCIDIO...".

La Embajada de la República Argentina ante el Reino de España presenta sus atentos saludos a la Cancillería Argentina -Dirección General de Asuntos Jurídicos- y, con referencia a la Nota DIAJU N° 18667/10, Carpe. DIAJU N° 6489/10, se remite la Nota Verbal N° 250/15, enviada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, que anexa informe procedente del Fiscal General del Estado y documentación judicial procedente del Ministerio de Justicia español, correspondiente a la Causa N° 4.591/2.010 (A-12.447) caratulada "N.N. S/GENOCIDIO...".

La Embajada de la República Argentina ante el Reino de España reitera a la Cancillería Argentina -Dirección General de Asuntos Jurídicos- las expresiones de su más alta y distinguida consideración.

Madrid, 14 de junio de 2011

Adjs. 203 fs.

GJF/DBE

REPUBLICA ARGENTINA
EMBAJADA

Not 4332/11

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO
22 JUN 2011
Dirección Gral. de Asuntos Jurídicos
CARPE Nº 6489/10

A LA CANCILLERIA ARGENTINA
-Dirección General de Asuntos Jurídicos-
BUENOS AIRES

NUN 8/6/11

 278

Ministerio de Relaciones Exteriores,
Comercio Internacional y Culto

EN MANO

Sírvase citar Carpe N° 6489/2010

Nota N°: 10100
Letra DIAJU, ZCRJA

Buenos Aires

Al Sr. Juez a cargo del
Juzgado de Nacional en lo
Criminal y Correccional Federal N° 1
Dra. María Servini de Cubria
Secretaría N° 1
Dr. Adolfo O. Piendibene
S. / D.

Tengo el agrado de dirigirme a Ud., en la causa N° 4591/2010 (A-12.447) caratulada **"N.N. s/ Genocidio Querellante: Cando Dario Rivas, García Holgado Inés, Asociación de Recuperación de la Memoria"**, en trámite ante por ese Juzgado, y en referencia al exhorto remitido mediante oficio librado con fecha 14 de octubre de 2010.

Al respecto, cumplo en remitirle el mismo, diligenciado por las autoridades españolas competentes, en los términos que surgen de sus propias actuaciones.

Saludo a Ud. con distinguida consideración,

adj. 204 fjs.-
qmb

Dr. Diego Hernán Solernó
Director de Cooperación
Internacional en Materia Penal

Generado por DIAJUGES BNO:10552/2011
Carpeta 6489/2010

RECIBIDO HOY 28/06/11 EN SECRETARIA
SIENDO LAS 09:25 HORAS. CONSTE.-

526

913352295

JUZGADO DE INSTRUCCION NUM. TRES DE GRANADA

Avenida del Sur nº5 (Edificio La Caleta), planta 5ª
Teléfono: 958 028 622/23. Fax: 958 028 624.
Procedimiento: DILIGS.PREVIAS 3209/2009. **Negociado:** P
EJECUTORIA Nº: .
N.I.G.: 1808743P20090021256.
De: MONTSE ARMENGOL
Procurador/a:
Letrado/a:
Contra:
Procurador/a:
Letrado/a:

AUTO

Granada a veintiocho de mayo de 2009.

HECHOS

UNICO.- En fecha uno de abril de 2009 se incoaron las presentes Diligencias Previas, turnadas a este Juzgado procedentes de Decanato, con testimonio de diversas resoluciones dictadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de Madrid, en Sumario 53/08 (auto de fecha dieciocho de noviembre de 2008, auto de veinticuatro de noviembre de 2008, auto de veintiocho de noviembre de 2008, auto de veintiséis de diciembre de 2008 y auto de trece de enero de 2009) así como con testimonio del auto de fecha dos de diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal en Pleno, expediente 34/08, de la Audiencia Nacional, en resolución a una cuestión de competencia promovida por el Ministerio Fiscal en el citado Sumario 53/08; junto con ella dos votos particulares, uno, del Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Martínez Lázaro y otro, de los Ilmos. Sres. Magistrados, D. José Ricardo de Prada Solaesa, Dña. Clara Bayarrui García y D. Ramón Sáez Valcárcel. Adjunto al citado testimonio de particulares se remetía por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 una memoria USB comprensiva del contenido íntegro del citado Sumario, así como un sobre conteniendo instrucciones de instalación y acceso a la memoria, además la contraseña que lo permitía, documentación complementaria y copias en soporte digital. Todo ello a fin de, tal y como reza el oficio remisorio, "....RESUELVA LO QUE TENGA POR CONVENIENTE SOBRE LA INHIBICIÓN PLANTEADA".

El auto de incoación ordenaba que por el Juzgado Central de

Instrucción se remitiera copia testimoniada de una resolución de fecha anterior a las remitidas, de dieciséis de octubre de 2008 y de cuya existencia se conocía por la lectura de los testimonios, no pudiendo en ese momento accederse al contenido de la memoria por problemas técnicos.

En fecha dos de abril de 2009 por el Procurador D. Fernando Aguilar Ros, en nombre y representación de la Asociación Granadina para la Recuperación de la Memoria Histórica y Francisco Santiago Galadí Marín, se presenta dos escritos, uno, solicitando personarse en las actuaciones, y el segundo, instando la autorización de exhumación de los restos humanos de Dióscoro Galindo y Francisco Galadí Melgar con orden de levantamiento de sus cadáveres. Al día siguiente, mediante providencia, se acordó no proveer los citados escritos hasta tanto no se tuviera conocimiento exacto y completo de la causa, que no solo no había sido posible por su volumen sino porque se tenían problemas técnicos para acceder a la memoria USB remitida, incluso el lector de CD de quien resuelve estaba averiado desde su instalación; de dichas dificultades técnicas el Sr. Secretario del Juzgado dio cuenta mediante sucesivas diligencias en las actuaciones.

Instalado el programa y ya con acceso a la memoria USB las dificultadas se centraron en el volumen del contenido y la concreción respecto de todo aquello acaecido en territorio del partido judicial de Granada y análisis conjunto de toda la información contenida en la memoria USB, por lo que se mantuvieron, nuevamente, comunicaciones telefónicas por parte del Sr. Secretario del Juzgado con el Juzgado Central de Instrucción nº 5, para recibir instrucciones de uso que fueron recibidas en fecha 15 de abril de 2009. Entretanto se recibió escrito de Fernando Guijarro Arcas, junto con documentación, procedente de Decanato, sobre ubicación de fosa con los restos del poeta Federico García Lorca en la Huerta de San Vicente de Granada.

Una vez superados los problemas de carácter técnico y con conocimiento de la causa se denegó la personación del Procurador Sr. Aguilar Ros por cuanto el fin de las actuaciones es la aceptación o no de la competencia, obrando los originales en Madrid y constando que la citada Asociación estaba personada en la causa de donde proceden los testimonios, se le indicó que las solicitudes de todo orden debía de realizarlas en el Juzgado Central de Instrucción. Por último, mediante providencia de la misma fecha, veinte de abril, se ordenó pasaran las actuaciones junto con el material informático al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia territorial y objetiva, por razón de la materia, de este Juzgado para la investigación de múltiples detenciones ilegales que tienen su origen en un plan sistemático y preconcebido de

eliminación de oponentes políticos a través de muertes, torturas, exilio y desapariciones forzosas a partir del día 17 de julio de 1936, durante la Guerra Civil y los siguientes años de posguerra en un contexto de crímenes contra la humanidad pero circunscrito a lo acaecido en territorio de este partido judicial. El Ministerio Fiscal en fecha veintidós de mayo de 2009 informó: " Por los motivos expuestos el Fiscal interesa que por el Juzgado se acuerde la aceptación de la competencia para la instrucción de las presentes diligencias en lo relativo a los hechos de Víznar y Alfacar, denegándose respecto a Las Gablas por pertenecer al partido judicial de Santa Fe ".

A continuación, las actuaciones quedaron pendientes de la presente resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El objeto de la presente resolución.

Como cuestión previa pero absolutamente necesaria es obligado recordar que el objeto de la presente resolución se limita única y exclusivamente a un pronunciamiento sobre competencia para conocer de una parte de una causa, Sumario 53/08 del Juzgado de Instrucción Central nº 5, al haber sido propuesta dicha competencia por el citado Juzgado a favor de éste, en auto de fecha veintiséis de diciembre de 2008, en el marco de una cuestión de competencia promovida en virtud del artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Queda fuera de la resolución la valoración sobre la oportunidad procesal de la causa, la prescripción o no de los delitos investigados, la aplicabilidad a los mismos de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, la posible extinción o no de responsabilidad penal de los presuntos autores de los hechos investigados por causa de muerte, la legitimación de quienes ya obran como partes del Sumario, la adopción de medidas como la exhumación de fosas...., y cualesquiera otras cuestiones apartadas de la cuestión de carácter procesal que se nos plantea. Las posibles referencias que esta resolución pueda realizar a cuestiones como las apuntadas u otras, dada la problemática social que ha planteado la existencia de la causa de la que aquí obra testimonio, lo será con el exclusivo fin de atender a una cuestión jurisdiccional que nada tiene que ver ni con lo político, ni con lo social, sin perjuicio de que se reitere algo que ya obra en otras resoluciones dictadas en el Sumario por su Instructor y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional: el derecho de las víctimas de la Guerra Civil y la dictadura posterior del General Francisco Franco a un resarcimiento moral mediante la recuperación de los restos de sus familiares, el cual se encuentra reconocido en la Ley 52/2007 de 26 de

diciembre (por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, la llamada ley para la recuperación de la memoria histórica), debiendo quedar claro que su aplicación no depende de la existencia de esta causa y puede ser perfectamente llevada a efecto por la Administración al margen de cualquier actuación judicial, tal y como se establece en el texto de la Ley: artículo 11, párrafo 1º " *Las Administraciones públicas....facilitarán a los descendientes directos de la víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior....*"; párrafo 2º " *La Administración General del Estado elaborará planes de trabajo y establecerá subvenciones para sufragar gastos derivados de las actividades complementarias....*"; artículo 13, párrafo 1º " *La Administración pública competente autorizará las tareas de prospección encaminadas a la localización de restos de la víctimas referidas en el apartado 1 del artículo 11, de acuerdo con la normativa sobre patrimonio histórico y el protocolo de actuación que se apruebe por el Gobierno. Los hallazgos se pondrán inmediatamente en conocimiento de las autoridades administrativas y JUDICIALES competentes.....*". De donde se desprende: primero, que la citada Ley atribuye la función relativa al levantamiento de fosas, incluidas las que se encuentran en el partido judicial de Granada, a la Administración Pública y no al Poder Judicial, sin perjuicio de lo que se practique en el ámbito de la jurisdicción, si se dan los presupuestos legalmente previstos; y dos, el procedimiento previsto en la citada Ley 52/2007 es inverso a lo que parece haberse realizado en el Sumario seguido en el Juzgado central de Instrucción pues autorizadas las tareas de prospección en la búsqueda de restos humanos, por parte de la Administración, hay que dar cuenta a la autoridad judicial, siendo ello habitual en la práctica forense tras el hallazgo de huesos o posibles restos humanos. Que ello es así, esto es, el carácter administrativo de los derechos reconocidos por la citada Ley lo demuestran, numerosas disposiciones legales dictadas a su amparo como el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA) de 13 de abril de 2007 que publicó la Orden por la que se establecían las bases reguladoras de los procedimientos para la concesión de todas las subvenciones que concede anualmente la Consejería de Justicia y Administración Pública. Se trata de una Orden que ha dispuesto un plazo único de presentación de solicitudes entre el 15 de enero y el 15 de marzo de cada año. Solamente el pago de cuantía única que otorga la Consejería a represaliados del franquismo que no pudieron acogerse a las convocatorias de 2001 y 2003, y mantiene permanentemente abierto el período de solicitud a aquellas personas que no lo hayan pedido anteriormente.

Hechas las anteriores salvedades, se insiste en que el objeto de la

presente lo constituye un pronunciamiento de competencia, admitir o no la propuesta por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de Madrid, lo cual es esencial para cualquier tipo de procedimiento, incluido el de carácter penal, al ser la competencia una cuestión de orden público y uno de los presupuestos esenciales del proceso por su carácter absoluto, improrrogable e indisponible.

SEGUNDO.- El objeto del Sumario 53/08.

No cabe duda que para afirmar o denegar la competencia del Juzgado de Instrucción de Granada, se muestra imprescindible realizar un examen del objeto del Sumario, esto es, de los hechos que son el material de investigación, en definitiva, el objeto del proceso. El propio auto de fecha veintiséis de diciembre del pasado año, el cual acuerda la inhibición a éste y otros Juzgados del territorio nacional, califica los hechos investigados como múltiples detenciones ilegales sin dar cuenta del paradero de las víctimas que tienen su origen en un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de muertes, torturas, exilio y desapariciones forzosas a partir del día 17 de julio de 1936, durante la Guerra Civil y los siguientes años de posguerra, en un contexto de crímenes contra la humanidad pero circunscrito a lo acaecido en territorio de este partido judicial, Granada. Ni que decir tiene que quien resuelve no está vinculada a la calificación realizada por otro órgano judicial de igual clase, en fase de instrucción, pero en este caso se asume y afirma como tal por cuanto el material investigado, la orientación dada a la instrucción penal, las diligencias ya acordadas, alguna de ellas en trámite, (como el nombramiento de un grupo de expertos para la formación de listados de desaparecidos en todo el territorio nacional, incluido Granada) y el contenido de las resoluciones dictadas por el Instructor en lo relativo a la descripción de los hechos que forman parte del Sumario (especialmente los autos de 16 de octubre y 28 de noviembre), llevan a la afirmación de que la investigación persigue aclarar las circunstancias en que se produjeron unos hechos y sus posibles autores que pueden merecer la calificación de – **crímenes contra la humanidad** -, al no constituir hechos independientes o aislados los unos de los otros sino que responden a una unidad de acción, en palabras del Instructor: " un plan de exterminio propiciado o favorecido por quienes se alzaron contra un gobierno constitucional y que con sus acciones delictivas agredieron no sólo a las víctimas sino a toda la Comunidad Internacional ".

Para el Juzgado de Instrucción Central, tales hechos constituyen un delito contra altos organismo de la Nación y forma de Gobierno como conexo al delito permanente de detención ilegal con desaparición forzosa de personas, atribuyéndose competencia con base a los artículos 65.1º y

88 de la LOPJ (folios 50 y 51 del auto de 16 de octubre); para la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y como fundamento para declarar la falta de competencia objetiva del citado Juzgado Central, el levantamiento militar del 17 y 18 de julio de 1936 constituye, junto con los delitos conexos, un delito de rebelión, al tiempo de crearse la Audiencia Nacional (art.214 del Código Penal, texto refundido de 1973), encontrándose dicho delito de rebelión ahora tipificado en el artículo 472 y s.s. del vigente Texto. Sin embargo, aún cuando la Sala de lo Penal realizó dicha calificación como fundamento a la declaración de incompetencia objetiva, lo cierto es que dejó subsistente la valoración del objeto del Sumario como " múltiples detenciones ilegales de carácter permanente que tienen su origen en un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de muertes, torturas, exilio y desapariciones forzosas a partir del día 17 de julio de 1936, durante la Guerra Civil " pues a juicio de quien resuelve, la calificación de rebelión lo fue a los exclusivos efectos de denegar competencia objetiva a la Audiencia Nacional, corrigiendo la calificación del Instructor.

Por otro lado, y en lo que al objeto del proceso afecta en orden a determinar competencia judicial para la investigación de los hechos, es importante tener en cuenta las razones que llevan al Instructor a abrir las actuaciones en virtud de un conjunto de denuncias y a practicar diligencias. Así el Instructor afirma la necesidad de abrir diligencias de investigación ante la existencia de indicios de un conjunto de delitos de detención ilegal sin dar cuenta del paradero de las víctimas, de carácter permanente cuya comisión y efectos jurídicos son actuales, en el marco de unos crímenes contra la humanidad. Ello le lleva directamente a afirmar la no aplicación, al supuesto de autos, y de ahí la propia existencia de la causa, del principal principio regulador del derecho penal, cual es, el principio de legalidad, nadie puede ser condenado- ni investigado- por actos u omisiones que en el momento de cometerse no sean constitutivos de delito, bien en derecho interno, bien en derecho internacional. Junto con la negación al principio de legalidad, se tronca igualmente otro de los principios rectores del derecho penal como consecuencia del carácter de " crimen contra la humanidad ", esto es, el principio de irretroactividad de la ley penal. Como quiera que ni los delitos de lesa humanidad ni el delito de detención ilegal sin dar cuenta del paradero de la víctima estaban tipificados en el Código Penal de 1932, se dice que " *el CP vigente puede aplicarse retrospectivamente a conductas anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la LEGALIDAD PENAL INTERNACIONAL; es decir, son conductas criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque no hubieran sido tipificadas en el CP español – ni tampoco por la Comunidad Internacional de la fecha-*". De esa forma se aplica la cláusula Martens, tal y como se

hizo en los juicios de Nuremberg para juzgar a los criminales nazis, se admite la posibilidad de juzgar tales hechos por ir en contra de los usos de la guerra, siendo delitos que universalmente los Estados reconocen como inaceptables con arreglo al derecho natural e internacional, como por ejemplo asesinar a civiles indefensos, siendo ello fundamento de su carácter imprescriptible.

Si los anteriores argumentos son los tenidos en cuenta para abrir el procedimiento y justifican su propia existencia, así como el despliegue de una compleja actividad instructora, la respuesta, en orden a competencia, es si este Juzgado es competente para conocer de una parte, lo acaecido en el partido judicial de Granada durante el llamado alzamiento nacional y la posguerra, como crimen contra la humanidad, pues si quitamos la calificación, de crimen contra la humanidad o internacional, la existencia de la causa carece de fundamento, debido al tiempo transcurrido y la necesaria aplicación de los institutos de prescripción, irretroactividad de la ley penal, principio de legalidad, extinción de responsabilidad penal por muerte.....Por ello, se insiste, en que la valoración de competencia es necesaria hacerla sobre la base de los contornos antes apuntados, sin que le corresponda a quien resuelve revalorar los hechos que justifican la existencia de la causa, pudiendo o no compartir los argumentos que el Instructor pone en apoyo de la misma. La causa existe, tal cual es, tal y como la han configurado los múltiples denunciantes y el Instructor, correspondiendo ahora resolver si sobre esa realidad que emana de la investigación, este Juzgado es o no competente. Se trata, en definitiva, no de actos individuales realizados por iniciativa propia e intereses particulares, sino de un ataque generalizado hacia una pluralidad de personas con base a la observancia y obediencia de un plan preconcebido

TERCERO.- Competencia del Juzgado de Instrucción de Granada.

Siguiendo con el hilo argumental del apartado anterior, afirmar desde este momento que **ESTE JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE GRANADA NO SE CONSIDERA COMPETENTE PARA INVESTIGAR LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD SUPUESTAMENTE COMETIDOS DESDE EL DÍA 17 DE JULIO DE 1936, DURANTE LA GUERRA CIVIL Y LA POSGUERRA** realizados a través de un plan organizado y sistemático de acabar con el oponente político - llamados con simpleza genérica " los rojos "- a través de múltiples detenciones ilegales sin dar cuenta de su paradero, torturas, muertes, desapariciones forzosas.....ocurridas en el partido judicial de Granada. La primera razón o al menos la que viene a la mente de quien resuelve, en primer lugar, es la lógica jurídica procesal ¿ cómo un Juzgado cuya actuación territorial se

circunscribe a un pequeño territorio en el conjunto del Estado puede conocer sesgadamente de algo que de antemano se parte tuvo un carácter general en el conjunto de España, y de ahí, su carácter de crimen contra la humanidad ? . Pues no hay que olvidar que el Instructor nombró unos peritos o comité de expertos que están elaborando listas de desaparecidos en Granada y en el resto de territorio nacional que a fecha de la inhibición tenía únicamente un carácter provisional (se cifran entre 136.062 a 152.237); en Granada provincia, por ejemplo, el número de desaparecidos es de quince figurando desde un poeta universal, políticos, empleados de correos, profesores, ... siendo dicho número claramente inferior al número de personas desaparecidas en el periodo de tiempo que se indica en la causa y que comienza el 17 de julio de 1936 hasta el año 1951 que fija el Instructor. Avala el carácter general de la causa, al menos en lo referente a Granada, el propio contenido del exhorto de fecha 20 de octubre de 2008 (en este caso correspondió al Juzgado de Instrucción nº 2 de Granada) que el Juzgado Central de Instrucción nº 5 remitió, cuyo contenido no se limita a la apertura de la " fosa de Lorca ", tal y como se difundió, al menos en la prensa local, sino a un conjunto de actos tendentes al descubrimiento de esos múltiples delitos de detención ilegal sin dar cuenta del paradero de la víctima, eso sí, en Granada.

Junto con la lógica, en este caso, jurídica y procesal, que es lo primero que debe llevar a un jurista a una valoración, existen, y se intentaran explicar, razones legales que apoyan dicha afirmación, excluyendo del párrafo tercero del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la investigación de la causa que se propone, al afirmarse ser un crimen contra la humanidad, y por tanto, no un delito " común ". Legalidad y lógica jurídica serán los bastiones en los que se asentará la argumentación que apoya la inexistencia de competencia. Debiéndose de añadir que la relación de nombres que figura con carácter provisional no va referida a personas desaparecidas en Granada y su partido judicial de manera exclusiva sino que aparecen personas, en el listado se indica " fallecidas " y no desaparecidas, cuyo lugar de residencia (Torbizcón, Vélez de Benaudalla, Jayena, Benalúa de las Villas,.....) correspondía a los partidos judiciales de Órgiva, Baza, Guadix... y no a este partido judicial, no existiendo razón alguna para que el Juzgado Central de Instrucción no realice inhibiciones a dichos Juzgados, realizando una unificación territorial por provincia que en nada se corresponde con la división territorial de la jurisdicción en partidos judiciales, o unidad territorial de actuación propia de un órgano judicial de instrucción.

Obviamente, si las desapariciones de personas fueran aisladas entre sí, cada una de las cuales con sus propias circunstancias y sus supuestos autores, y no mediera un plan preconcebido en los términos

apuntados, es claro que los Juzgados de Granada investigarían lo ocurrido dentro del partido judicial, o al menos, serían competentes para realizar valoraciones sobre responsabilidad, prescripción, levantamiento de fosas, personación en la causa,.....Desapariciones o detenciones ilegales que habría, a su vez que repartir entre los Juzgados del partido judicial al no existir motivo que justifique su investigación conjunta. No se desconoce que cada delito o ataque individual desarrollado en la ejecución de un plan preconcebido y sistemático puede constituir en sí mismo un crimen contra la Humanidad, un asesinato, por ejemplo; pero aún en este supuesto, al formar parte de una línea de conducta realizada por un poder político " de facto ", en el caso de los sublevados en julio de 1936, (pudiera ser " de iure "), encontrando su fundamento en un comportamiento contra un sector de la población (todo aquel que no se unió al alzamiento e insurrección militar o era contrario al mismo con o sin participación activa), y por tanto, no contra una persona individual como tal, el crimen aislado no puede ser competencia territorial del lugar donde tuvo lugar físicamente, al tratarse de un delito de lesa humanidad; resultando enormemente complicado y absurdo pensar que hubo decisiones sobre desapariciones de personas (mejor, muertes) con el límite territorial del partido judicial, resultando imposible deslindar que fue " aquí o allí ", o incluso, si la decisión u orden de la detención, la ejecución de la misma y posterior muerte ocurrieron en un mismo lugar.

Por último, en lo que se refiere a este particular, hacer alusión a algo que ha llamado la atención de quien resuelve. El auto que acuerda una " diáspora procesal" y remite testimonio de lo actuado, entre otros partidos judiciales, a Granada de fecha 26 de diciembre de 2008, reitera la idea de la inhibición múltiple con fraccionamiento territorial de la causa " dando así cumplimiento a la Parte Dispositiva del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de dos de diciembre de 2008". Bien es cierto que en dicha Parte Dispositiva se consigna " *Sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales* " pero por más que se lee el auto no existe en el mismo ninguna alusión, ni a ordenar al Instructor la inhibición múltiple ni las supuestas razones que apoyarían ésta, por lo que a juicio de quien resuelve " *la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales* ", carece de razón, argumentación y contenido.

CUARTO.- Posible competencia de la Audiencia Nacional.

Resulta lógico que la afirmación de incompetencia objetiva de este Juzgado de Instrucción ha de llevar aparejada una determinación de qué órgano es el competente para conocer de los hechos investigados partiendo siempre de las premisas y contornos descritos en anteriores apartados. Creo que debieron de ser " otros " los que realizaran tales

afirmaciones pero la tesitura procesal en que se encuentra este Juzgado lleva a que al menos se haga una proposición al respecto, partiendo de la dificultad de encajar unos hechos ocurridos, o iniciados, hace 73 años, en la actual Planta y Organización de los Tribunales de España.

Un primer intento de determinación de competencia entre los órganos judiciales del Estado español, nos pone de relieve la deficiente regulación y legislación sobre el asunto. La cuestión no es fácil, ni unánime. El artículo 23, párrafo 4º de la LOPJ lleva a afirmar la competencia de la jurisdicción española si los delitos o crímenes son de carácter internacional- de lesa humanidad- pero cometidos FUERA del territorio nacional, pero si esos mismos delitos se cometen dentro de territorio jurisdiccional español, la respuesta no es tan clara y expresa en la legislación. Los delitos de dicha naturaleza se incorporaron a la legislación penal española con el Código de 1995, mientras que la modificación legislativa sobre competencia de la Audiencia Nacional, data de varios años antes, Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo ser ésta una de las razones de la existencia de vacío legal. Ante el aparente vacío legal "..... *no es razonable la exclusión de la jurisdicción de los tribunales internos respecto de los crímenes contra la humanidad cuando la acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los Derechos Humanos básicos.....La prohibición de la analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas. Y entre el delito de genocidio y los crímenes contra la humanidad es apreciable una profunda similitud, no solo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español.....Nada impide, pues, una interpretación del artículo 23.4º de la LOPJ, en el sentido de establecer la jurisdicción de los Tribunales españoles.*" (Sentencia del Tribunal Supremo, caso Scilingo). De esta forma, aplicando la propia doctrina del Tribunal Supremo, y mediante el juego de la analogía, se puede afirmar la competencia de la Audiencia Nacional, para hechos como los que nos ocupan.

Como es sabido la legislación española contiene el principio de Justicia universal o posibilidad de persecución de hechos reprochables penalmente cometidos fuera del territorio nacional siempre que tenga el carácter de crímenes contra la humanidad conforme a la legislación internacional (Tratados, Acuerdos...). A pesar de la expresa tipificación en la legislación interna de los delitos de lesa humanidad en el Código Penal de 1995 y su modificación en la Ley Orgánica 15/2003, no se ha producido reforma del artículo 23 de la LOPJ en el sentido de incluir entre

28.MAY.2009 12:13 958 028746 FISCALIA-GRANADA #0468 P.010 /014

los delitos competencia de la jurisdicción española los delitos de lesa humanidad cometidos dentro del territorio nacional, y ello a pesar de la oportunidad que se tuvo con la Ley Orgánica 19/2003. Tal vacío constituye un obstáculo más para determinar a qué órgano de la Planta Judicial española corresponde el conocimiento de tales delitos. No obstante, dichos delitos se han de integrar en el marco del párrafo cuarto *in fine* del citado artículo 23, cuando dispone " cualquier otro delito que según los tratados y los convenios internacionales, deba ser perseguido en España "; hay que acudir para ello al Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, en vigor desde el uno de julio de 2002, el cual se ha de considerar derecho interno vigente, de conformidad con el artículo 96 de la Constitución española. El citado artículo 23 puesto en relación con el artículo 65 de la LOPJ que define las competencias de la Audiencia Nacional, lleva necesariamente a afirmar la competencia para la instrucción y enjuiciamiento posterior de los delitos de esta naturaleza a los Juzgados Centrales de Instrucción, y posteriormente, a la Audiencia Nacional, pues si la competencia se atribuye para delitos de lesa humanidad cometidos fuera de nuestras fronteras, con más razón aún cuando el delito es realizado en España y encuentra penalidad en el sistema judicial español, realizando una integración analógica ex artículo 23, párrafo 4º y 65 de LOPJ.

Existen otras posibilidades legales pero todas ellas conducen a un mismo órgano: la Audiencia Nacional. Mediante la aplicación de la Ley orgánica de 25 de mayo de 1988 sobre reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes en su Disposición Transitoria;
" *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 con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores. La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial* ".

Si partimos, no de un delito de lesa humanidad sino de un delito de rebelión, tal y como hace la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, no es disparatado afirmar la aplicación de la citada Ley Orgánica 4/1988, sin que sea admisible su exclusión por el argumento de no existir la Audiencia Nacional en fecha de acaecimiento de hechos, cosa distinta será el destino que deba de tener la causa. A la misma conclusión se llega si se considera un delito contra la humanidad cometido por un grupo

28.MAY.2009 12:14 958 028746 FISCALIA-GRANADA #0468 P.011 /014

armado, en definitiva, rebelde, término utilizado en la citada Disposición. O incluso, podemos admitir la calificación de delito de terrorismo, pues no puede olvidarse que la Decisión-marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo, mantiene que los actos terroristas también pueden perseguir desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales, políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país, tales hechos merecen la consideración de crímenes internacionales y contra la humanidad siempre que formen parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil y cuando los autores tienen conciencia de que sus actos son parte de ese plan preconcebido, presupuestos todos ellos que se dan en el supuesto de hecho objeto del Sumario 53/08.

QUINTO.- La posibilidad de dejar la causa sin sede en la jurisdicción española.

De no acogerse ninguna de las propuestas apuntadas expresamente a favor de la competencia de la Audiencia Nacional, alguna de ellas razonada de forma extensa en el voto particular de los Ilmos. Sres. Magistrados, D. José Ricardo de Prada Solaesa, Dña. Clara Bayarrui García y D. Ramón Sáez Valcárcel, se podría producir " *...la actuación internacionalmente legítima de cualquier otra jurisdicción que se considere competente...*" que podría, según algunos analistas, ver comprometida la responsabilidad internacional del Estado, en el marco de la Observación General nº 31 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, junto con la nº 18 y la nº 28. No obstante, la lógica nos permite afirmar que esta actuación de Estados de nuestro entorno, ante una supuesta pasividad procesal de los órganos judiciales españoles, se antoja desfasada en el tiempo y poco probable por cuanto esos mismos Estados permanecieron impasibles cuando los hechos se estaban produciendo y durante los años sucesivos, más preocupados por sus problemas internos que por lo que sucediera en la " España de Franco ".

De otra parte, no cabe afirmar la competencia de la Corte Internacional Penal creada por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, en vigor desde el uno de julio de 2002, ratificado por España: primero, por su carácter complementario, su funcionamiento solo se prevé para supuestos en que no exista procedimiento en la jurisdicción nacional competente (el procedimiento existe aún en fase de investigación, el problema interno es de competencia objetiva) y segundo, la competencia temporal de la Corte, establecida en su artículo 11 "*La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos* ***después de la entrada en vigor del presente Estatuto*** ", lo que supone una reafirmación del principio de irretroactividad penal, cuestionado por el Instructor respecto de los delitos contra la humanidad

28.MAY.2009 12:14 958 028746 FISCALIA-GRANADA #0468 P.012 /014

objeto del Sumario 53/08.

SEXTO.- Las peticiones del Ministerio Fiscal.

El informe del Ministerio Fiscal de la Audiencia Provincial de Granada, al que se dio traslado previamente, reitera en lo esencial, los informes de la Fiscalía ante la Audiencia Nacional, afirmando la competencia del Juzgado respecto de los hechos acaecidos sólo y exclusivamente en el partido judicial de Granada, dejando a un lado hechos que de manera directa o indirecta aparecen en la causa ocurridos en la provincia pero fuera del partido judicial (por ejemplo, consta una petición de exhumación de restos humanos en Las Gabias cuando la citada localidad pertenece al partido judicial de Santa Fé, no constando inhibición a dicho partido judicial); se afirma por el Ministerio Fiscal la competencia del Juzgado para los delitos de detención ilegal sin dar cuenta del paradero (artículo 166 del Código Penal vigente), olvidando que dicho delito no existía en la legislación penal vigente en el momento de ocurrir los hechos y obviando que en el informe provisional que se está elaborando, al que esta resolución ha hecho ya referencia, no se consigna a las víctimas como " desaparecidas " sino como " fallecidas" fijándose, incluso, el lugar de su ajusticiamiento; por tanto, si se trata de aislar unos hechos con otros, la calificación correcta no es la de desaparición, ya que muchos figuran como fallecidos en el propio Registro Civil aún cuando no conste fehacientemente el lugar donde descansan sus restos mortales, sino como asesinatos. Por lo demás, el resto del contenido del informe del Ministerio Público queda contestado con el contenido precedente de la presente resolución.

Resta incidir sobre la idea central de la presente resolución, esto es, de considerarse necesaria, jurídica y procesalmente, la existencia de la causa instruida en el Juzgado Central de Instrucción, su residencia, a pesar del vacío legal sobre la materia, no puede estar sino en la Audiencia Nacional, al rechazarse de antemano la creación de un tribunal especial al efecto, y ello por la naturaleza y configuración dada al objeto del proceso como crimen contra la humanidad (múltiples detenciones ilegales sin dar cuenta del paradero de las víctimas que tienen su origen en un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de muertes, torturas, exilio y desapariciones forzosas a partir del día 17 de julio de 1936, durante la Guerra Civil y los siguientes años de posguerra); en otro caso, de no admitirse la citada calificación, la problemática no es tanto la competencia sino la propia existencia de la causa, por cuanto entran en juego los principios rectores del derecho penal.

539

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

DISPONGO: RECHAZAR la inhibición realizada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de Madrid acordada por auto de fecha veintiséis de diciembre de 2008 en Sumario nº 53/08, a favor de este Juzgado de Instrucción de los de Granada.

Comuníquese la presente al Juzgado Central de Instrucción, mediante fax y correo certificado y procédase al archivo de las presentes actuaciones formadas con testimonio de resoluciones dictadas en la citada causa, junto con lo actuado en este Juzgado de Instrucción, así como la memoria USB remitida comprensiva del testimonio íntegro del citado sumario, documentación y material digital.

Notifíquese esta Resolución al Mº Fiscal, poniendo en su conocimiento que contra la presente **no cabe recurso alguno**.

Lo acuerda, manda y firma Doña Aurora Mª Fernández García, Magistrada- Juez de Instrucción de este Juzgado.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple. Doy fe.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

DECRETO DEL EXCMO. SR. FISCAL GENERAL DEL ESTADO SOBRE LAS RESOLUCIONES DICTADAS CONTRA D. LLUIS COMPANYS I JOVER POR EL TRIBUNAL DE RESPONSABILIDADES POLÍTICAS DE BARCELONA EN FECHA 13 DE DICIEMBRE DE 1939 Y POR EL CONSEJO DE GUERRA DE OFICIALES GENERALES EN FECHA 14 DE OCTUBRE DE 1940

I.- ANTECEDENTES

El Gobierno de la Generalitat de Cataluña en sesión celebrada el pasado 15 de octubre de 2009 tomó el acuerdo que literalmente dice:

Instar al Fiscal General del Estado, mediante la adecuada intervención de la Fiscal Superior de Cataluña, a plantear de oficio, ante el Tribunal Supremo, un recurso de revisión para obtener la anulación de la sentencia dictada por el Tribunal de Responsabilidades Políticas de Barcelona en fecha 13 de diciembre de 1939 y de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales realizado en Barcelona en fecha 14 de octubre de 1940 que condenó a pena de muerte al Presidente Lluis Companys.

El Gobierno de la Generalitat de Cataluña formula esta petición al amparo de lo prevenido en el artículo 11 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, instando al Fiscal General del Estado, legitimado para ello en base a lo dispuesto en los artículos 961 de la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal y 331 de la Ley Procesal Militar, a interponer recurso de revisión de sentencia de las indicadas resoluciones.

Las resoluciones a que se refiere la solicitud del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, son concretamente las siguientes:

-La sentencia de fecha 13 de diciembre de 1939 dictada en el procedimiento 8/1939 por el Tribunal Regional de Responsabilidades

Políticas de Barcelona por la que se declara la responsabilidad política de D. Lluis Companys i Jover y se le sanciona con la incautación de sus bienes, la inhabilitación absoluta y el extrañamiento perpetuo y así mismo con la pérdida de la nacionalidad española, en aplicación de lo establecido en el artículo 4 apartados b), c), e), f), g), h), i), j), l) y n) de la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939.

-La sentencia de fecha 14 de octubre de 1940, dictada en el procedimiento sumarísimo ordinario 23.468/1940 por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, en la que se consideró a Lluis Companys i Jover responsable de un delito de adhesión a la rebelión previsto y sancionado en los artículos 237 y 238.2 del Código de Justicia Militar de 1890 vigente en aquella fecha, delito por el que se le impuso la pena de muerte. La interpretación y aplicación de estos preceptos y la tramitación procesal de la causa se efectuó de conformidad con lo establecido en los artículos tercero, cuarto y quinto del Bando de la Junta de Defensa Nacional dictado el 28 de julio de 1936.

II.- EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 52/2007 DE MEMORIA HISTÓRICA

En fecha 27 de diciembre de 2007 se publicó en el BOE la Ley 52/2007 de 26 de diciembre, de Memoria Histórica, por la que se reconocen y amplían derechos, y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura con el objetivo de *promover su reparación moral y la recuperación de su Memoria personal y familiar y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales.*

La Ley de Memoria Histórica 52/2007, con el objetivo antes indicado, en su artículo 2.1 *reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura.* A resultas de este planteamiento, la citada disposición legal, deroga expresamente determinadas normas dictadas durante la Guerra Civil y la Dictadura, y declara la ilegitimidad de los órganos y

tribunales creados con sujeción a dicha normativa así como de las sanciones y condenas impuestas por los mismos por motivos de naturaleza política, ideológica o religiosa.

Fiel a esa finalidad, la disposición derogatoria de la Ley 52/2007 declara expresamente derogadas, en congruencia con lo establecido en la disposición derogatoria de la Constitución Española, entre otras disposiciones legales y a los efectos que aquí interesan, el Bando de Guerra de 28 de julio de 1936 y la Ley de 9 de febrero de 1939 sobre Responsabilidades Políticas, con la finalidad que se destaca específicamente en su Exposición de Motivos *de proclamar su formal expulsión del ordenamiento jurídico e impedir su invocación por cualquier autoridad administrativa y judicial.*

Por su parte, el artículo tres del mismo texto legal recoge la declaración de ilegitimidad:

-de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones y en todo caso *la ilegitimidad del Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo, el Tribunal de Orden Público así como los Tribunales de Responsabilidades Políticas y Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa.*

-de las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendiendo el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron convivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución.

En consecuencia la propia Ley de Memoria Histórica deroga específicamente privando por tanto de vigencia jurídica las disposiciones legales utilizadas para argumentar, apoyar y justificar las sanciones y condenas que fueron impuestas en su día a D. Lluis Companys i Jover y declara la ilegitimidad de los Tribunales que le sometieron a enjuiciamiento e igualmente la ilegitimidad e injusticia de las resoluciones mismas dictadas por dichos órganos.

Efectivamente, del examen de los citados preceptos se constata claramente que la disposición derogatoria de la mencionada Ley alcanza expresamente a las normas jurídicas que le fueron aplicadas a D. Lluis Companys y concretamente al Bando de 28 de julio de 1936 a cuyo tenor la responsabilidad criminal en que hubieran incurrido funcionarios, autoridades o corporaciones al no prestar auxilio a la Junta de Defensa nacional sería exigible ante la jurisdicción de guerra, debiendo seguirse, en dicha jurisdicción, los tramites de procedimiento sumarísimo para el enjuiciamiento de todos los delitos comprendidos en los Títulos V, VI, VII y VIII del Tratado segundo del Código de Justicia Militar, así como para el enjuiciamiento de los delitos de rebelión y sedición, entre otros, tipificados en el Código Penal ordinario vigente en aquella fecha. También se incluye expresamente en el ámbito de la derogación que efectúa la Ley 52/2007 de 26 de diciembre la Ley de Responsabilidades políticas de 1939, aplicada al Sr. Companys por el Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas de Barcelona en la causa 8/1939 antes mencionada y en la que se justificó la condena que le fue impuesta por dicho Tribunal.

Igual conclusión se obtiene en cuanto a los órganos que enjuiciaron a D. Lluis Companys, concretamente el Consejo de Guerra de Oficiales Generales y el Tribunal de Responsabilidades Políticas de Barcelona declarados expresamente ilegítimos por la Ley 52/2007 de 26 de diciembre y respecto de las resoluciones concretas -entre ellas las relativas a quien fuera Presidente de la Generalitat de Cataluña- que fueron dictadas por dichos órganos y a las que también se refiere específicamente el articulo 3.1 de dicho texto legal, resoluciones a las que sin duda alcanza igualmente la declaración de ilegitimidad, por vicios de fondo y forma que establece, a su vez, el párrafo tercero del citado articulo 3 de la Ley de Memoria Histórica.

Al amparo del artículo 4 de la citada Ley 57/2007 de 26 de diciembre, la nieta de D. Lluis Companys i Jover, Sra. Doña Maria Lluïsa Gay solicitó del Ministerio de Justicia Declaración de Reparación y Reconocimiento Personal en favor de D. Lluis Companys que fue expedida en fecha 16 de julio de 2009 y en la que se deja constancia expresa de que *Lluis Companys i Jover padeció violencia por razones políticas e ideológicas, siendo injustamente condenado a muerte en cumplimiento de sentencia impuesta por un ilegítimo Consejo de Guerra, que se desarrolló bajo la acusación de delito de rebelión y que determinó su ejecución en momentos dolorosos de nuestra historia.*

III.- PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN

El recurso extraordinario de revisión, para cuya interposición solicita el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, la intervención del Ministerio Fiscal se encuentra regulado en los artículos 954 y siguientes de Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 328 y siguientes de la Ley Orgánica Procesal Militar 2/1989 de 13 de abril y tiene por objeto la revocación de sentencias firmes cuando la condena se ha producido por error que resulte constatado de la concurrencia de alguna de las causas taxativamente enumeradas en los indicados preceptos legales. Es, en definitiva, un mecanismo absolutamente extraordinario previsto por el legislador para anular resoluciones -que por ser legítimas y vigentes- solo pueden desaparecer de la vida jurídica mediante una sentencia del Tribunal Supremo que las deje sin efecto.

Al respecto debe recordarse que la revisión de sentencia es un medio de impugnación del efecto de cosa juzgada material que produce la sentencia firme. En palabras de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2004, que recoge a su vez resoluciones anteriores del mismo Tribunal "*el procedimiento establecido para la revisión de sentencias firmes, regulado bajo la denominación legal de recurso de revisión es un remedio excepcional al tener por objeto la revocación de sentencias firmes y atentar por ello al principio de cosa juzgada, e implica por tanto la inculpabilidad de aquellas personas que han sido condenadas con notoria equivocación o error, de modo que su finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre la sentencia firme la autentica verdad y con ello la justicia material sobre la formal (STS de 30 de noviembre de 198 y,11 de junio de 1987 entre otras)*". En igual sentido se pronuncia la más reciente Sentencia de 30 de abril de 2008, con cita del Auto de 8 de febrero de 2000 -resoluciones ambas de la Sala Segunda del mismo Tribunal- al señalar que "*en un Estado Social y Democrático de Derecho, el valor seguridad jurídica no puede prevalecer sobre el valor justicia determinando la inmodificabilidad de una sentencia penal de condena que se evidencia a posteriori como injusta pero esta convicción no puede tampoco determinar un permanente cuestionamiento de las sentencias firmes utilizando el cauce de la revisión para obtener una tercera instancia que valore de nuevo la prueba practicada en el juicio o la contraste con otra prueba que aporte con posterioridad el interesado a no ser que ésta -como expresamente exige el artículo 954 LECrim- sea de tal naturaleza que evidencie la inocencia del condenado*".

De esta doctrina se ha hecho eco también la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en diversas resoluciones, entre ellas en el Auto de fecha 5

de julio de 2007, que recoge la evolución de la jurisprudencia mas reciente de la Sala Segunda del mismo Tribunal en relación con la revisión de sentencias firmes, así como la doctrina del Tribunal Constitucional citando expresamente la Sentencia 70/2007 de 16 de abril de dicho Tribunal para indicar que el recurso de revisión "*encuentra su razón de ser en la reconsideración de la culpabilidad de una persona a partir de la aparición de nuevos hechos o pruebas de descargo o de la desaparición de hechos o pruebas de cargo sin que constituya un nuevo enjuiciamiento global de la causa sino más bien una comprobación de si debe seguirse entendiendo la culpabilidad del condenado más allá de toda duda razonable*".

Por ello el legislador ha previsto un número tasado de causas que otorgan viabilidad al planteamiento del recurso de revisión, cuyo alcance ha venido interpretando el Tribunal Supremo en forma amplia para "*superar la literalidad de los supuestos contenidos en el artículo 954 LECriminal, en una línea jurisprudencial más flexible que atiende especialmente a la entidad de los derechos afectados desde la perspectiva de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico*" (STS 30-IV-2004). Pero en cualquier caso, la finalidad de este trámite excepcional de revisión de sentencia es la de someter a la consideración del Tribunal el análisis y valoración, en el supuesto concreto, de determinadas circunstancias que no fueron, en su día, tenidas en cuenta por el juzgador y a las que se ha accedido posteriormente, en orden a resolver si la resolución firme y plenamente vigente, que es objeto del recurso, debe ser rescindida por resultar equivocada, errónea y en definitiva injusta.

En este contexto debe valorarse la legalidad del planteamiento de recurso de revisión que ha interesado del Ministerio Fiscal el Gobierno de la Generalitat de Cataluña. La interposición de este recurso de carácter extraordinario exige ineludiblemente la previa existencia de resolución judicial firme y plenamente vigente -aquella cuya anulación se pretende- y la concurrencia de alguna de las causas fijadas taxativamente en los artículos 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 328 de la Ley Procesal Militar y su finalidad última es obtener, tras los oportunos trámites procesales, una nueva resolución del Tribunal Supremo por la que se anulen las anteriormente dictadas con notoria equivocación o error.

Sin embargo, en este supuesto, carece de efectividad que el Tribunal Supremo, a través del mencionado recurso procesal, lleve a efecto una valoración concreta del contenido y alcance de las sentencias relativas al Sr. Companys en atención a los pronunciamientos de la Ley 52/2007 de 26 de

diciembre y a la propia Declaración de Reparación y Reconocimiento Personal expedida por el Ministro de Justicia, y en consecuencia anule las citadas resoluciones, ya que esta actuación no tendrá trascendencia jurídica alguna porque el efecto que se pretende que no es otro que la "desaparición" jurídica de dichas resoluciones por su naturaleza intrínsecamente injusta, se ha producido *ope legis*, al ser consideradas por expresa disposición legal injustas e ilegitimas por vicios esenciales de fondo y de forma y por haberse generado, con ocasión de la tramitación de los procedimientos que dieron lugar a las mismas, una vulneración esencial de todos los derechos y garantías inherentes a un proceso justo, así como por el carácter ilegítimo de los órganos sancionadores y de la propia legislación aplicada.

No concurre, en consecuencia, el presupuesto esencial sobre el que se articula el recurso de revisión cual es la existencia de sentencia judicial firme y plenamente vigente. De hecho, pretender ahora, tras la entrada en vigor de la Ley 52/2007, de Memoria Histórica, la revisión, en sentido técnico-jurídico, de las resoluciones judiciales dictadas contra D. Lluis Companys i Jover, sería tanto como reconocer, implícitamente, la actual vigencia y efectividad de las mismas pese a la radical declaración de injusticia e ilegitimidad que contienen los artículos 2 y 3 de la disposición legal antes citada.

Es decir, resulta improcedente iniciar el proceso concreto de revisión de unas resoluciones privadas totalmente de eficacia y validez por decisión expresa y categórica del legislador que como claramente indica en la Exposición de Motivos de la Ley 52/2007 de 26 de diciembre quiere así subrayar, *de forma inequívoca, la carencia actual de vigencia jurídica de aquellas disposiciones y resoluciones contrarias a los derechos humanos* al tiempo que *contribuye a la rehabilitación moral de quienes sufrieron tan injustas sanciones y condenas.*

Por otra parte, hay que recordar que quienes sostienen la viabilidad de los recursos de revisión en estos supuestos -abogando por una interpretación abierta y flexible los motivos legalmente previstos para su articulación- fundamentan su planteamiento en la consideración de que este mecanismo procesal se configura, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/1984, como un imperativo de la justicia, que junto con la libertad la igualdad y el pluralismo político, constituyen los valores esenciales sobre los que se asienta el Estado social y democrático de derecho, es decir como una exigencia derivada de la necesidad de remediar la injusticia de determinadas situaciones. Sin embargo, como ya hemos indicado, ese efecto rehabilitador se

ha producido, en este caso, por aplicación directa de la ley. En otras palabras, no es posible utilizar el recurso de revisión para dejar sin efecto por resultar injusta equivocada o errónea una resolución que ya ha sido declarada por el legislador radicalmente injusta e ilegítima, es decir, contraria a los valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

Este razonamiento no es contradictorio con lo establecido en el artículo 4.1 párrafo segundo y en la Disposición Adicional segunda ambos de la Ley 52/2007 de 26 de diciembre a cuyo tenor las previsiones contenidas en misma son compatibles con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en normas anteriores así como con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios o extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales sucritos por España, pues cualquier planteamiento acerca de la compatibilidad de los efectos de la mencionada disposición legal con la utilización de cualesquiera otros mecanismos o recursos jurídicos previstos en el ordenamiento jurídico ha de entenderse referido, necesariamente, a aquellos supuestos en los que la actuación ante los Tribunales de Justicia, por otras vías legalmente previstas, resulte imprescindible para complementar los efectos derivados de la aplicación de esta ley u obtener aquellos otros, a los que se tenga derecho, que dicha disposición legal no haya previsto expresamente, supuestos éstos en los que la compatibilidad de las distintas vías de actuación adquiere pleno significado. Por el contrario la posibilidad de utilizar simultanea o sucesivamente diversos instrumentos jurídicos o aprovechar sus efectos resulta irrelevante cuando, como ocurre en este caso, la interposición y tramitación del recurso de revisión deviene innecesaria porque el objetivo que se pretende a través del mismo, que no es otro que la rescisión de las resoluciones dictadas contra D. Lluis Companys i Jover, se ha obtenido directamente por aplicación automática de la ley.

IV.- DERECHO COMPARADO

Situaciones similares a la que se está examinando se han planteado en alguno de los países de nuestro entorno próximo. Es el caso, por ejemplo de Alemania en relación con los procesos a que fueron sometidos muchos ciudadanos durante la época nacionalsocialista. Entre los tribunales que actuaron en aquel periodo deben mencionarse el Volksgerichtshof (Tribunal popular) creado para enjuiciar a los opositores al régimen y los Standgerichte

(Consejos de Guerra) que progresivamente vieron ampliadas sus competencias hasta incluir delitos políticos presuntamente cometidos tanto por militares como por civiles.

En 1998 el Parlamento alemán aprobó la ley de anulación de los juicios injustos nacionalsocialistas a través de la cual se dejan sin eficacia jurídica las sentencias dictadas por el Volksgerichtshof y algunos de los tribunales especiales de la época. Dicha ley fue modificada posteriormente ampliando su ámbito de actuación, siendo la última de dichas modificaciones la operada el 24 de septiembre de 2009 para anular globalmente las condenas por traición en la guerra. La mencionada disposición legal, en su parágrafo primero anula todos los juicios penales que con violación de la más elemental idea de justicia se dictaron desde enero de 1933 por razones políticas, militares, raciales, religiosas o ideológicas con la finalidad de imponer o mantener el régimen nacionalsocialista. De acuerdo con esta normativa se anulan todas las sentencias del Volksgerichtshof, las de los Consejos de Guerra y las sentencias que se fundamenten en la aplicación de determinados preceptos legales citados en un anexo incorporado a la ley y en la que se recogen mas de cien tipos penales previstos en diferentes textos legales del periodo del nazismo. Las sentencias basadas en algún tipo penal de los expresamente previstos en el anexo son anuladas en bloque sin necesidad de un examen de cada caso concreto y es precisamente la Fiscalía el órgano encargado de expedir el correspondiente certificado de anulación (articulo 6.1 del mencionado texto legal).

En el año 2003 y en base a citada disposición legal los familiares de dos jóvenes condenados a muerte por un Consejo de Guerra en septiembre de 1944, obtuvieron su rehabilitación a través del certificado otorgado por el organismo competente, en este caso la Fiscalía de Aquisgran, de que la condena acordada en su día había sido anulada. No obstante los familiares optaron por solicitar la revisión de la sentencia al amparo del artículo 359 de la ordenanza procesal alemana[1] con la finalidad de que los condenados fueran

[1] El parágrafo 359 StPO (ordenanza procesal penal alemana) permite la revisión de una sentencia firme en favor del condenado si: 1) se presentaron en el juicio documentos inauténticos o falsos; 2) un testigo o un perito faltaron a su juramento; 3) un magistrado o un jurado se hicieron culpables en relación con su deber en el asunto, siempre que la lesión no fuera causada por el propio condenado; 4) una sentencia civil, sobre la que se fundó el reproche penal, ha sido dejada sin efecto por otra sentencia firme; 5) se presentan nuevos hechos o medios de prueba apropiados, por sí solos o en relación con otros, para fundamentar una absolución, la aplicación de un tipo penal más leve, una reducción de la pena o una decisión esencialmente diferente acerca de una medida de seguridad; 6) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido una lesión de la

absueltos, petición que fue rechazada por los tribunales ordinarios argumentando que no era factible la revisión de la sentencia porque el proceso había sido anulado por expresa disposición legal. Planteado recurso ante el Tribunal Constitucional fue desestimado por no apreciarse reparo constitucional alguno respecto de dicha decisión judicial.

También se sigue idéntico planteamiento en relación con los juicios celebrados por los tribunales establecidos por el régimen nazi en Austria. En 1945 se publicó la "Aufhebung-und Einstellungsgesetz" (Ley de anulación y sobreseimiento), que anuló todos los juicios seguidos durante la ocupación nazi contra ciudadanos austriacos. Pero la aplicación de esta ley fue relativa al establecerse excepciones en relación con los procesos militares que limitaron la eficacia de dicha norma legal. En el año 2005 se promulgó la Anerkennungsgesetz (ley de reconocimiento), que se apoya en la ya citada de 1945 y en la Befreiungsamnestie (ley de amnistía) de 1946. En el parágrafo 1 del artículo 1 de esta Ley de 2005 se establece que todas las condenas dictadas contra ciudadanos austriacos por tribunales constituidos bajo el dominio nacionalsocialista, especialmente los tribunales militares, los de las SS, los tribunales especiales y los consejos de guerra, todos ellos expresión del injusto nazi, quedan anuladas con efecto retroactivo y sin que sea necesario un examen oficial especial ni averiguación alguna. Recientemente, el 21 de octubre del pasado año 2009, se ha publicado la Aufhebung-und Rehabilitationsgestz (Ley de anulación y rehabilitación), con la finalidad de hacer extensivo este proceso de anulación, también de modo global a las condenas impuestas a los desertores.

Hasta la entrada en vigor de la Anerkennungsgesetz (ley de reconocimiento) de 2005, el Ministerio de Justicia planteó con éxito ante el Landesgericht für Strafsachen de Viena[2] un total de 47 demandas rehabilitadoras, presentadas todas ellas a partir del año 1996 y relativas a personas cuya condena se había producido en atención a hechos y circunstancias no expresamente contemplados en la ley y que requerían, por tanto, de prueba específica en orden a valorar en cada supuesto concreto la injusticia de la resolución inicialmente dictada. Con posterioridad a la publicación de la ley de 2005 la Anerkennungsgesetz (ley de reconocimiento) las resoluciones dictadas por los Landesgericht se limitan a constatar que la condena impuesta se encuentra incluida entre las que, en atención a los hechos enjuiciados, son objeto de anulación con efecto retroactivo y en consecuencia

2 Audiencia Territorial [illegible]

no se lleva a efecto un "juicio de revisión" sino únicamente una declaración o certificación del efecto que la ley genera en ese caso concreto, anulando la sentencia dictada.

Por tanto, en uno y otro caso, la anulación de la condena en los supuestos especialmente previstos por la normativa dictada al respecto se produce automáticamente por disposición de la ley sin necesidad de que se lleve a efecto, en sentido técnico-jurídico, un proceso judicial de revisión, limitándose la Fiscalía en el caso de Alemania o el Landesgericht, en Austria a expedir una certificación ó declaración de aplicación de la ley al caso concreto sometido a su consideración.

CONCLUSIÓN

Como hemos indicado anteriormente la Ley de Memoria Histórica 52/2007 de 26 de diciembre ha declarado la ilegitimidad *por ser contrarios a derecho y vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo* de, entre otros, los Tribunales de Responsabilidades Políticas y los Consejos de Guerra constituidos por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa así como la ilegitimidad de sus resoluciones y concretamente, *por vicios de forma y fondo*, de las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos ideológicos o de creencia impuestas durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, previsión, ésta, que alcanza plenamente a las dos resoluciones dictadas respecto de D. Lluis Companys i Jover cuya revisión se pretende por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

La declaración de ilegitimidad de los Tribunales que intervinieron en las causas de referencia -Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas de Barcelona, en procedimiento 8/1939 y Consejo de Guerra de Oficiales Generales, en procedimiento sumarísimo 23.468/1940-, efectuada en dichos términos al estimar que los mencionados órganos fueron constituidos por razones ideológicas o políticas y con olvido de las más elementales garantías del derecho a un juez imparcial y a un proceso justo, determina, como efecto derivado, que sus decisiones, y concretamente las que nos ocupan, deban ser consideradas inexistentes al haber sido adoptadas al margen de la actuación de un tribunal válidamente constituido. Es decir, se trata de supuestos en los que las resoluciones cuestionadas carecen, en el momento actual, de existencia

jurídica por adolecer de un vicio esencial e insubsanable en cuanto a su origen mismo al haber emanado de órganos declarados posteriormente no legítimos.

A su vez, la Ley 52/2007 de 26 de diciembre ha declarado también ilegítimas, en si mismas consideradas, las resoluciones dictadas por motivos ideológicos, políticos o religiosos por dichos Tribunales por adolecer de *vicios de fondo y de forma* que inciden gravemente en principios informadores esenciales del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho como el principio de igualdad ante la ley, el derecho a no ser discriminado por razones ideológicas o religiosas o por cualesquiera otras circunstancias personales o sociales (artículo 14 CE), el derecho a un Tribunal imparcial o el derecho a un juicio justo con todas las garantías (artículo 24.2 CE), derechos reconocidos igualmente por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

La existencia de estos defectos de fondo y forma, de trascendencia tal que provoca la declaración de ilegitimidad de las resoluciones por ellos afectadas, determina como consecuencia jurídica la nulidad radical de aquellas por flagrante infracción de dichos principios y olvido de los requisitos esenciales que disponen las normas de procedimiento (artículo 238.3 de la L.O.P.J) ya que la nulidad es la consecuencia inherente a la realización de actos contrarios al ordenamiento jurídico o como ha señalado algún sector doctrinal contrarios al orden público sistemático. A ello se refiere, a propósito de la eficacia general de las normas jurídicas, el artículo 6.3 del Código Civil que, al igual que su precedente el artículo 4.1[3] del mismo texto legal declara la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Se trata, en definitiva de supuestos de nulidad radical o absoluta, insubsanable y perpetúa, es decir, no susceptible de convalidarse por el transcurso del tiempo, como ha señalado reiteradamente la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras muchas, de fecha 8-III-1994, 29-IV-1997, 14-III-2000 y 4-X-2006.

Tanto la inexistencia como la nulidad radical ó absoluta, conceptos jurídicos que muchos autores identifican como expresión de la invalidez máxima de un acto jurídico, pueden ser apreciadas judicialmente, en cuyo caso

[3] Artículo 4.1.-Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley salvo los casos en que la misma ordene su validez.

el pronunciamiento de los tribunales tendrá un carácter meramente declarativo, ya que lo que se pretende a través de esa declaración es únicamente la constatación de la existencia o inexistencia de un hecho, de un derecho o de una relación jurídica. No obstante, el reconocimiento de esa nulidad de pleno derecho no exige de una resolución judicial al respecto, salvo en aquellos casos en que el acto que se considera nulo o inexistente haya generado efectos o una apariencia externa de legalidad que sea necesario destruir, para restablecer precisamente el orden jurídico perturbado.

Ciertamente esa apariencia de legalidad se produjo inicialmente en relación con las resoluciones adoptadas contra D. Lluis Companys i Jover por el Tribunal de Responsabilidades Políticas y el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, pero dicha apariencia ha quedado completamente destruida, con eficacia *erga omnes,* tras la publicación de la ley 52/2007 de 26 de diciembre que, como ya se ha indicado declara específicamente la ilegitimidad de las resoluciones y condenas dictadas en las indicadas condiciones y que destaca en su Exposición de Motivos, de forma inequívoca *la carencia actual de vigencia jurídica de aquellas disposiciones y resoluciones contrarias a los derechos humanos.*

Si las resoluciones a que se refiere la actual solicitud carecen *ope legis* de vigencia jurídica, no existe en realidad, sentencia firme que someter a la revisión del Tribunal Supremo, por lo que no concurre el presupuesto básico esencial del recurso de revisión (art. 954 de la LECrim).

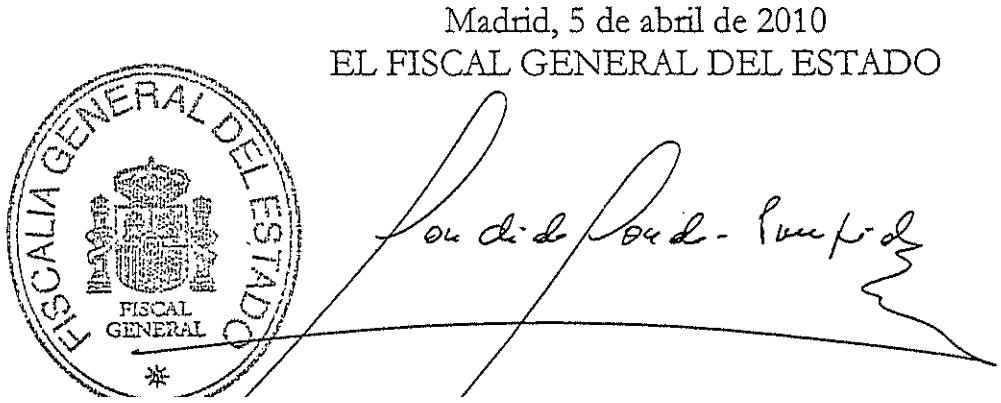
Este efecto derivado de la aplicación de la Ley 52/2007 de Memoria Histórica que indudablemente alcanza a la totalidad de los supuestos a que se refiere dicha norma legal hasta el punto de que el objetivo de la ley, como claramente indica su Exposición de Motivos, es el de *reconocer el derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano*, a través de *la proclamación general del carácter injusto de todas las condenas sanciones y expresiones de violencia personal producidas por motivos inequívocamente políticos o ideológicos durante la Guerra Civil, así como las que, por las mismas razones tuvieron lugar durante la Dictadura*, puede ser individualizado en cada supuesto concreto, mediante el ejercicio del derecho previsto en el artículo 4 de la citada disposición legal. En relación con D. Lluis Companys i Jover, esta individualización, a través de una manifestación específica y concreta de contenido rehabilitador y reparador se ha llevado a efecto a instancia de su nieta Doña Maria Lluïsa Gay, mediante la Declaración de Reparación y Reconocimiento Personal dictada en fecha 16 de julio de 2009 por el Ministro de Justicia del Reino de España, en la que

específicamente se reconoce y hace pública la injusticia de su condena por un ilegitimo Consejo de Guerra, expresión máxima de la violencia sufrida por razones políticas ideológicas por lo que cualquier apariencia de legalidad de dicha resolución se encuentra, en la actualidad, totalmente desvirtuada.

Por todo ello, oída la Junta de Fiscales de Sala conforme a lo previsto en el art. 11 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y vistos los artículos 954 y 961 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 331 de la Ley Procesal Militar, 2, 3, 4 y disposición derogatoria de la Ley de Memoria Histórica de 26 de diciembre de 2007, 6.3 del Código Civil, 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 14 y 24 de la Constitución Española y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales,

ACUERDO:

Reconocer que las sentencias dictadas por el Tribunal de Responsabilidades Políticas de Barcelona en fecha 13 de diciembre de 1939 y por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales en fecha 14 de octubre de 1940 relativas al Presidente de la Generalitat de Cataluña D. Lluis Companys i Jover son inexistentes y nulas de pleno derecho sin que subsista actualmente apariencia alguna de legalidad ó validez de las mismas, al haber sido expulsadas del ordenamiento jurídico, por lo que resulta legalmente improcedente, por falta de objeto, la interposición del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

Esta resolución será comunicada oficialmente a la Generalitat de Cataluña, y notificada a través de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Cataluña a Doña. Maria Lluïsa Gay, nieta de D. Lluis Companys i Jover.

Madrid, 5 de abril de 2010
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO