

Delitos permanentes y Memoria Histórica

Antonio Doñate

"A veces me pregunto qué hago yo aquí. ..." cantaba José Antonio Labordeta reflexionando sobre su quehacer como profesor de Historia. También ahora me pregunto qué hago yo aquí...

Todo empezó a desencadenarse cuando, tras mi jubilación como profesor de la Escuela Judicial, se me ocurrió adentrarme en saber qué pasó con el Juez de Instrucción de Calamocha(Teruel) Vicente Martínez Alhambra, que **"lo fusilaron sin juicio los nacionales, por rojo"** a principios de Septiembre de 1936. A esto se unía mi experiencia, como observador internacional, especialmente en Chile, para valorar la viabilidad de los procedimientos penales abiertos en ese país, al dictador Pinochet, preso en esos momentos en Londres. Como buen alumno del dictador Franco, (no puede olvidarse que fue el único Jefe de Estado extranjero presente en su funeral) pude comprobar que Pinochet también lo dejó todo **"atado y bien atado"**.

Y luego, también en Chile, durante el procedimiento de Extradición del ex-presidente Fujimori, y como asistente en Lima a algunas de las sesiones del todavía inacabado juicio al mismo por los asesinatos de La Cantuta y Barrios Altos. Habría que añadir la recurrente pregunta que se me hacía en esos ambientes de América Latina: **"¿y en vuestro país, qué?"**

Por ello, cuando tras la publicación de la **ley 52/2007**, de 26 de Diciembre, comprobé el **desentendimiento casi total** del arco parlamentario de un abordaje serio y completo de la solución al problema de las **víctimas de la dictadura franquista**, al optar dicha ley por la vía casi exclusiva de la **beneficencia** "del pedid -con pruebas- y se os dará", empecé a preguntarme si realmente estaba agotada o no la vía de la justicia, más allá de la aplicabilidad o no (o en qué condiciones) del Derecho Penal Internacional en nuestro país, por los "reparos gravemente formalistas" (hoy por hoy) del principio de legalidad penal.

Encontré enseguida, jurídicamente hablando, dos losas importantes: la leyes de Amnistía y la prescripción, utilizadas en las respuestas que la mayoría de los Jueces de Instrucción y Audiencias Provinciales venían dando desde hacía pocos años a las "peticiones-denuncias" que algunos familiares de víctimas formulaban ante ellos, para la recuperación de los restos de sus familiares desaparecidos a partir del

17 de Julio de 1936. Debatí estos temas con otros amigos juristas, leí, analicé y llegué, entre otras, a la siguiente conclusión: que **una vez más el colectivo judicial estaba incumpliendo su función de garante de los derechos de los ciudadanos fijada por la Constitución de 1978.**

Unos años antes, en 1982, al inicio de mi actividad como Juez de Vigilancia Penitencia, pude constatar otro baldón histórico que pesaba sobre los colectivos judicial y fiscal: el incumplimiento total de la obligación de visitar las cárceles que imponía a los Jueces de Instrucción y al Ministerio Fiscal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde hacía un siglo, desde que entró en vigor en el año 1882. Tenían que visitar "una vez por semana, sin previo aviso ni día determinado" las prisiones de la localidad para enterarse "de todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos" y para adoptar "las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren" (Art. 526). Obviamente no se puede considerar cumplida esta obligación con la visita anual que el Día de la Merced, con misa de campaña incluida, en ocasiones seguida del canto del "Cara al sol", realizaba el Presidente de la Audiencia, Fiscal de la misma y Decano de los Jueces de la capital a la cárcel provincial respectiva. La creación ex novo del Juez de Vigilancia Penitenciaria en 1979, vino a poner en vías de solución este **abandono histórico**. Aquí los parlamentarios democráticos que iniciaban su andadura de desarrollo constitucional, si encontraron un remedio para poder resolver el grave problema de las cárceles franquistas, refugio en muchos casos de lo más rancio de las posturas más autoritarias del régimen. Se dio voz a los reclusos en ellas a través del Juez de Vigilancia y el grado de conculcación de los derechos fundamentales históricamente pisoteados en ella se redujo considerablemente.

Pues bien, en este intento de recuperar el tiempo perdido y poder paliar en parte este nuevo baldón histórico que pesa sobre los colectivos judicial y fiscal, y del análisis doctrinal y jurisprudencial que realizamos, **llegamos a la conclusión de que era posible la vía judicial penal**. Esta vía la dejaba a salvo la propia Ley 52/2007 al declarar **compatibles** los derechos reconocidos en la misma, con el ejercicio de cualesquiera otras "acciones o acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los **convenios y tratados internacionales suscritos por España**", según establece la Disposición Adicional segunda de dicha Ley 52/2007.

Durante estos últimos meses me ha venido a la mente con frecuencia algo que hace muchos años oí en una charla en la Universidad, y no precisamente en las clases de "Formación del Espíritu Nacional" o "Religión", de que los prejuicios racistas y la ignorancia se curan viajando y... leyendo. Nuestra sociedad está exigiendo jueces y

fiscales profesionalmente bien formados, y para eso, entre otras cosas, hay que leer más y analizar otras experiencias del exterior. Pero todavía se está a tiempo.

Es cierto que el "olvido", y el "mirar solo hacia el futuro" que se veían como necesarios durante la Transición, han jugado una mala pasada también a los colectivos judicial y fiscal. A mi modo de ver en dos sentidos: uno, en ese ambiente de que **"lo mejor era olvidar"** resultaba difícil ponerse a valorar la perseguibilidad de los delitos permanentes de la dictadura franquista, y por tanto, actuar "de oficio", a medida que aparecían publicados los trabajos de historiadores, dando cuenta de tales delitos, incumpliendo así la obligación impuesta por la ley procesal penal. Y en segundo lugar, cuando se han ido presentando algunas denuncias concretas ante los Juzgados de Instrucción en los últimos años por detenciones seguidas de desaparición, era más rápido y fácil acudir a las Leyes de Amnistía dictadas antes de la Constitución de 1978, cuando no aplicar un criterio material, pero nada jurídico, de **"notorio fallecimiento"** de **los presuntos autores** de la detención, dado el tiempo transcurrido. En mis lecturas, y se puede aportar una amplia bibliografía, no he encontrado un solo autor de Derecho Penal que diga que **el delito de detención ilegal no es un delito permanente**. Es más, prácticamente la totalidad de ellos lo señalan como el **supuesto típico de lo que es un delito permanente**. A modo de ejemplo, nada sospechoso si se tiene en cuenta la fecha de la quinta edición, (abril de 1940) de la obra "Derecho Penal" del profesor Cuello Calón, en la página 252 se afirma: **"Son delitos permanentes aquellos en los que después de su consumación continúa ininterrumpida la violación jurídica perfeccionada en aquella** (v.g. el rapto, las detenciones ilegales, la sustracción de menores)..." Y lo mismo ocurre respecto a la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia. Cabe preguntarse si esta unanimidad doctrinal y jurisprudencial debe o no ser tenida en cuenta por los jueces y fiscales en el momento de abordar un delito de esta naturaleza.

Resulta fácil, pero raya en lo demagógico, mostrar al gran público no experto en el tema, la seria dificultad de que el detenido ilegalmente durante la dictadura franquista, dado el tiempo transcurrido, no parece posible que continúe en esa situación de detención.

Pero un jurista, mínimamente formado, sabe que no puede hablarse de "asesinato" con una sola prueba "de referencia". Y no otra cosa que mera prueba de referencia es la afirmación en las denuncias ya formuladas ante los juzgados de instrucción o las detenciones que han referido los historiadores con testimonios orales o pruebas documentales, de que un abuelo/a, padre/madre, hermano/a, tío/tía, tras su detención por falangistas o la Guardia Civil fue llevado al barranco "tal" o a la cuneta de la carretera "cual", cuando hay

probables **pruebas directas** al alcance del investigador judicial como las **derivadas de una exhumación** (identificación y averiguación de las causas de la muerte) que permitan, entonces sí, calificar los hechos denunciados de "homicidio" o "asesinato". Por tanto, lo que se está denunciando, en la inmensa mayoría de los casos, **no es un delito de asesinato, sino un delito de detención ilegal, que tras la oportuna y obligada investigación podrá conducir a que se califique o no de "asesinato"**.

Es más, ante la pregunta que todo juez instructor debe hacerse de si inicia o no procedimiento penal, debe tener muy presente los únicos supuestos en que ha de abstenerse de hacerlo conforme al art. 269 de LECrim.: Que el hecho denunciado "no revistiere carácter de delito o que la denuncia fuera manifiestamente falsa".

Y una vez abierto el procedimiento, no debe guiarse por la ley del mínimo esfuerzo, sino por lo que disponen asimismo las leyes procesales, y preguntarse cuándo se agota la investigación penal que permite la conclusión del proceso. ¿Sólo depende de la acreditación del fallecimiento de los autores directos o mediatos? Y en este caso, ¿basta afirmar que "es notorio el fallecimiento" de los autores como he leído en algunos de los diarios puesto en boca de un Presidente de Tribunal Superior de Justicia? O por el contrario, si hay que acreditar formalmente tal fallecimiento ¿basta acreditarlo sólo de los autores mediatos -gobernantes, autoridades, o dirigente de colectivos políticos- o **hay que acreditar también el fallecimiento de los autores directos, cooperadores o cómplices** del delito cometido, previas las averiguaciones oportunas? ¿No deben plantearse, asimismo, el juez instructor y el fiscal, si en algunos delitos permanentes cometidos durante los últimos años de la dictadura **los autores puede que todavía estén vivos?**

Por experiencia propia, y por los siete años de profesor en la Escuela Judicial, he podido constatar la valoración superficial que se tiene adquirida, incluso tras años de preparar oposiciones, del alcance del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Sociología judicial y la Victimología nos alumbran sobre estas carencias formativas judiciales y fiscales. Es ahí, en ese artículo 13, donde se recoge como primera obligación del juez instructor la de "**consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer**, (y) la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y la identificación del delincuente".

He de confesar que quedé perplejo, ante el acuerdo de diez de los quince magistrados integrantes de la Sala Plena de la Audiencia Nacional en su auto de 7 de Noviembre corriente, pues aparte las acertadas razones formales esgrimidas por los cinco magistrados discrepantes y la de si realmente es órgano competente la Audiencia

Nacional (dado que no es órgano superior común del Juzgado Central num. 5 y de los juzgados de instrucción señalados por el fiscal como competentes), ¿las exhumaciones no están dentro de estas "primeras diligencias" a las que se refiere el art. 13 ?.

De otra parte, se puede constatar que los jueces y fiscales históricamente están mucho más preocupados por la comprobación del delito y la identificación del delincuente que por "dar protección a los perjudicados" pese a que desde 1882 hasta 1999 esta obligación de protección era la primera señalada por el legislador en dicho art. 13. En 1999, esta obligación pasó a tercer lugar en el mismo artículo, pero ampliando su mandato a "proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas..." Y cabe preguntarse ¿por qué se paralizan las exhumaciones por la Audiencia Nacional accediendo a la petición del fiscal Sr. Zaragoza? ¿Acaso no es urgente poner fin a la angustia y sufrimiento de los familiares que no pueden dar sepultura a los enterrados en cunetas, barrancos y fosas comunes? ¿Tiene algún valor que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya llegado a calificar de tortura o trato inhumano y por tanto contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos, esta situación de los familiares en los casos de detenidos-desaparecidos? ¿Realmente se han parado a pensar y valorar jurídicamente el fiscal y esos diez magistrados este **sufrimiento arrastrado** durante tantos años hasta el punto de pasar de una generación a otra?

Pues bien, lector no jurista, **la consideración unánime de la doctrina y la jurisprudencia, de que el delito de detención ilegal es un delito permanente**, tiene una importante consecuencia: que **pese al tiempo transcurrido los delitos de detención ilegal y los secuestros de niños, ni han prescrito ni les son aplicables las Leyes de Amnistía de 1976 y 1977**, entre otras razones por lo dispuesto en el artículo 132.1 del Código penal vigente y porque siguen cometiéndose hasta que no se acredite que se ha eliminado la situación jurídica ilícita de su privación de libertad o secuestro. También porque, pese a las buenas intenciones que pudieron guiar a los parlamentarios en 1977, **la Amnistía decretada devino inconstitucional por contraria a la justicia e igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico** conforme al artículo primero de la Constitución de 1978, puestos en relación con la prohibición de indultos generales del art. 62, i) de la misma.

Nótese además que aunque esta sola argumentación de derecho interno sería ya bastante, también podría entrar en juego, en un segundo momento, para reforzar la normativa procesal y penal de nuestro país, la imprescriptibilidad y la inaplicabilidad de las leyes de Amnistía, a la vista del Derecho Penal Internacional, como se ha estimado en Argentina o Perú, donde dos jueces concretos, el

argentino Cavallo y la peruana Saquicuray, así lo declararon respecto a sus respectivas leyes de Punto final y de Amnistía.

Y permítanme recomendarles, como modélico, el informe de la Fiscalía del Tribunal Constitucional en un recurso de amparo contra las resoluciones del Juez de Instrucción de Lucena num. 2 y la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, en relación a la denuncia por desaparición de D^a Ricarda Ana Cobacho Cañete a primeros de Noviembre de 1936, tras ser detenida por la Guardia Civil de Jauja. El juez Garzón lo recoge íntegramente en su auto de 18 del actual inhibiéndose -en mi modesta opinión de jurista de forma incomprensible en favor de los jueces "territoriales" de instrucción donde se hallan las fosas identificadas o que se identifiquen en el futuro. Sin poder entrar al análisis de esta decisión, no obstante, cabría preguntarse ¿y los casos de los niños y niñas españoles secuestrados en el extranjero por el Servicio Exterior de Falange y **traídos posteriormente a España contra la voluntad de sus padres o familiares y que todavía ignoran su actual falsa identidad**? ¿Acaso estos delitos no reafirmarían la competencia de la Audiencia Nacional por el lugar donde se cometieron? ¿Realmente la acreditación del fallecimiento de algunos de los autores mediatos, puede romper la conexidad que la resolución del Juzgado Central nº 5 estableció para afirmar su competencia?

Como también cabe preguntarse respecto al Ministerio Fiscal, cómo se explica, dados sus principios rectores de "unidad de actuación y dependencia jerárquica" (art. 124.2 CE), unos **posicionamientos tan radicalmente contradictorios** entre el informe del Sr. Zaragoza en la Audiencia Nacional y el mantenido por otro fiscal ante el Tribunal Constitucional? Sería deseable conocer por qué en junio de 2008 se defiende la tesis del delito permanente para fundamentar la indefensión en que se colocó a las víctimas por el Juzgado nº 2 de Lucena y la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Córdoba, y en el mes de Octubre siguiente, se combate, con una terminología e intensidad inusitadas, la aceptación de esta tesis por el Juzgado Central nº 5, dado además que el Fiscal Sr. Zaragoza había aceptado tal competencia tácitamente desde Diciembre de 2006 en que se incoó el Procedimiento Penal (D. Previa nº 399/2006)?

Sr. Fiscal General del Estado, en su función de garante del cumplimiento de los principios constitucionales de "unidad de actuación y dependencia jerárquica", ¿con cuál de los dos criterios está de acuerdo?

Finalmente, un ruego, Sres. del Gobierno y Sres. Parlamentarios: **primero justicia y después beneficencia**. No olviden las obligaciones del Estado derivadas de los tratados y convenios Internacionales ratificados por España. No conduzcan, con su

pasividad, a nuestro país a la previsible “**afrenta internacional**” que se avecina, ante las **gravísimas violaciones de Derechos humanos** que se produjeron durante la Dictadura franquista, **tras el golpe militar contra el Gobierno constitucional elegido democráticamente**. Saben muy bien que la Ley 52/2007 no es suficiente para que los organismos internacionales tengan por cumplidas las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Y Sres. Jueces y Magistrados, cumplan con su función constitucional de garantes también respecto a los derechos - especialmente el de acceso a la justicia - de las víctimas que todavía sobreviven sin duda, (en el caso de los niños “secuestrados” por el franquismo) o de los familiares (en las detenciones de adultos seguidas de desaparición). Si no tienen recursos personales o materiales suficientes pídanlos, pero no hagan como uno de los jueces asistentes al Curso de Formación de la Escuela Judicial en el Pazo de Mariñán (Galicia) el pasado verano, quien al escuchar mi exposición manteniendo esta tesis del delito permanente y sus consecuencias jurídicas, exclamó espontáneamente, pero de forma audible por las personas que estaban a su alrededor: “ ¡i **Qué barbaridad !!**”.

Antonio Doñate

Antonio Doñate es magistrado jubilado, antiguo miembro de Justicia Democrática