

Diligencias Previas nº 880/2009

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NUMERO UNO DE  
PEÑARROYA-PUEBLONUEVO

Maria Elena López Rubio, Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba, colegiada nº 2.610, con domicilio a efectos de notificaciones en Córdoba en Plaza de San Miguel nº 3, 1º izq., en calidad de Letrada de DOÑA ANTONIA LOPEZ GUERRA, DENUNCIANTE, en el presente procedimiento según consta acreditado, ante el Juzgado comparece y como mejor proceda en derecho,

D I C E :

Que se le ha notificado Auto de fecha 17 de agosto de 2009 recaído en el procedimiento referido por el que se acuerda el archivo de las actuaciones por motivos de prescripción, y estimándole no ajustado a derecho, dicho sea en términos de defensa, a parte de ser gravoso para mis intereses, por el presente vengo a interponer **RECURSO DE REFORMA-SUBSIDIARIAMENTE RECURSO DE APELACIÓN**, de acuerdo con lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en base a las siguientes,

A L E G A C I O N E S :

**PRIMERA.-** Las presentes actuaciones se iniciaron mediante denuncia presentada no existiendo aún hallazgo del cadáver.

SEGUNDA.- La diligencia procesal de esta parte ha puesto en conocimiento del Juzgado el acaecimiento de una muerte violenta a consecuencia de una heridas por arma de fuego según consta suficientemente expuesto en nuestra denuncia y documentos que la acompañan. A partir de ahí, los art. 757 y 760 de la L.E.Cr obligan a incoar diligencias previas para la investigación del posible delito, tal y como ha procedido el Ilustre Juzgado al que me dirijo.

Nos hallamos, por tanto en la fase de instrucción del procedimiento en donde las decisiones judiciales deben basarse no en una prueba plena, sino en indicios que deben ser suficientes para considerar que existen posibilidad o probabilidad de que se haya cometido un delito, esto es, han de existir “indicios racionales de criminalidad”.

No hay que insistir en que los indicios de criminalidad existen claramente en este caso, tanto, que se dicta auto de incoación de diligencias previas.

Lo que no es explicable es que, una vez acordada por el Juzgado la apertura referida se acuerde el archivo, pues ello iría en contra de lo acordado inicialmente y de lo previsto en los arts. 9, 13, 544 bis, 326 y 366 que obligan a incoar diligencias cuando existen indicios racionales de delito, investigando los hechos y a conservar y custodiar todas aquellas pruebas que puedan tener relación con los hechos que se instruyen.

Dicho sea con el máximo respeto, incurre en vulneración de lo dispuesto en los artículos más arriba referidos en su fundamentación jurídica el Auto que se recurre puesto que en el último párrafo de su Razonamiento Jurídico Segundo determina que *“procede el sobreseimiento provisional así como su conclusión toda vez que no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado lugar a la formación de la causa conforme a lo establecido en los arts. 641 y 779.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su archivo una vez adquiriera firmeza esta resolución”*, **puesto que, se considera que no existe delito cuando ni siquiera se han practicado las diligencias solicitadas por esta parte, y no ha habido exhumación del cadáver para la comprobación del acaecimiento de la muerte violenta que relatamos en nuestro escrito de denuncia, por lo que al no haberse concluido la instrucción de la causa procedería su continuación al menos hasta la comprobación de la existencia de delito.**

Es por ello que, hasta que no se identifique el cadáver, no puede procederse al Archivo de las diligencias, porque dicha afirmación sólo cabría después de ordenadas las diligencias pertinentes en orden a la averiguación de la identidad del mismo comprobado que no existen

pruebas sobre la autoría del delito o que los mismos ya han fallecido, pero nunca antes.

**TERCERA.-** En cuanto a la prescripción del delito no cabe en el presente caso. Hasta el momento en que se encuentren los restos no existe constancia real de que, efectivamente, la persona desaparecida se encuentra asesinada y enterrada. Nos encontramos ante la figura desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia del *delito permanente*. En el delito permanente existe un período consumativo que comienza con la realización del elemento constitutivo del delito –el día en que desaparecen las personas-, y termina cuando aparecen dichas personas vivas o muertas. Durante ese período el delito es actual y, por tanto, la prescripción no comienza sino desde el momento en que aparece la persona. El delito permanente ha sido objeto de discusión jurisprudencial debido al conflicto que surge sobre cuál es la ley que se debe aplicar a los hechos, si la del momento en que se comete el delito, o la del momento en que aparecen los individuos. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de que sería aplicable la legislación que se haya ido dictando durante la permanencia del delito.

Así, la propia Fiscalía General del Estado, en la Circular 2/96 de 22 de mayo, relativa al régimen transitorio del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre dice –apdo. II .b) relativo a la “Ley penal aplicable en el momento de comisión del delito. Delitos permanentes, que:

*“En cuanto a los delitos permanentes serán de aplicación los criterios establecidos en el art. 132.1 del nuevo Código Penal que, aunque se refieren a la prescripción del delito, son trasladables a esta cuestión. El delito se entenderá perpetrado bajo la vigencia del nuevo Código Penal y se aplicarán sus disposiciones en todo caso, aunque pudieran ser más beneficiosas las del Código Penal derogado”.*

En este sentido se invocan las sentencias del Tribunal Supremo sala Segunda de 7 de junio de 1988 y de 21 de diciembre de 1990.

Así, el art. 132.1 del vigente Código Penal señala que el cómputo de la prescripción de los delitos permanentes se iniciará desde que se eliminó la situación ilícita, por lo tanto, si una vez identificados los restos, pertenecieran a la persona desaparecida en el año 1942, la prescripción comenzaría a computarse desde ese momento, y no desde ningún otro.

Recordamos, finalmente, la Declaración de NNUU 47/133 de 18 de diciembre de 1992 sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. En su art. 13 dice que:

*“Los Estados asegurarán a toda persona que disponga de información o tenga un interés legítimo y sostenga que una persona ha sido objeto de desaparición forzada el derecho a denunciar los hechos ante una autoridad estatal competente e independiente la cual procederá de inmediato a hacer una investigación exhaustiva e imparcial. Toda vez que existan motivos para creer que una persona ha sido objeto de desaparición forzada, el Estado remitirá sin demora el asunto a dicha autoridad para que inicie una investigación, aún cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal. Esa investigación no podrá ser limitada u obstaculizada de manera alguna”.*

En el mismo sentido, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General de NNUU en su resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992 dice, en su art. 9 que:

*“El derecho a un recurso judicial rápido y eficaz, como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o de individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva, es necesario para prevenir las desapariciones forzadas en toda circunstancia, incluidas las contempladas en el art. 7 supra 2 (...).*

El referido artículo dice que:

*“Ninguna circunstancia, cualquiera que sea, ya se trate de amenaza de guerra, estado de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otro estado de excepción, puede ser invocada para justificar las desapariciones forzadas”.*

**CUARTA.-** Por último, las diligencias que se deben practicar en la instrucción pueden llevar a conclusiones distintas de las que aparentemente pueden verse, como es la de encontrarnos ante un delito de asesinato. Los delitos cometidos durante la guerra civil y franquismo pueden ser calificados de delitos de lesa humanidad, de crímenes internacionales, conforme a los Convenios y Pactos Internacionales que forman parte del derecho interno en nuestro país. Por ello, de tratarse de delitos de exterminio o genocidio, dentro de un plan sistemático de destrucción

organizado por un grupo criminal, los delitos serían imprescriptibles, y no cabría la aplicación de dicha institución –la de la prescripción- a los hechos que puedan ser enjuiciados si aparecieran los responsables criminales.

**QUINTA.-** Por otro lado cabe posibilidad de contrastar genéticamente las muestras de los restos humanos que aparezcan con las de sus familiares a fin de identificar e individualizar los restos plenamente.

Entendemos que -dada la actividad desarrollada hasta ahora por el Juzgado- procede tomar muestras susceptibles de identificación de aquellos familiares identificados que sean más fácilmente localizables y remitirlas – según el protocolo científico- al Instituto Nacional de Toxicología a fin de completar la labor instructora.

A estos hechos les son de aplicación los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I

En primer lugar, cabe invocar los artículos 9, 13 y 15 LECr toda vez que los indicios del delito han aparecido en un término municipal cuya jurisdicción territorial compete al Juzgado al que me dirijo:”se consideran como primeras diligencias la de **consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer**, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y la identificación del delincuente, la de detener, en su caso a los presuntos responsables del delito, **la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas**, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”.

### II

Los artículos 326 y 327 LECr establecen la obligatoriedad de recoger y conservar los vestigios o pruebas materiales del delito cometido, refiriéndose el lugar, su descripción, el sitio y estado en que se hallen y los

accidentes del terreno y su situación: asimismo se determina para mayor claridad la posibilidad de levantamiento de un plano o croquis del lugar de los hechos.

También el art. 366 que señala que las diligencias prevenidas para la comprobación del delito se practicarán con preferencia a las demás dándose auxilio a los agraviados por el delito.

### III

Los artículos 283 y 283 LECr establece las funciones de la policía judicial y en concreto, su deber de realizar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los delitos y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del mismo, incluyendo aquellos de cuya desaparición hubiese peligro. Asimismo se establece que la policía judicial puede ser comisionada tanto de los propios cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado como de otros cuerpos de seguridad de ámbito local o –incluso- funcionarios municipales.

### IV

La Declaración de las Naciones Unidas sobre Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas – Resolución NN.UU 47/133 de 18/XII/1992 la cual no sólo afecta a la prevención sino que también se extiende a las investigaciones oportunas en cuanto se tenga conocimiento de personas desaparecidas sin que el tiempo transcurrido desde que se produjo la desaparición suponga obstáculo alguno: ha de tenerse en cuenta que además en Derecho Penal Español nos encontraríamos – según la doctrina tanto internacional como nacional- ante un “delito permanente” el cual mantiene su perpetración hasta que no aparecen bien las personas desaparecidas bien sus restos, por lo que no cabe la alegación técnica de prescripción, dado que durante todos estos años no se ha conocido el paradero de las víctimas y sólo en este momento se tiene constancia del posible destino y de que fue víctima de un secuestro y posterior asesinato.

### V

La Resolución – aprobada por la unanimidad de todos los grupos políticos parlamentarios- de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados de España de fecha 20 de noviembre de 2002 la cual recoge expresamente que

*“El Congreso de los Diputados reafirma una vez más el deber de nuestra sociedad democrática de proceder al reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la guerra civil española, así como de cuantos padecieron más tarde la represión de la dictadura franquista. Instamos a que cualquier iniciativa promovida por las familias de los afectados que se lleve a cabo en tal sentido, sobre todo en el ámbito local, reciba el apoyo de las instituciones evitando, en todo caso, que sirva para reavivar vejas heridas o remover el rescoldo de la confrontación civil”.*

## VI

En el ámbito concreto de la Comunidad Autónoma de Andalucía el Decreto 334/2003, de 2 de diciembre de 2003, para la coordinación de actuaciones en torno a la recuperación de la memoria histórica y el reconocimiento institucional y social de las personas desaparecidas durante la guerra civil española y la posguerra.

Por lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO:** Que tenga por presentado este escrito, lo admita y renga por interpuesto en tiempo y forma **RECURSO DE REFORMA** contra el Auto de fecha 17 de agosto de 2009, dictado en el procedimiento de referencia y, previos los trámites legales, se reforme el mismo, acordando la continuación del procedimiento en el sentido solicitado de proceder a la apertura de la fosa común y exhumación de los restos y a tomar muestras genéticamente aptas de los restos así como de los familiares de lo mismos identificados para remitirlas al Instituto Nacional de Toxicología a fin de proceder a la identificación completa de los cadáveres.

**OTROSI DIGO: Que para el hipotético caso de que no se estime el presente recurso desde este momento se viene a interponer con carácter subsidiario RECURSO DE APELACION y, previos los trámites legales con remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial de Córdoba, se revoque dicho Auto continuando la instrucción del procedimiento hasta que se obtenga la exhumación e identidad de los cuerpos exhumados.**

**SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por hecha la anterior manifestación a los debidos efectos procesales.**

Es de Justicia que pido en Peñarroya, a 31 de agosto de 2009.

Fdo.; M<sup>a</sup> ELENA LOPEZ RUBIO  
COLEGIADA N<sup>o</sup> 2.610