

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 4 DE  
CHICLANA DE LA FRONTERA**

**Procedimiento: DILIGENCIAS PREVIAS 2121/2009**

NIG 1101543P20090001856

**Magistrado-Juez:** D. Jorge L. Fernández Vaquero.

**AUTO**

En Chiclana de la Frontera, a veintiséis de agosto de dos mil catorce.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Las presentes actuaciones se incoaron en este Juzgado en virtud de la inhibición acordada por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5, y fueron definitivamente archivadas por Auto de 27.5.2010.
2. El 2.7.2014 la Policía Judicial puso en conocimiento de este Juzgado, en funciones de guardia, el hallazgo de restos humanos en una fosa común ubicada en el cementerio de Paterna de Rivera, durante los trabajos de localización efectuados en virtud de la normativa sobre memoria histórica. Se acordó tomar conocimiento del hecho, sin que hubiera lugar a practicar actuación judicial alguna. De esta comunicación se dio cuenta formalmente mediante la presentación del oportuno atestado, incoándose las Diligencias Previas n.º 1045/2012, que fueron archivadas provisionalmente y que no fueron acumuladas a estas al no existir dato alguno que, en aquel momento, permitiera vincular ambos procedimientos.
3. Mediante escrito con fecha de salida 9.7.2014, el Sr. Arenas de Soria, Asesor de la Dirección general de Memoria democrática de la Junta de Andalucía, puso en conocimiento de este Juzgado, a los efectos oportunos, los anteriores hechos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

4. Una vez que el escrito presentado por el Sr. Arenas de Soria va acompañado de documentación completa sobre las circunstancias del hallazgo de los restos humanos antes mencionado, es posible relacionar el hecho con los que fueron objeto de las presentes actuaciones. En estas, según se indica en el Auto de archivo de fecha 27.5.2010, los hechos investigados se basaban *“en la denuncia interpuesta por Juan Pérez Silva, Rafael López García y Francisca Maqueda Fernández (fecha el 18/7/2007), por hechos referidos a la desaparición y posible asesinato de María Silva Cruz y otras personas, acaecidos según la denuncia entre los días 19 y 24 de agosto de 1936 en el término municipal de Paterna de Rivera o, quizás, de Medina Sidonia”, denuncia en la que se relataba “que en la primera de las fechas indicadas María Silva Cruz fue trasladada por la fuerza por una serie de personas no identificadas a la prisión de Paterna de Rivera o, eventualmente, de Medina Sidonia, donde fue retenida aquella hasta la madrugada del día 24 de agosto de 1936, cuando María Silva y otras personas fueron asesinadas a tiros (sic)”*.

En los antecedentes del expediente administrativo tramitado ante la Dirección general de Memoria democrática, a efectos de justificar las actividades de localización de cadáveres pertenecientes a víctimas, se reproducen estos mismos hechos, si bien este caso varían ligeramente las fechas y la solicitud para el inicio de la actuación administrativa procede de D. Juan Luis Vega León, nieto de uno de los desaparecidos. En todo caso, la identidad de hechos que sustentan ambos supuestos exige que sean tratados en una única causa (artículo 300 LECRIM).

5. En el Auto de 27.5.2010, se indicaba lo siguiente: *“Tales hechos podrían ser constitutivos, en su caso, de un delito de detención ilegal en concurso con otro de asesinato y, tanto en uno como en otro caso, la fecha de inicio del cómputo de la prescripción está perfectamente definida, situándola el mismo denunciante en el 24 de agosto de 1936. Por lo tanto, aplicando lo previsto en los artículos 130.6º, 131.1 y 132 del vigente Código Penal, en relación con los artículos 139 y 163 y siguientes del*

*mismo cuerpo legal, ha de declararse la extinción de la responsabilidad penal derivada de los hechos objeto de esta causa por prescripción. No es necesario examinar la normativa vigente al tiempo de comisión de los hechos ya que, si conforme al Código Penal vigente los delitos cometidos han prescrito, ninguna otra solución alternativa es admisible. Así, si la norma actual es más beneficiosa que la vigente cuando se cometieron los hechos, habrá de aplicarse retroactivamente la más beneficiosa para el reo (artículo 2.2 del Código Penal). Y si la norma actual es más severa y, aún así, los delitos han prescrito, con mayor razón habrán de haberlo hecho conforme a una normativa anterior eventualmente menos restrictiva o severa en cuanto a la prescripción".* Este planteamiento fue asumido por el Ministerio Fiscal, que informó favorablemente a la prescripción.

6. También la Dirección general de Memoria democrática de la Junta de Andalucía ha asumido este planteamiento implícitamente. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de su cargo, tengan noticia de la posible comisión de un delito están obligados a denunciarlo, bajo apercibimiento de sanción (artículo 262 LECRIM). En este caso, al recibir la solicitud inicial, en la que se daba cuenta de hechos de indudable apariencia delictiva, la Dirección general de Memoria democrática de la Junta de Andalucía no formuló denuncia alguna, sino que acomodó su actuación a lo prescrito en los artículos 11 a 15 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, y en el Decreto 334/2003, de 2 de diciembre, de la Junta de Andalucía. Es decir, entendió que la cuestión revestía naturaleza estrictamente administrativa, en consonancia con el planteamiento expuesto en el fundamento anterior.

7. Es cierto que el artículo 13.1 Ley 52/2007 dice que el hallazgo de restos de las víctimas se pondrá en conocimiento inmediato de las autoridades administrativas y judiciales competentes. La competencia, en el orden judicial, para recibir esa comunicación corresponde a juez de guardia, que es el facultado para adoptar las primeras diligencias cuando tenga noticia de hechos de relevancia penal respecto de los que sea necesaria la instrucción de diligencias para su esclarecimiento, para identificar a los responsables y para lograr que sean enjuiciados (artículos 13 y 299

LECRIM). En este sentido hay que entender la comunicación del hallazgo a la autoridad judicial que impone la Ley 52/2007.

8. En este caso, la calificación penal que, en una primera aproximación, cabe hacer de los hechos ha sido expuesta anteriormente. Se da la circunstancia, además, de que esa calificación es anterior al descubrimiento de los restos de las víctimas. De la misma deriva, como consecuencia del efecto extintivo de la responsabilidad penal que produce la prescripción del delito (artículo 130.1-6º CP), la improcedencia de efectuar diligencia de instrucción alguna. Por otro lado, de las circunstancias en que se ha producido el hallazgo, no resulta ningún indicio adicional que permita sospechar que los restos hallados pudieran ser un indicio de la comisión de algún delito distinto de aquel relatado en la "notitia criminis", puesto que nada hay más previsible que hallar restos humanos al realizar excavaciones en un terreno destinado al enterramiento.

9. Estos argumentos coinciden plenamente con los expuestos en el ATS 28.3.2012, que es de particular relevancia en este caso ya que en él se resuelve una cuestión de competencia entre el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 y varios Juzgados de Instrucción, de manera que el supuesto analizado responde al mismo que está en el origen de estas actuaciones. Este Auto, además, asume la doctrina expuesta en la STS 27.2.2012, dictada en la causa especial 20048/2009, de indudable aplicación a este caso. En dicho Auto se efectúan las siguientes argumentaciones:

*"como se dijo en la sentencia de esta sala de núm. 798/2007 - el principio de legalidad y el de interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables ( art. 9,3 CE), que prohíben la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras a los hechos anteriores a su vigencia, impiden operar con la categoría "delitos contra la humanidad" para denotar jurídicamente y tratar procesalmente las acciones criminales de las que fueron víctimas las personas a las que se refieren las denuncias que motivan las actuaciones de referencia.*

*"consecuentemente, por la fecha de iniciación de tales causas, las acciones criminales sobre las que versan deben considerarse prescritas, a tenor de lo previsto en los arts. 131 y 132 Cpenal. Es así, debido, de una parte, a que el delito de detención ilegal de carácter permanente sin dar razón del paradero de la víctima, presente en el Código Penal de 1928, desapareció en el de 1932, para ser*

reincorporado al de 1944, de modo que no estuvo vigente durante la mayor parte del tiempo en que tuvieron lugar las acciones que se trataría de perseguir. De otra, porque, como se dice en la STS 101/2012, el argumento de la permanencia del delito fundado en la hipotética subsistencia actual de situaciones de detención producidas en torno al año 1936, carece de plausibilidad. Y, en fin, porque, aun admitiendo razonablemente -según también allí se dice- que, por la imposibilidad para los familiares de los afectados de instar la persecución de esos delitos durante la dictadura, hubiera que posponer el inicio del cómputo de la prescripción a la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, incluso en este supuesto, el plazo de de 20 años, habría transcurrido en todo caso”.

“la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía-por lo razonado en la STS 101/2012, que la considera confirmada recientemente en su contenido esencial por el acuerdo del Congreso de los Diputados de 19 de julio de 2011, que rechazó la proposición de ley dirigida a modificarla- forma parte del ordenamiento vigente. Por ello, porque a tenor de lo que dispone su art. 6, la amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que pudieran imponerse; y porque, conforme a su art. 9, será aplicable cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso, no podría dejar de proyectar sus efectos sobre los hechos a que se refieren las denuncias que están el origen de las actuaciones en las que se han suscitado las cuestiones que ahora se decide”.

De acuerdo con ello, se concluye lo siguiente:

“Excluida ya, en general, la posibilidad del enjuiciamiento penal de los autores de los actos de que se trata, es claro que esa clase de legítimas pretensiones no podrá canalizarse hacia el proceso penal ni llegar a concretarse en declaraciones de responsabilidad ex delicto a cargo de aquellos.

No obstante, esto no deberá ser obstáculo para que, en presencia de indicios objetivables de la existencia de restos de posibles víctimas de delitos susceptibles de localización -salvo cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querrela se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible- pueda instarse del Juez de Instrucción competente según el art. 14,2 Lecrim, la práctica de las diligencias dirigidas a datar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente, en derecho.”

En este caso, de la propia noticia contenida en la denuncia resulta la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible, según los criterios expuestos por el TS en la resolución citada.

10. Lo anterior no impide que los familiares de las víctimas de los hechos a que se refiere esta causa puedan obtener la debida reparación, al menos dentro de los límites

establecidos al respecto por la legislación vigente. En el ATS 28.3.2012 también se insiste en este aspecto, al señalar que lo en él resuelto *"no afecta al legítimo derecho de las víctimas de la guerra civil -todas- y la dictadura del general Franco, de recuperar los restos de sus seres queridos, dignificarles y honrar su memoria"*. Y al recalcar que *"si hay algo inobjetable desde cualquier punto de vista -por imperativo del respeto debido a la dignidad de todas las personas ( art. 10,1º CE), y hasta por razones de policía sanitaria mortuoria (D. 2263/1974, de 20 de julio)- es que los restos de quienes hubieran sufrido muertes violentas no pueden permanecer en el anonimato ni fuera de los lugares propios de enterramiento. Y tampoco cabe imponer a sus familiares el gravamen representado por tal clase de situaciones, moral y jurídicamente insostenibles"*.

*Al respecto, el ordenamiento vigente arbitra recursos legales a través de los que -por más que su suficiencia se discuta- pueden canalizarse las acciones dirigidas a la satisfacción de los derechos de que se trata.*

*Así, ya se ha dicho, la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, establece deberes para las administraciones, sin excluir, como no podría ser de otro modo, el acceso a la jurisdicción penal cuando procediere, a tenor de lo dicho"*.

11. De acuerdo con los argumentos expuestos procede unir a las presentes actuaciones el escrito presentado por el Sr. Arenas de Soria, Asesor de la Dirección general de Memoria democrática de la Junta de Andalucía, tomando conocimiento de lo en él expuesto y manteniendo el estado de archivo en que se encuentra la causa, sin que haya obstáculo alguno para que, por parte de quien corresponda conforme a la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, y al Decreto 334/2003, de 2 de diciembre, de la Junta de Andalucía, se proceda a la exhumación, traslado, identificación de los restos y demás actuaciones legalmente procedentes.

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

## **PARTE DISPOSITIVA**

Únase a las presentes actuaciones el escrito presentado por el Sr. Arenas de Soria, Asesor de la Dirección general de Memoria democrática de la Junta de Andalucía,

quedando las mismas en el estado en que se encuentran, sin que exista obstáculo alguno para que, por quien corresponda, se lleven a cabo las actuaciones indicadas en el fundamento de derecho 11 de este Auto.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con indicación de que la misma no es firme y contra ella cabe recurso de REFORMA ante este Juzgado, que ha de interponerse en el plazo de TRES días; así como recurso de APELACIÓN que podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado, sin necesidad de reforma previa, mediante escrito presentado ante este Juzgado dentro de los CINCO DÍAS siguientes a la notificación del auto recurrido o del resolutorio del recurso de reforma, para su posterior resolución por la Audiencia Provincial (artículo 766 LECrim.).

Así por este Auto, lo dispongo, mando y firmo.

Doy fe.