



**JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION Nº 005
MADRID**

C/GARCIA GUTIÉRREZ S/N

Teléfono: 91 709 64 78

Fax: 91 709 64 86

NIG: 28079 27 2 2016 0001262

42650

DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000085 /2016

AUTO

En la Villa de MADRID, a 1 de Septiembre de 2016.

El anterior informe del Ministerio Fiscal, con fecha de entrada el 15.07.2016, únase y

HECHOS

PRIMERO.- El presente procedimiento se incoó mediante Auto de fecha 10.05.2016, por los hechos que resultan de las anteriores actuaciones, en virtud de denuncia de D^a Consuelo Ordóñez Fenollar, en nombre y representación del Colectivo de Víctimas del Terrorismo (en adelante, COVITE), por la presunta comisión de un delito de torturas y contra la integridad moral, en conexidad con delitos contra la libertad, homicidio y terrorismo, contra las siguientes personas, todas ellas ex parlamentarios y alcaldes de la Izquierda Abertzale, según lo manifestado en el escrito de denuncia:

- José Antonio **URRUTICOECHEA BENGOCHEA**
- José María **OLARRA AGUIRIANO**
- Miguel **CASTELLS ARTECHE**
- Javier **ZUBIZARRETA LASAGABASTER**
- Nicolás **MORENO LAMAS**
- Pablo **GOROSTIAGA GONZÁLEZ**
- Jone **GOIRICELAIA ORDORIKA**
- Otras personas que pudieran haber sido partícipes en el delito.

SEGUNDO.- Conferido traslado de la antedicha denuncia al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia, en su caso, relevancia penal y propuesta de diligencias a

practicar, se ha evacuado el mismo en fecha 15.07.2016 interesando el archivo de la denuncia interpuesta por cuanto los hechos que se imputan a los denunciados no revisten caracteres de delito.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La denuncia interpuesta por la representación de COVITE, que da inicio a la presente causa, se dirige contra determinadas “autoridades” (“ex parlamentarios y alcaldes”), por su presunta responsabilidad en supuestos delitos de torturas y contra la integridad moral (art. 176 CP) en conexidad con delitos contra la libertad, homicidio y delitos de terrorismo.

Afirma que la organización terrorista ETA ha desarrollado a lo largo de años una violencia terrorista que, en determinados casos, ha empleado métodos y formas en sus ataques que, objetivamente, constituyen tortura y graves delitos contra la integridad moral: “Aunque los actos de tortura no fuesen perpetrados de forma generalizada, ni con el fin exclusivo de generar terror (ni la organización reivindicara públicamente estos actos de tortura y trato inhumano con la intención de atemorizar a la población), ETA en determinados casos cometió torturas y sometió a trato inhumano a determinados grupos y personas”. Actos que eran innecesarios, no estando especialmente castigados en los delitos terroristas. En estos casos, y de forma discriminatoria, existió la intención de vejar y doblegar la voluntad de determinadas víctimas causándoles graves daños o padecimientos innecesarios en su integridad física y moral al atentar contra su vida o libertad.

Así ocurrió en algunas detenciones ilegales y secuestros, en que se añadieron innecesarios sufrimientos humillando o vejando la dignidad de la víctima, utilizándolos de forma instrumental, con el fin de interrogar para obtener información o confesión, castigar o intimidar o coaccionar a esa persona, o discriminarla.

También consideran que ETA desplegó una estrategia específica de causar al menos tratos inhumanos y contra la integridad moral a las familias de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante, FCSE), al realizar atentados reiterados y sistemáticos contra viviendas oficiales de FCSE, y especialmente contra los hijos y personas vulnerables de las familias de miembros de FCSE, a los que situó, de forma consciente, deliberada e implacable como objetivo primordial, buscando además el modo y momento de mayor afección y vulnerabilidad de los menores, ello unido a la utilización de fórmulas, dinámicas y campañas vejatorias, humillantes y excluyentes, desarrolladas en el País Vasco y Navarra, que causaron graves secuelas físicas y psíquicas a los afectados. Todo ello, y eso es

lo que ahora resultaría relevante, con el apoyo, consentimiento o la aquiescencia de una amplia red de "autoridades" pública del nacionalismo abertzale.

Seguidamente alega que estos hechos constituyen el delito de torturas previsto en el art. 176 CP (en relación con el delito objeto del art. 173 y ss CP), en conexión con delitos contra la libertad (arts. 163 y ss. CP), homicidio (art. 139 CP) y delitos terroristas (arts. 52 y ss. CP).

Al efecto cita también, entre otros instrumentos internacionales, el art. 1 Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10.12.1984, cuyo art. 1 declara que se entiende por tortura (a los efectos de la referida Convención), "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".

En el caso que nos ocupa, añade, el fin de estos actos y hechos no fue especialmente sembrar el terror, alterar la paz pública o subvertir el orden constitucional, sino vejar y atentar de forma excepcionalmente cruel y grave contra la integridad moral de determinadas víctimas, algunas de ellas en situación de especial vulnerabilidad e indefensión (como los menores atacados en sus propios domicilios).

Argumentan los denunciantes que no ha sido hasta 2015 cuando ha quedado acreditado en el ámbito penal que Herri Batasuna y partidos sucesores formaban parte de ETA y que eran organizaciones terroristas infiltradas en las instituciones públicas para apoyar, complementar y potenciar su actividad. Y alegan que distintas instituciones públicas vascas, estatales e internacionales han alertado de los graves delitos contra la integridad física y moral cometidos por ETA contra hombres, mujeres y niños, causando vejaciones, discriminación, daños crueles e innecesarios y utilización instrumental, con el fin de atentar contra la dignidad de determinadas personas, así como reconociendo las graves consecuencias físicas y psicológicas que se han derivado.

Las autoridades contra la que se presenta denuncia pertenecían al frente institucional de ETA. Los partidos que lo integraban eran estructuras terroristas que formaban parte de la organización terrorista ETA (jerarquizada y en la que los distintos frentes asumían un reparto

de papeles). Su frente institucional fue creado o instrumentalizado al servicio de los medios y los fines de la organización "aprovechando su infiltración en las instituciones para "potenciarlos". Estas autoridades conocían que su organización controlaba todos los frentes, coparticipaban en la toma de decisiones y tenían canales de comunicación con ETA y con todas las cúpulas de los distintos frentes y con altos dirigentes); conocían la existencia de un riesgo real e inmediato sobre la vida de hombres, mujeres y niños ante los actos criminales de su organización; con su actividad política y el ejercicio de sus cargos tuvieron que apoyar, multiplicar o potenciar todas sus formas de lucha; y omitieron las medidas que, -en el ámbito de sus poderes y cargos-, les eran exigidas en el cumplimiento de los deberes del cargo de autoridad, para evitar, minimizar o dificultar tal riesgo.

Como tales autoridades, no sólo no denunciaron a miembros o estructuras del entramado terrorista, si no que siendo "autoridades" clamaron por la impunidad y la amnistía de los autores materiales y de todos los partícipes. Organizaron o participaron activamente en actos de homenaje o de rememoración de la "lucha" y trayectoria de la militancia terrorista de miembros de su organización. En el efectivo desempeño de los deberes y funciones de su cargo, solicitaron investigaciones y denunciaron y condenaron públicamente otras supuestas "torturas generalizadas contra miles de vascos", o contra "presos políticos vascos" (terroristas o individuos afines a su organización terrorista), coincidiendo plenamente con la campaña diseñada por ETA de desprestigio, criminalización y exclusión social especialmente dirigida contra los agentes encargados de hacer cumplir la ley. Estas "autoridades" tuvieron por tanto una efectiva participación en el ejercicio de sus funciones públicas: si denunciar públicamente otras supuestas torturas, tratos inhumanos y degradantes (torturas, dispersión, incomunicación...) era no sólo del interés, sino una de las más habituales funciones ejercidas por estas "autoridades", denunciar las torturas y los gravísimos hechos denunciados, que amenazaban la vida y la integridad de menores y de víctimas en situación total de indefensión, perpetrados por su organización terrorista, y de los que tenían conocimiento, nunca fue acometido en el ejercicio de sus cargos públicos.

SEGUNDO.- Es muy relevante precisar que la perspectiva de la denuncia es muy concreta y muy específica:

1. En primer lugar, no constituye su objeto investigar la pertenencia de los denunciados a la organización terrorista ETA o a las otras integrantes del frente institucional de ETA, o su colaboración con este entramado terrorista.

2. En segundo lugar, no constituye su objeto investigar la participación directa activa de los denunciados en todos o alguno de los hechos perpetrados por ETA durante su

mandato como autoridades públicas. De hecho, la propia entidad denunciante admite en su denuncia que "es claro y evidente que de los hechos y los indicios incriminatorios contra los denunciados no surge a priori que estas "autoridades" de la Izquierda Abertzale hayan dado las órdenes o que hayan tomado parte activa en cada uno de los hechos perpetrados durante su mandato (aún menos señalando los centenares o miles de víctimas con sus nombres, apellidos y domicilio concreto "en un documento").

3. En tercer lugar, tampoco constituye el objeto de la causa analizar si las personas denunciadas mantuvieron en el ejercicio de sus cargos una conducta pasiva o incluso de activa complicidad (al menos política), ante la perpetración de los hechos cometidos por la banda terrorista ETA, o determinar la calificación ética, moral, política o incluso penal que esta conducta de apoyo político e institucional, en la que se hace mucha insistencia en la denuncia, puede merecer.

4. El objeto de la denuncia es pues, como se ha indicado, muy concreto: se afirma que los denunciados pertenecían activamente al frente institucional de ETA, conocían la existencia de un riesgo real e inmediato sobre la vida de hombres, mujeres y niños ante los actos criminales de su organización, y omitieron las medidas que, -en el ámbito de sus poderes y cargos-, les eran exigidas para evitar o minimizar tal riesgo ejerciendo las funciones propias de su cargo, denunciando, condenando los hechos, y pidiendo sanción y castigo para los responsables.

El objeto de la denuncia es determinar si estas personas cometieron delito de torturas porque, en el ejercicio de sus cargos, faltaron a sus deberes específicos como autoridades públicas, participando omisivamente durante su mandato en los hechos concretos que se denuncian al permitir deliberadamente que se cometieran los hechos denunciados, al menos con una actitud pasiva o de aquiescencia, consciente y dolosa.

De ello, indican, "si no autoría por inducción y potenciación (omisiva), puede derivarse cuanto menos, una responsabilidad por una participación omisiva dolosa, de apoyo, o de consentimiento o aquiescencia, previsto tanto en nuestro Código Penal (176 CP) como en la Convención Internacional contra la Tortura; y expresamente prevista y penada cuando participan "autoridades" faltando a los deberes de su cargo, permitiendo que otras personas ejecuten los hechos".

Esta tesis la fundamentan los denunciantes en que estas autoridades de la Izquierda Abertzale actuaron, bien potenciando, bien consintiendo o tolerando estos hechos pudiendo denunciarlos, minimizar el riesgo y evitarlos. Al actuar así "faltaron a los deberes propios de

su cargo", y permitieron consciente y voluntariamente que particulares, miembros de su organización ETA (en la que estaban conscientemente integrados) los infligieran; como miembros destacados de ETA y "autoridades públicas" estuvo en su mano, en el ejercicio de los deberes de su cargo, que se cometieran y prolongaran estas torturas y graves delitos contra la integridad moral, incurriendo en un delito especial de comisión por omisión en los que el dominio del hecho se maneja como dominio "potencial" por su deber de garantes.

TERCERO.- El art. 176 CP castiga a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en los artículos precedentes.

Se corresponde así con la previsión contenida en el art. 1.1 de la Convención contra la Tortura de 10.12.1984 (BOE 09.11.1987), que define auténticamente el término tortura como "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".

El tipo penal del artículo 176 CP se configura como un tipo de omisión pura. La decisión del legislador parte del juicio de equivalencia a que se refiere el artículo 11 CP. Pero no lo remite al momento de aplicación de la norma al caso. De ahí que no sea exigible en el enjuiciamiento la constatación de una determinada posición de garante. El legislador la subsume implícitamente al describir la situación típica del delito omisivo: otras personas, diversas del sujeto activo del delito del artículo 176 CP, llevan a cabo los hechos previstos en los artículos anteriores (arts. 174 y 175 CP) a instigación suya, o con su consentimiento, permiso o aquiescencia (STS 718/2013, de 01.10).

En cuanto al sujeto activo del delito del artículo 176 CP se tipifica por su condición de autoridad o funcionario público, concepto que se especifica en el artículo 24 CP. Podrán darse supuestos en que el omitente sea superior jerárquico del autor material --lo que será lo más normal--, en el caso de los jefes que consienten lo efectuado por sus subordinados, encontrándose aquéllos en situación de especial garantes dado el deber de vigilancia y la superioridad jerárquica; casos de igualdad de categoría entre los autores materiales y los omitentes; y supuestos incluso de subordinación de los omitentes a los autores materiales, si bien en estos casos, especialmente, hay que analizar si en concreto el omitente se

encontraba en condiciones reales de impedir y no permitir lo que efectuaba su superior jerárquico

El núcleo de la conducta omisiva tipificada consiste en "permitir" lo que según el DRAE significa "dar su consentimiento el que tenga autoridad competente, para que otros hagan o dejen de hacer una cosa" y también "no impedir lo que pudiera y debiera evitar".

Así, en el verbo nuclear se aprecian dos vertientes: de un lado, una dimensión puramente omisiva (no impedir) y de otro lado, junto a la anterior, una dimensión positiva (dar consentimiento) si bien referida al ámbito interno y no a una actuación positiva. En definitiva "permitir" equivale a no impedir, no prohibir, pudiendo hacerlo, los hechos en cuestión, de forma que el núcleo del tipo está constituido por el "tolerar" la realización de las conductas punibles.

Desde el punto de vista subjetivo basta el conocimiento concreto del acto típico del otro autor para dar por concurrente el dolo exigible.

Como elemento del tipo omisivo, concurre también la posibilidad y exigibilidad en el caso concreto de un comportamiento obstativo como acción debida y esperada (en caso contrario se estaría ante una causa de exculpación en clave individual, vía no exigibilidad de otra conducta, a la vista de las concretas circunstancias particulares).

Finalmente, como indica la STS 205/2015, de 10.03, ["no es necesaria una relación jerárquica que sitúe al responsable del art. 176 por encima del autor directo del art. 174. Eso llevaría a convertir casi en superflua la previsión pues el superior siempre sería copartícipe del delito del art. 174. El legislador ha querido ensanchar con el art. 176 las conductas sancionables equiparando ex lege, por expresa disposición legal, la omisión a la acción. Serían menos las omisiones sancionables si se dejase jugar a los genéricos preceptos de la participación (arts. 28 y ss. CP) y la fórmula general de la comisión por omisión (art. 11 CP). El art. 176 recoge conductas omisivas que no quedarían abarcadas por los dos artículos que le preceden ni siquiera en combinación con los arts. 11 y 28 y ss. CP .

El principio interpretativo de vigencia (un precepto debe tener algún específico ámbito de aplicación: un entendimiento que lo convierte en superfluo debe ceder ante otros que le otorgan sentido) invita a inclinarnos por la otra acepción del vocablo permitir: no impedir; y sus sinónimos (tolerar, no estorbar ni imposibilitar, permitir algo que no se tiene por lícito, aunque sin aprobarlo expresamente, dejar hacer: no es necesario aprobar, basta

con tolerar). No es indispensable una aprobación interna o externa, o un asentimiento o refrendo.

Basta con ser consciente de que se está desarrollando una conducta encajable en el art. 174 y, teniendo la cualidad pública de que habla el art. 176, no hacer deliberadamente nada por impedirlo, aunque internamente pueda incluso reprobarse. Cosa distinta en que en determinadas circunstancias la falta de asentimiento unida a la incapacidad para una oposición eficaz pueda desembocar en una exención por falta de exigibilidad como contempla unos de los recientes precedentes jurisprudenciales de los que hemos transcrito algunos fragmentos más significativos (STS 19/2015)"].

CUARTO.- En cualquiera de los casos no debe olvidarse que quien debe impedir o no dar su consentimiento, permiso o aquiescencia a las torturas, es quien puede y debe evitarlas, es decir, quien tiene autoridad competente para que otros hagan o dejen de hacer una cosa e impedir lo que pudieran y debieran evitar.

La cooperación omisiva que se sanciona no está pues asociada al mero desempeño de la autoridad o del ejercicio de funciones públicas; tampoco a la infracción de un deber genérico, derivado directa y automáticamente del simple ejercicio del mando o jurisdicción (autoridades) o del ejercicio de funciones públicas (funcionarios), sino de la infracción de deberes específicos.

La razón por la que se ha querido mediante el art. 176 ensanchar el ámbito de lo punible más allá del juego de los genéricos preceptos de la participación (arts. 28 y ss. CP) y la fórmula general de la comisión por omisión (art. 11 CP), es precisamente porque en estos casos concurre la infracción de deberes específicos que incumben a la autoridad o funcionario que tiene bajo su concreta responsabilidad velar por personas en situación de dependencia o sometimiento, generalmente arrestadas, detenidas, internadas o presas.

La infracción de estos deberes específicos puede concurrir (y será lo más normal) en casos en que el omitente, por ser superior jerárquico del autor material, ocupe una situación de especial garante dado el deber de vigilancia y la superioridad jerárquica. También podrá concurrir en caso de igualdad de categoría o supuestos incluso de subordinación de los omitentes a los autores materiales, aunque en estos casos, siendo el autor material un superior jerárquico, el omitente debe encontrarse en condiciones reales de impedir y no permitir lo que efectuaba su superior. También puede ocurrir que sean otras personas (no funcionarios) quienes realicen estos hechos de tortura o vejatorios con permiso de la autoridad o funcionario público, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Pero en todos los casos será preciso que concorra siempre en la autoridad o funcionario público esa concreta y específica responsabilidad: el deber jurídico específico de velar por la vida, integridad, honor y dignidad de las personas, fundamentalmente de las que hubieran detenido o tuvieren bajo su custodia.

Obsérvese, en este sentido, que la propia Convención contra la Tortura:

1. En su artículo 10, en materia de información y capacitación profesional, impone determinadas obligaciones a los Estados Parte en relación al “personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión”.

2. También en el art. 10 dispone que todo Estado Parte de la Convención incluirá la prohibición de torturar en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas mismas personas.

3. Asimismo impone a los Estados Parte (art. 11), la obligación de mantener sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

Esta misma vinculación se apreciaba en el anterior CP 1973, cuyo art. 204 bis, introducido por Ley 31/1978, de 17.07, no se refería como sujeto activo del delito de torturas genéricamente a cualquier autoridad o funcionario, sino a las autoridades o funcionarios públicos “en el curso de la investigación policial o judicial con el fin de obtener una confesión o testimonio”; a la autoridad o funcionario “de Instituciones Penitenciarias respecto de detenidos o presos”; y a la autoridad o funcionario público “en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito”.

O en el art. 174 CP vigente, que precisa que la autoridad o funcionario público deben actuar “abusando de su cargo”, y por tanto en el marco de los deberes y responsabilidades específicos del mismo, y “con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación”.

QUINTO.- En nuestro caso los cargos desempeñados por las autoridades o funcionarios denunciados son parlamentarios autonómicos (Jose Antonio **URRITICOECHEA BENGOCHEA**, José María **OLARRA AGUIRIANO**, Pablo **GOROSTIAGA GONZÁLEZ** y Jone **GOIRICELAIA ORDORIKA**), un senador y parlamentario autonómico (Miguel **CASTELLS ARRECHE**) o alcaldes (Javier **ZUBIZARRETA LASAGABASTER** y Nicolás **MORENO LAMAS**).

Conviene reiterar nuevamente que el objeto de esta denuncia no es investigar la participación directa activa de los denunciados en alguno o alguno de los hechos terroristas perpetrados por ETA durante su mandato como autoridades públicas. De hecho, la propia entidad denunciante admite en su denuncia que no existe indicio alguno de que estas personas hayan tomado parte activa en cada uno o en alguno de los terribles hechos terroristas referidos en su denuncia, ni que hubieran dado órdenes para que otras personas los cometieran (y de existir, debieran investigarse no en esta causa sino en cada uno de los procedimientos penales correspondientes). Lo que afirma esta denuncia es que estas personas ocuparon cargos públicos, y que cometieron delito de torturas porque participaron omisivamente en los hechos terroristas indicados al permitir deliberadamente que se cometieran, al menos con una actitud pasiva o de aquiescencia, consciente y dolosa.

Sin embargo, a la vista de lo anteriormente expuesto puede indicarse lo siguiente:

1. En primer lugar, las conductas llevadas a cabo por ETA no se cometieron en un contexto de aprovechamiento de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encontraran en cada caso los sujetos pasivos. Es evidente que las víctimas de los terribles actos terroristas mencionados en la denuncia no estaban sometidas a cualquier forma de arresto, detención, internamiento, tratamiento o prisión por autoridades o funcionarios públicos, ni incurso en un interrogatorio o una investigación policial o judicial con el fin de obtener una confesión o testimonio.

2. En segundo lugar, tales conductas terroristas no se desarrollaron con la finalidad de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación.

Sobre este particular resulta esclarecedora la alegación verificada por el Fiscal en su informe, que comparte el Instructor:

Los delitos cometidos por la banda ETA, tal y como ha venido considerándose en una jurisprudencia unánime tienen por finalidades las previstas para ser calificados como

terroristas: subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional o provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella (Art. 1 de la Decisión Marco del Consejo de 13.06.2002 sobre la lucha contra el terrorismo y art. 573.1 CP). Mas concretamente, como viene afirmando el Tribunal Supremo, la organización terrorista ETA tiene por finalidad la segregación del País Vasco por medios violentos, incluida la realización de ataques criminales contra la vida, la integridad corporal y la libertad de las personas con el designio de producir en la sociedad sentimientos de alarma o miedo. Si este es del designio criminal que existe en todos los atentados y crímenes de la organización terrorista ETA, difícilmente puede sostenerse, tras décadas de una jurisprudencia uniforme, que los cientos de asesinatos de inocentes —en ocasiones niños de corta edad, como los que se relatan en la denuncia- tuvieran como finalidad obtener una confesión o castigar algún hecho o cualquier otra razón basada en algún tipo de discriminación.

Así pues, es claro que no concurren en estos casos los elementos configuradores sustanciales del tipo penal de torturas: no existió una situación de dependencia o sometimiento a la autoridad en que se encontrara el sujeto pasivo; no existió por tanto abuso ni aprovechamiento de esta circunstancia por parte de la autoridad o funcionario público responsable o por terceras personas a sus órdenes; no existió la finalidad típica indagatoria, vindicativa o de castigo por parte de autoridades o funcionarios.

3. En tercer lugar, los hechos denunciados supuestamente constitutivos de torturas se cometieron por personas que obviamente no eran funcionarios públicos, ni participaban en forma alguna del ejercicio de funciones públicas. Ello sería posible, dada la redacción específica del art. 176 CP, que castiga a la autoridad o funcionario cuando permitiere que otras personas (sin limitación a funcionarios públicos) ejecuten los hechos previstos en los artículos precedentes. Lo relevante es, sin embargo, que estas personas no tenían relación alguna con las instituciones en que se encuadraban los denunciados ni con los cargos que los denunciados desempeñaban (Parlamento Vasco, Senado, Ayuntamientos). Estas personas tampoco dependían oficialmente de los denunciados, ni tenían relación de clase alguna con sus cargos ni con sus funciones, ni actuaban de facto por cuenta de tales autoridades, o mandatados o comisionados por éstas, ni desarrollaban sus actividades terroristas en el marco o contexto (por amplio que sea el perímetro que se fije), de los deberes y responsabilidades de dichas autoridades en el Parlamento Vasco, Senado o Alcaldías, de modo que los denunciados, en cuanto autoridades (que es, no se olvide, la perspectiva que

ahora interesa), tampoco tenían el más mínimo dominio del hecho o la posibilidad de evitar los resultados producidos.

4. Las funciones o deberes específicos de los cargos de parlamentarios, senadores o alcaldes de los denunciados no estaban relacionadas con el desarrollo, control o supervisión de interrogatorios o investigaciones policiales o judiciales, ni con la prevención de actividades criminales, ni con la gestión o supervisión de situaciones de arresto, detención, internamiento, tratamiento o prisión (en las que, además, como se ha indicado, no se encontraban las víctimas). De este modo, no tenían la responsabilidad directa y específica de impedir o prevenir estas actividades criminales en el desarrollo oficial de sus funciones. El cumplimiento de los deberes de sus cargos tampoco les daba la posibilidad de evitar los resultados producidos. El incumplimiento de los estrictos deberes de sus cargos, incluso, tampoco implicaba consentimiento, tolerancia o aquiescencia con los mismos.

La conclusión es que el específico ámbito punible delimitado por el art. 176 CP, distinto y más amplio que el perimetrado por los genéricos preceptos de la participación (arts. 28 y ss CP) y la fórmula general de la comisión por omisión del art. 11 CP (que ahora no se están analizando), no concurre visto que, por terribles que fueran los hechos cometidos, no hubo una situación previa constitutiva de torturas penalmente típicas (no hubo situación formal de sometimiento o dependencia, ni aprovechamiento o abuso de cargo o de posición de dominio, ni finalidad típica vindicativa o indagatoria); tampoco se desarrollaron estas actividades criminales en la órbita de la tareas, funciones y responsabilidades públicas de las autoridades denunciadas que les permitiera tener el más mínimo dominio del hecho; y, finalmente, tampoco se incumplieron deberes específicos de tales cargos que determinaran directamente consentimiento, tolerancia o aquiescencia con tales actos.

Por todo lo anterior procede acordar el archivo de la denuncia interpuesta por Doña Consuelo Ordoñez Fenollar en nombre de COVITE, por cuanto que los hechos denunciados no revisten los caracteres de la infracción criminal que se denuncia por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en la regla primera, inciso primero del artículo 779 LECrim, procede acordar el archivo de la denuncia.

PARTE DISPOSITIVA

SE DECRETA EL ARCHIVO DE LAS PRESENTES DILIGENCIAS.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber que la misma, no es firme y frente a ella cabe interponer recurso de reforma ante este



juzgado, en el plazo de **TRES** días, a partir de su notificación y en su caso, recurso de apelación, que podrá ser interpuesto conjuntamente con el de reforma o con carácter subsidiario, para ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO** días.

Así lo acuerda, manda y firma D. José de la Mata Amaya, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 005 de MADRID.- Doy fe.