

Roj: **AJPI 6/2016 - ECLI:ES:JPI:2016:6A**Id Cendoj: **28131420022016200001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **San Lorenzo de El Escorial**Sección: **2**Fecha: **30/03/2016**Nº de Recurso: **851/2014**Nº de Resolución: **112/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JOSE MANUEL DELGADO SEOANE**Tipo de Resolución: **Auto**

JUZGADO DE la INSTANCIA N° 2

SAN LORENZO DE EL ESCORIAL

PZA. DE LA CONSTITUCION, S/N

Tel.: 91.890.52.97 - FAX: 91.896.02.24

0020K

NIG: 28131 1 4003931 /2014

Procedimiento: INFORMACIONES PARA PERPETUA MEMORIA 851 /2014 T

Sobre OTRAS MATERIAS CONCURSALES

De D/ña. Teodora

Procurador/a Sr/a. LUCRECIA RUBIO SEVILLANO

Contra D/ña. MINISTERIO FISCAL --

Procurador/a Sr/a. --- --

AUTO n° 112/16

En San Lorenzo de El Escorial, a treinta de marzo de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 20 de noviembre de 2014, se presentó por la Procuradora de los Tribunales Dña. Lucrecia Rubio Sevillano, en nombre y representación de Dña. Teodora , y bajo la asistencia Letrada de D, Eduardo Ranz Alonso, escrito de demanda para la aprobación y protocolización de información ad perpetuam memoriam, para que previos los trámites correspondientes se dicte auto al amparo de los Art. 2002 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sobre las informaciones de la perpetua memoria, autorizando la recuperación de los restos mortales de D. Eloy , y de D. Gabino , inhumados ambos en el Valle de los Caídos en Abril de 1959 procedentes de Calatayud, y se proceda a su vez, a emitir orden a los organismos competentes, de entrega de los restos humanos a su nieta y sobrina-nieta Dña. Teodora , así como su debida inscripción de traslado de cuerpo, de desaparecido durante la Guerra Civil y la Dictadura, ante el Registro Civil.

SEGUNDO.- Una vez subsanados los requisitos legales para su admisión, y con identificación de los testigos a intervenir en la causa respecto de los hechos a demostrar, se acordó en fecha de 25 de mayo de 2015 remitir la causa al Ministerio Fiscal al amparo del art. 2003 LEC de 1881 ,

El día 2 de julio de 2015, tuvo entrada en este Juzgado escrito de fecha de 28 de Junio de 2015, del Ministerio Fiscal en el que acordó que: "interesa la admisión a trámite del procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el art. 2002 de la LEC de 1881 " .



TERCERO.- En fecha de 17 de julio de 2015, se dictó providencia de admisión a trámite con citación para la práctica de la información testifical en fecha de 30 de julio de 2015, a las 10h.

Se presentó escrito por la representación procesal de la actora en la que se terminaba suplicando la suspensión de la declaración de información testifical acordada por tener señalamiento previo, al amparo del art. 188 LEC .

Se dictó providencia de fecha de 24 de julio de 2015, por la que se acordaba suspender la información testifical acordada y señalar para su práctica el día 21 de septiembre de 2015 a las 10h, con citación del Ministerio Fiscal.

En fecha de 27 de julio de 2015, la representación procesal de la parte actora presentó escrito en el que se adhería al despacho de admisión a trámite del Ministerio Público, reiterando su petición inicial para la aprobación y protocolización de información ad perpetuam memoriam.

CUARTO.- El día 21 de septiembre de 2015 a las 10 horas se llevó a cabo la práctica de la información testifical -de Dña. Teodora y la de D. Rafael , conforme el resultado obrante en actuaciones.

En fecha de 22 de septiembre de 2015.se dictó providencia en la que a la vista de las declaraciones testificales practicadas y conforme lo manifestado por las testificales, se dio plazo de 30 días a la solicitante para que presentase cuanta documentación dispusiera en relación a la cuestión objeto de la presente causa. De la misma forma se requirió a Patrimonio Nacional, para que remitiese información pertinente sobre restos cadavéricos que hubieren sido trasladados desde Calatayud al Valle de los Caídos, y cualesquiera otra información relevante, con la finalidad de verificar la información facilitada por la parte solicitante.

En fecha de 7 de octubre de 2015 tuvo entrada escrito con la documentación requerida a la parte actora, y en fecha de 21 de octubre de 2015 tuvo entrada la información requerida a Patrimonio Nacional.

QUINTO.- En fecha de 26 de octubre de 2015, se dictó providencia en la que se acordó dar traslado de la causa al Ministerio Fiscal al amparo del art. 2005 y siguientes de la LEC de 1881 , a los efectos de que manifestase si solicitaba la práctica de diligencia o prueba alguna, o si las consideraba suficientes. Para el caso de que fueren suficientes, emitiese informe sobre si procede o no aprobar la información de perpetua memoria, y para el caso afirmativo, si entiende o no incluido dentro de dicho reconocimiento, el derecho a la entrega de los restos cadavéricos.

En fecha de 2 de febrero de 2016 tuvo entrada de escrito del Ministerio Fiscal de fecha de 8 de enero de 2016, en- el que dijo: "que examinadas las actuaciones y de conformidad con lo establecido en los art. 2005 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 1881, considera este Ministerio que el expediente se ha tramitado sin defecto alguno y entiende que no existen, en el momento actual, diligencias ulteriores que pudieran practicarse para aclarar los extremos objeto de la petición de la solicitante, oponiéndose a que se aprueben-las peticiones de información para la perpetua memoria contenidas en el suplico del escrito que dio inicio al presente expediente, por considerar que no han quedado suficientemente acreditados los extremos que la promotora manifestaba en el citado escrito.

Así no se ha podido, ni siquiera de manera indiciaria, aseverar el lugar inicial en el que se depositaron los restos mortales de los dos familiares de la promotora, D.. Eloy y D. Gabino . Ninguna prueba existe de que sus iniciales enterramientos se practicara en los dos lugares señalados en su escrito por la promotora. Así se deriva de la información- testifical que se ha practicado a lo largo de todo el expediente y de la documental aportada tanto de parte como a solicitud del Juzgado. La propia solicitante en su declaración vino a manifestar que el conocimiento del lugar en el que sus familiares fueron inicialmente enterrados lo poseía por tradición oral, según manifestaciones efectuadas a ella misma por su padre, por su madre, y por otros vecinos y familiares. Sin embargo, no existe una mínima certeza de que ello sea así. Tampoco existe tal certeza respecto al dato de que el abuelo y el tío abuelo de la promotora fuesen trasladados al Valle de los Caídos, con ocasión de las inhumaciones practicadas en 1959, puesto que de la documental obrante en el expediente se desprende que los 81 restos mortales, procedentes de Calatayud, referidos por la solicitante, son todos ellos pertenecientes a individuos desconocidos. Finalmente, tampoco existe la acreditación del lugar en el que tales restos fueron depositados, a la vista de la documentación remitida por Patrimonio Nacional al Juzgado, de la que se deriva que, en relación con los 81 restos a que la promotora hace referencia, correspondiente a los columbarios NUM002 a NUM003 , todos ellos pertenecientes a personas desconocidas, no existen fichas ni puede certificarse la cripta u osario donde se encuentran. En el mismo escrito desde Patrimonio Nacional se concluye que "podrían deducirse que, sin identificar y procedentes de Calatayud, estos restos cuya numeración se corresponde del NUM000 al NUM001 , se situaron en dicha Cripta del Sepulcro, posiblemente y por el orden lógico de numeración en el piso 3º". A las anteriores incertidumbres se ha de unir la valoración que merezca el informe también aportado por la Administración denominado como "Viabilidad de identificación en el enterramiento del Valle de los Caídos", fechado el 15 de febrero de 2011 por un médico forense, y en el que se concluyen, entre otras cosas, las condiciones en las que se encontrarían los restos mortales depositados



en la mencionada Capilla del Sepulcro, en sus distintos niveles. Las dificultades reseñadas en el citado informe no han de suponer de por sí el rechazo a las pretensiones de la promotora, pero sí que deben ser tenidas en consideración, junto con el resto de elementos que concurren en el presente caso, en el que la insuficiencia de datos impide que pueda el Juzgado dictar Auto acordando las informaciones que se solicitan, de las que no existen los indicios racionales suficientes exigibles por la legislación vigente".

En fecha de 2 de febrero de 2016, se dictó diligencia de constancia por la que quedó pendiente del dictado de la presente resolución.

SEXTO.- En la presente causa se ha dado cumplimiento a los preceptos legales aplicables acorde al procedimiento.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De forma previa a resolver las cuestiones-suscitadas por la actora, es necesario valorar los principios que rigen el procedimiento de jurisdicción voluntaria y su adecuación al procedimiento de "perpetua memoria". Resulta aplicable la LEC de 1881, al ser la norma vigente cuando se incoó el procedimiento, conforme la disposición transitoria primera referente a los expedientes en tramitación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de julio.

El artículo 1811 de la LEC de 1831 establecía que- "Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas». La definición legal del 1811 se adhiere al criterio de la no contradicción o contenciosidad como elemento esencial de los actos de jurisdicción voluntaria, lo que supone situarse en la línea de la tradición histórica de nuestro Derecho que, con base en el texto de Marciano, recogido en el Digesto, pasó a las Partidas, y de ahí a las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881. El concepto de jurisdicción voluntaria contenido en el artículo 1811, ha dado lugar a un amplio debate científico, especialmente en torno de la ausencia de conflicto como criterio determinante de la jurisdicción voluntaria. La regulación legal del paso de un tipo a otro de jurisdicción se contiene en el artículo 1817, que establece que; "Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda". En consonancia, con la ausencia de contradicción se revela el carácter unilateral y no bilateral del proceso voluntario, teniendo derecho la persona de forma unilateral, a obtener la tutela judicial efectiva. Los procedimientos de jurisdicción voluntaria pueden ser de carácter meramente declarativo, ejecutivo o de obediencia al cumplimiento de deberes jurídico-públicos. Ahora bien, la mayor parte de los expedientes de jurisdicción voluntaria tienen carácter constitutivo personal, como en los casos de declaración de ausencia, depósito de efectos mercantiles, y entre ellos, las informaciones de perpetua memoria.

En jurisdicción voluntaria no hay pretensión frente a una persona concreta, pero sí que hay una especial tutela conferida por el Ordenamiento Jurídico, mediante la que se otorga tutela jurisdiccional tanto a derechos subjetivos como a situaciones o intereses individuales, especialmente en los supuestos en los que la intervención judicial tiene carácter constitutivo o preceptivo.

En materia del expediente de información para la perpetua memoria, *ad perpetuam rei memoriam*, se fija que la Ley no pone límite a los hechos objeto de información *ad perpetuam*, pudiendo ser cualquier información, con independencia de su naturaleza y circunstancias, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) que el objeto sea posible; b) que sea lícito; c) que esos hechos no se refieran a pleito pendiente; d) que no resulte perjuicio para persona cierta y determinada; e) que no exista otro procedimiento, distinto ordenado por la Ley para su demostración. El contenido de la prueba en las informaciones *ad perpetuam* en general son hechos acaecidos, no necesariamente percibidos por el deponente, sino también deducidos, más siempre que no encierren opiniones o juicios de valor propios o ajenos.

En relación al objeto posible, es de destacar el origen del procedimiento para la constatación de derecho nobiliario, siendo ampliado- el ámbito de actuación en la actualidad, conforme el art. 3 CC , y demás doctrina, destacando eso sí el sometimiento a lo dispuesto en el art. 1272 CC , es decir, que no afecte a cosas o servicios imposibles. Respecto de su licitud, es necesario que no afecte o infrinja a ninguno de los preceptos del ordenamiento jurídico. Además, que no exista pleito pendiente, es decir, que lo que se pretende reconocer en el presente expediente no debe ser objeto de un pleito contencioso cuyo objeto coincida o afecte a lo que se pretende declarar en la causa. Que no resulte perjudicado persona cierta y determinada, valorando en dicho sentido los propios principios que rigen en materia de jurisdicción voluntaria, pudiendo cualquier interesado oponerse a lo que solicite el actor. Y por último, que la ley no prevea un procedimiento específico para que se declare el derecho que se pretende, es decir, que no exista norma especial que regule un procedimiento



específico para el reconocimiento del derecho (en el presente caso el procedimiento tiene la finalidad de la aprobación y protocolización de la información de perpetua memoria, no existiendo otro procedimiento específico, siendo accesoria la medida solicitada de entrega de restos).

Además es un procedimiento a instancia del solicitante, que para su admisión requiere de la audiencia previa del M. Fiscal a efectos de manifestar la procedencia o improcedencia de admisión. En materia de prueba, se deben llevar a cabo las declaraciones de testigos, conforme a las reglas generales del ordenamiento, con las preguntas generales de la Ley y bajo juramento o promesa de decir verdad, con citación previa del Ministerio Fiscal, pudiéndose pedir al testigo las explicaciones que se estimen convenientes para el esclarecimiento de los hechos acerca de los cuales hubiera declarado. Tras la práctica testifical, se debe dar traslado al Ministerio Fiscal el cual emitirá dictamen en el que se manifieste si existe defecto en el procedimiento, de incapacidad del testigo o perjuicio a persona cierta y determinada. Tras dicho dictamen, es cuando se debe resolver por auto estimatorio o desestimatorio de la información presentada en el procedimiento.

Aparte de lo expuesto, es de destacar el art. 2009 LEC que establecía que "si antes de aprobarse la información, se presentare alguno oponiéndose a ella por seguirse perjuicio, el Juez dictará auto mandando sobreseer en las actuaciones de jurisdicción voluntaria, con reserva a las partes de su derecho, para que lo ejerciten en el juicio que corresponda". Conforme el artículo 1817 es facultad del juez valorar el perjuicio y causa del mismo a fin de que se determine si tiene o no interés en el asunto.

Una vez dictado el Auto aprobando la información presentada en el procedimiento, se genera por ello una serie de efectos: a) archivo del expediente; b) entrega de: testimonios de la información; c) efectos jurídicos-procesales (recurso de apelación); d) efectos jurídico-materiales (despliega todos sus efectos y produce las situaciones jurídicas que dimanen de la misma, mientras que no se transforme el estado jurídico subsistente en virtud de sentencia firme habida en juicio contradictorio); e) económicos. El archivo del expediente, implica la protocolización de dichas informaciones, adecuándolo a la norma actual, para su inscripción en el registro de carácter público aplicable, cuando afecte a hechos de reconocida importancia. Se podrá requerir a instancia del solicitante testimonio de la resolución judicial que se dicte, o a cualesquiera otro para impugnarla si le causare perjuicio. En materia económica, por los principios que rigen en jurisdicción voluntaria los gastos de protocolización o cualesquiera otros, serán por cuenta del solicitante.

SEGUNDO.- Tras un breve resumen de los principios y la forma de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria, y del procedimiento específico de la perpetua memoria, es de destacar que la petición de la actora no se limita a la aprobación y protocolización de información ad perpetuam memoriam, sino también la autorización para la recuperación de los restos mortales de D. Eloy y la de D. Gabino, inhumados, ambos en el Valle de los Caídos en Abril de 1959 procedente de Calatayud, y que se proceda a su vez, a emitir orden a los organismos competentes para la entrega de los restos humanos a su nieta y sobrina-nieta Dña. Teodora, así como su debida inscripción del traslado de cuerpos, de desaparecidos durante la Guerra Civil y la dictadura ante el Registro Civil. Por ello, es necesario estudiar de forma previa si por medio del presente procedimiento se puede acceder a la petición de la actora, o por el contrario excede del presente procedimiento de jurisdicción voluntaria.

El origen de la solicitud de la actora (por medio del procedimiento de perpetua memoria), surgió a raíz del Auto de fecha de 28 de marzo de 2012 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en el que se manifiesta en su razonamiento cuarto, que:

"excluida ya, en general la posibilidad de 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" (...) "que el ordenamiento vigente arbitra recursos legales a través de los que -por más que su suficiencia se discuta- pueden canalizarse 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...."

También la disciplina legal de la jurisdicción civil incluye disposiciones a las que los familiares de las víctimas podrían acogerse, con objeto de obtener la identificación de estas, regularizar su situación, y para darles digna sepultura. En efecto, pues -a título meramente indicativo, dado el carácter y el fin de esta resolución- lo cierto es que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 contiene previsiones sobre expedientes de jurisdicción voluntaria (en vigor, en virtud de la Disposición derogatoria única, 1.ª de la Ley 1/2000, hasta tanto sean sustituidas por la ley reguladora de la materia). Así, las de los arts. 1811 ss. las reguladoras de las informaciones para perpetua memoria (arts. 2002 ss.), practicables por el Juez de Primera Instancia con intervención del Fiscal, cuando se refieran "a hechos de reconocida importancia", para procurar su protocolización y registro (art. 2007); y las relativas a las declaraciones de ausencia y fallecimiento. Asimismo, en fin, la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil incluye una disposición adicional octava, ya en vigor, sobre inscripción de defunción



de desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura, cuando de las pruebas aportadas pueda inferirse razonablemente su fallecimiento; precepto que abre también un cauce a la actuación judicial"

Acorde a lo expuesto en dicha resolución, el Tribunal Supremo abre una vía en la jurisdicción civil, dirigida a que los familiares de las víctimas puedan acogerla, con la finalidad de obtener la identificación de las víctimas, regularizar su situación, y darles digna sepultura, lo que supone consecuentemente la entrega de los restos cadavéricos de sus familiares. El razonamiento, jurídico tercero de dicha resolución del Tribunal Supremo, se refiere a la normativa de derecho internacional en materia de derechos de las víctimas de violaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho internacional Humanitario. Se expone en el fundamento tercero del auto citado del Tribunal Supremo que:

""La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU propugna el establecimiento y reforzamiento, cuando fuera necesario, de "mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles". En el mismo sentido, con mayor precisión y detalle, la Resolución de 2000, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Y, sobre todo, la Resolución de 2006, aprobada por la Asamblea General de la ONU, relativa a Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitaria a interponer recursos y obtener reparaciones. En esta se proclama, como derecho de los afectados por tal clase de acciones criminales, entre otros, el de acceso a una reparación adecuada, que comprenda "la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad", así como "la búsqueda de [...] los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos, si fuera necesario, y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia, y comunidad". También el poder contar con "una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y les derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella". Huelga decir que esos derechos, según los mismos textos, tienen como contrapartida, el deber de los estados de procurar de manera efectiva su satisfacción.""

Por todo ello, es necesario valorar en el presente procedimiento (acorde a lo manifestado tanto por el Tribunal Supremo, como las resoluciones de la Organización de Naciones unidas (ONU)), si además de la aprobación y protocolización de las informaciones de perpetua memoria podría considerarse como derecho accesorio a dicha declaración, la entrega de los restos cadavéricos de los familiares de las víctimas, conforme lo solicitado por la parte actora, mediante el reconocimiento del derecho a la digna sepultura.

No se puede obviar la imposibilidad legal de poder acudir a la vía penal para garantizar el derecho de los familiares de las víctimas de la entrega de los restos cadavéricos, conforme a la legislación vigente. A su vez, se dispone de un procedimiento específico por medio 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", que remite a una autorización previa de la Administración del Proyecto presentado para la exhumación, conforme el Protocolo de actuación en exhumaciones de víctimas de la guerra civil y la dictadura aprobado al amparo del Art. 12 de la citada Ley por el Consejo de Ministros, La propia Ley 52/2007 establece en su disposición adicional segunda que "las previsiones contenidas en la presente Ley son compatibles con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España", permitiendo el acudir a otras vías para la reclamación de cuantos derechos puedan existir. Dicho procedimiento no afecta a la presente causa, a los efectos de la declaración o reconocimiento del derecho- a la digna sepultura, y los efectos que dicho reconocimiento puede conllevar.

A mayor abundamiento, dado traslado de la causa al Ministerio Fiscal para que valorase si en el presente procedimiento tiene cabida, además de la aprobación de la información de perpetua memoria, la entrega de restos cadavéricos (a la vista del tipo de procedimiento, la posición mantenida por el Tribunal Supremo en el auto ya expuesto, y de conformidad con los Tratados y Declaraciones de derechos humanos, fundamentales, y la dignidad de los seres humanos, de índole nacional o internacional, derechos y principios aplicables en nuestro ordenamiento jurídico), no manifestó el Ministerio Público oposición expresa a que el procedimiento pueda permitir el reconocimiento del derecho, exponiendo únicamente que la prueba presentada por la actora era insuficiente, careciendo de certeza los hechos que pretendía que se reconociesen. A sensu contrario, no se entendió por el Ministerio Público que el procedimiento no pueda reconocer los derechos reclamados,

El derecho a recibir sepultura digna está indisolublemente unido a la dignidad propia de todo ser humano (art. 10 de la Constitución Española). Asimismo, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad religiosa, que comprende el derecho de la persona a ser inhumada conforme a los ritos y prácticas de la religión que profesa, tal como expresamente se establece en el artículo 2.1.b) de la vigente Ley Orgánica



7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa , La relevancia jurídica del derecho a reconocer, se debe a la vinculación del derecho a la digna sepultura, con el respeto a la dignidad e identidad de la persona. Sin un adecuado tratamiento jurídico de la muerte de acuerdo con las creencias religiosas de la persona fallecida o de sus familiares (incluso el respeto a que la sepultura se realice sin sujeción a ningún rito religioso), no sólo se vulnera el derecho de libertad religiosa, sino que se afecta de manera directa a la propia identidad personal. Emanada de la propia Constitución el derecho de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes, destacando entre ellos, el derecho a la digna sepultura de toda persona, solo por el mero hecho de serlo, y con independencia de la forma en la que la misma falleció. Una vez que se reconoce el derecho a la aprobación y protocolización de la información de perpetua memoria, se entiende intrínseco al contenido del reconocimiento, el derecho a poder dar digna sepultura a la persona, en el caso de que la información de perpetua memoria aprobada, afecte a restos cadavéricos a los que no se les ha podido dar digna sepultura.

El derecho a la entrega de los restos deviene del derecho a digna sepultura. La digna sepultura tras la muerte de la persona (con independencia de la forma en la que se ha producido), es un derecho personal e inviolable a todo ser humano (conforma parte de los derechos humanos a los que el ordenamiento jurídico español se somete). Teniendo en cuenta lo contenido en el Auto de 28 de marzo de 2012 de la Sala 2ª del Alto Tribunal, las declaraciones de derechos humanos aplicables, y la inexistencia, de prohibición en la norma, además del reconocimiento de los derechos a la dignidad de la persona y la digna sepultura, se entiende que el reconocimiento, aprobación y protocolización de la información de perpetua memoria, conlleva entre otros, el derecho a la digna sepultura del familiar afectado. Como consecuencia del reconocimiento del derecho a la digna sepultura, es procedente adoptar las medidas que permitan la entrega de los restos cadavéricos.

En conclusión, una vez que se reconoce el derecho a la aprobación y protocolización de la información ad perpetuam memoriam, se genera de forma automática el derecho a poder disponer de los restos de la persona afectada para la digna sepultura de ésta, en el caso de que de la propia información aprobada se extraiga que no ha sido posible dar dicha digna sepultura por la forma en la que se produjeron los hechos que son objeto de aprobación.

TERCERO.- Una vez determinado el alcance y los principios que rigen el presente expediente, es necesario proceder a la valoración probatoria, exponiendo en dicho sentido; que el contenido de la prueba en las informaciones "ad perpetuam", en general referente a los hechos acaecidos, no requiere necesariamente que haya sido percibido por el deponente, sino también deducido, más siempre que no encierre opinión o juicio de valor propio o ajenos.

De forma previa es necesario delimitar que la prueba debe versar en primer lugar sobre la información de perpetua memoria que se pretende aprobar y protocolizar y en segundo, lugar, respecto de lo referente a que los restos cadavéricos de los afectados se encuentren en el cementerio del Valle de los Caídos, en relación con la medida de entrega de restos tras el reconocimiento del derecho a la digna sepultura. Para el entendimiento de las declaraciones, se informa que el término columbario es empleado en la documentación originaria, del Valle de los Caídos, concretamente en los libros registro, para hacer expresa mención de la caja de madera donde se depositaron los restos en el cementerio de origen, en la exhumación previa a su traslado al Valle de los Caídos.

Por un lado Dña. Teodora expuso en su declaración que su abuelo y tío-abuelo, eran veterinario y herrero respectivamente. Que fueron detenidos y llevados a Calatayud y allí desaparecieron, siendo asesinados. En 1959 sus restos fueron trasladados al Valle de los Caídos, en total se llevaron 9 cajas, y considera que sus parientes se encontraban entre los restos mencionados, porque los lugares donde debían encontrarse los restos de los mismos se encuentran vacíos. Concretamente piensa que los lugares donde fueron enterrados tras el fusilamiento, fueron las tapias del cementerio de Calatayud, y el Barranco de las Bartolinas, encontrándose dichos lugares sin restos. Concretamente su abuelo fue asesinado en julio de 1936, mientras su tío-abuelo huyó al monte y una vez se entregó, fue asesinado. Que los hechos le han sido relatados por su padre, además, de conocerse por los vecinos del pueblo. Que su padre, actualmente tiene 91 años, no encontrándose en situación de prestar declaración, delegando, en ella para que cuente lo que él le contó. Que desde pequeña, tanto por su padre como por su madre, le ha sido relatada la historia de lo que ocurrió con sus familiares. Que las partidas de defunción, las pidieron a raíz de la Ley de Memoria Histórica". Que la descripción del lugar en donde se encuentran los restos de sus familiares hará menos de cinco años que la conoce. Que sabe que hubo una circular en 1958 del Ministerio ordenando el traslado al Valle de los restos, y de eso se enteró mucho después; hace unos 5 años. Que tiene interés en recuperar sus restos para enterrarlos. Que no hay certificación de que los restos se encuentren en alguno de los enterramientos masivos mencionados. Que sus pesquisas comenzaron por la vía penal en el año 2012 y, una vez agotada la vía penal se ha presentado el presente expediente.

Por otro lado, D. Rafael , marido de Dña. Teodora , declaró comparecer en calidad de Presidente de la Asociación para la Recuperación e Investigación contra el Olvido, que tiene conocimiento de los hechos en



base a la documentación aportada, de la que se desprende que se llevaron cajas de Calatayud al Valle de los Caídos, en tanto que cuando se llevó a cabo la búsqueda de los restos en el Barranco de la Bartolina y en las Tapias del cementerio, no había resto cadavérico alguno, considerando que los mismos fueron trasladados al Valle de los Caldos. Que consta en el Registro del Valle de los Caídos la entrada de las cajas con origen Calatayud. Que existen testigos de las excavaciones, que se hizo seguimiento fotográfico de las excavaciones no habiendo más restos (acreditado, mediante documentación aportada). Que existen más sitios donde se enterró a gente en Calatayud, pero que no les consta que estén los restos que se reclaman allí. Que el hecho de que consideren que los restos de sus familiares fueron depositados allí, fue por transmisión oral del padre, de Dña. Teodora , hijo de Eloy , en tanto: que no dejaban por escrito el lugar donde se encontraban los restos de sus familiares cuando los mataban. Que fue testigo directo de cómo le contaba el padre de Teodora a ésta, que sus familiares habían sido ejecutados y que se encontraban enterrados en los dos lugares antes mencionados. Que no se sabe si fueron enterrados de forma individual o en común. Pero que saben que los enterraban de dos en dos o de tres en tres, Los columbarios contienen entre 6 y 8 cuerpos. Que la búsqueda en el Barranco y en el cementerio se realizó en 2010 o 2011, que no lo recuerda exactamente.

La documentación aportada por el declarante refleja las búsquedas en el Barranco de la Bartolina en zona donde existían anomalías asociables a la existencia de fosas, por medio de georadar, dando como resultado la inexistencia de restos. No consta que en la tapia del cementerio se llevasen á cabo pruebas que indiquen la inexistencia de restos.

El Ministerio Fiscal en su informe consideró que de las declaraciones no se ha podido aseverar el lugar inicial en el que se depositaron los restos mortales de los familiares de Dña. Teodora , ya que no existe prueba de que sus iniciales enterramientos se practicasen en los dos lugares señalados en su escrito por la promotora. Expuso que de las declaraciones se extrae que el conocimiento del lugar en el que sus familiares fueron inicialmente enterrados lo poseían por tradición oral, según manifestaciones efectuadas a ella misma por su padre, por su madre, y por otros vecinos y familiares. Sin embargo, a su juicio, no existe una mínima certeza de que ello sea así. Tampoco existe tal certeza respecto al dato de que el abuelo y el tío abuelo de la promotora fuesen trasladados al Valle de los Caídos, con ocasión de las inhumaciones practicadas en 1959, puesto que de la documental obrante en el expediente se desprende que los 81 restos mortales, procedentes de Calatayud, referidos por la solicitante son todos ellos pertenecientes a individuos desconocidos. Finalmente, tampoco existe la acreditación del lugar en el que tales restos fueron depositados, a la vista de la documentación, remitida por Patrimonio Nacional al Juzgado, de la que se deriva que, en relación con los 81 restos a que la promotora hace referencia, correspondiente a los columbarios NUM002 a NUM003 , todos ellos pertenecientes a personas desconocidas, no existen fichas ni puede certificarse la cripta u osario donde se encuentran. En el mismo, escrito desde Patrimonio Nacional se concluye que "podrían deducirse que sin identificar y procedentes de Calatayud, estos restos cuya numeración se corresponde del NUM000 al NUM001 , se situaron en dicha Cripta del Sepulcro, posiblemente y por el orden lógico de numeración en el piso 3º". A las anteriores incertidumbres se ha de unir la valoración que merece el informe también aportado por la Administración denominado como "Viabilidad de identificación en el enterramiento del Valle de los Caídos", fechado el 15 de febrero de 2011 por un médico forense, y en el que se concluyen, entre otras cosas, las condiciones en las que se encontrarían los restos mortales depositados en la mencionada Capilla del Sepulcro, en sus distintos niveles.

No obstante, considero que respecto de la información de perpetua memoria que se pretende aprobar y protocolizar, existen indicios suficientes para entender procedente su aprobación. No se puede pretender que exista una certeza plena de los hechos, teniendo en cuenta como se produjeron, sin publicidad ni documentación de ello, considerando que la tradición oral es la forma que tenían las familias para saber una vez que se fusilaba o finalizaba con la vida de la persona, por medio de las manifestaciones en el pueblo, vecinos, sin que exista un documento oficial que lo determinase. Además no consta sentencia de condena conforme la legislación vigente en el momento de los hechos que acordase la pena de muerte de los familiares de la actora, que determinase la forma de realización u otro documento al efecto. A la hora de valorar la prueba, tiene que tenerse en cuenta la época en la que se produjeron los hechos, y la situación histórica de la misma, lo que dificulta el poder determinar fehacientemente y con certeza plena la forma en la que ocurrieron los hechos, y en caso de que se requiriese, certeza plena de ellos, generaría una situación imposible de prueba, la conocida como "probatio diabolica". El procedimiento de perpetua memoria solo requiere a efectos de la prueba, que las declaraciones no sean opiniones o juicio de valor de los declarantes o de terceros, y en el presente caso, las manifestaciones de los declarantes surgen de las manifestaciones de la gente- de la época que informaron a los propios familiares, entre ellos, el padre de la actora, hecho que ratificó el marido de la actora, al manifestar que escuchó de primera mano al padre de la misma hacer referencia al hecho de que fusilaron tanto a Eloy como Gabino , en las zonas del Barranco de la Bartolina y de la tapia del cementerio (concretamente la actora expuso que desde pequeña, tanto por su padre como por su madre le han sido relatados los hechos). Por ello,



se infiere que existen indicios racionales para entender que los hechos han acaecido, y por ello es procedente aprobar y protocolizar la información de perpetua memoria de acuerdo al razonamiento quinto.

En relación a la prueba respecto de la solicitud. de entrega de restos depositados en el cementerio del Valle de los Caídos, se entiende que hay que tener en cuenta en el mismo sentido de lo anterior que se produce una situación de difícil prueba. Eso sí, tras inferir de la prueba ya valorada que Eloy y Gabino fallecieron en el Barranco de la Bartolina y en la tapia del cementerio de Calatayud, conforme la tradición oral expuesta, se debe valorar las actuaciones arqueológicas realizadas por la parte en el lugar expuesto, con la finalidad de la búsqueda de los restos cadavéricos de sus familiares. De dichas excavaciones arqueológicas, se ha determinado que en el Barranco de la Bartolina, no existen restos cadavéricos (conforme documentación aportada). Por ello, se mantiene por los declarantes que el motivo o causa de la inexistencia de los restos en el Barranco de la Bartolina, deriva de los traslados que fueron realizados a raíz de la orden cursada desde el Ministerio de Gobernación (en base a una circular de mayo de 1958 a los gobernadores civiles), de la cual se extrae que los días 3 y 4 de abril de 1959 se procedió al traslado de restos cadavéricos desde Calatayud al cementerio del Valle de los Caídos, sin que se les pidiera autorización a la familia de la solicitante (constan dichas fechas referidas como en las que se produjo la entrada de 81 restos cadavéricos originarios de Calatayud, sin que conste su identificación). La versión expuesta por los declarantes es verosímil, teniendo en cuenta las dificultades probatorias ya expuestas. Sin embargo, los indicios hacen entrever que los restos cadavéricos de los familiares de la solicitante se encuentran entre los restos cadavéricos que se trasladaron desde Calatayud hasta el Valle de los Caídos por disposición normativa de las autoridades, de la época, de forma ilegítima, y ello porque la fosa común de Calatayud donde se produjo el fusilamiento y entierro de D. Eloy no disponen de resto cadavérico alguno, y el motivo de dicha inexistencia fue el traslado masivo de restos cadavéricos no identificados de numerosas fosas comunes de los territorios de España.

Conforme la valoración expuesta, los indicios determinan que los restos cadavéricos de los familiares de la solicitante se encuentran depositados en el cementerio del Valle de los Caídos, al menos el de D. Eloy , sin que se les haya procurado búsqueda, identificación y digna sepultura. Entiendo que la forma de constatar que los restos cadavéricos de Eloy y Gabino se encuentran en dicho cementerio del Valle de los Caídos, es por medio de la prueba de ADN, lo cual procede por cuanto es la única forma de poder acreditarlo. Con dicha prueba se garantiza la tutela judicial efectiva del derecho a la digna sepultura de los familiares de la solicitante, sin que, en último término, se produzca entrega de restos no coincidentes con los parientes de la misma en último término.

Ahora bien, no se puede obviar la situación específica del propio cementerio del Valle de los Caídos, en relación a la ubicación de los restos y el estado de éstos. De forma previa, es de manifestar que consta en la documentación, que cuando se produjeron los traslados masivos de restos al cementerio, se anotaron de forma manual en un libro registro con tres tomos, y con un total de 33.847 asientos. Se procedía en la inscripción a poner el número ordinal consecutivo de las recepciones, el nombre y apellidos, salvo a los no identificados que aparecían como desconocidos, los datos de procedencia y relación (refiriéndose a documento o relación de entrega de- la filiación), fecha de fallecimiento, causa y-, fecha de inhumación, además de la fecha de ingreso y el columbario. Se hicieron fichas mecanografiadas con los datos del número de registro, columbario, cripta, y demás datos.. En relación a los restos cadavéricos procedentes de Calatayud, Patrimonio Nacional expuso que en fecha de 8 de abril de 1959 recibieron conforme está recogido en el tomo nº 1 del Libro Registro de Enterramientos, con número de orden 0466, el ingreso de 81 restos en 9 cajas (columbarios), todos ellos como desconocidos. La numeración de los columbarios, es del nº NUM002 al NUM003 , cada uno de ellos con 9 restos. Se expuso que no existían fichas de estas inhumaciones, por lo que no se pudo certificar la cripta u osario donde se encuentran. No obstante y siguiendo el orden de enterramiento que comenzó en la Capilla del Sepulcro que contiene 18.301 restos, podría deducirse que, sin identificar y procedentes de Calatayud, estos restos cuya numeración se corresponde del NUM000 al NUM001 , se situaron en dicha Cripta del Sepulcro, posiblemente y por el orden lógico de numeración-en el piso 3º. Consta en relación a los restos procedentes de Calatayud, manuscrito en el libro registro, la relación 368, y los columbarios nº NUM002 a NUM003 , con numero de orden NUM000 a NUM001 , con fecha de ingreso' en el Valle de los Caídos el día 8 de abril de 1959. El documento presentado por la parte, doc. 9, expone que cruzados los datos de varios registros adicionales con el registro de inhumaciones, D. Victorio , Jefe de Negociado de Patrimonio Nacional adscrito al Valle, de los Caldos,-asegura que los columbarios NUM002 a NUM003 se encuentran en la cripta derecha, planta 3ª de la Nave de- la Basílica. En el mismo sentido, consta ubicación en la planta tercera de la Cripta del Sepulcro, respecto del resto de columbarios de la Provincia de Zaragoza que llegaron en fecha de 8 de abril de 1959 (incluso de personas identificadas, consta dicha ubicación). Por todo ello, se concluye que los restos se encuentran en el piso tercero de la cripta derecha de la basílica, coincidiendo con la Cripta del Sepulcro.



Por parte de Patrimonio Nacional, se presentó un informe "de Viabilidad del Valle de los Caídos" llevado a cabo en 2011, cuyo origen desconoce este juzgador y la legalidad de éste (bajo amparo de que norma o autorización se realizó). Aún así, dispone el informe que "en el año 1990 se produjo un movimiento de restos desde el piso primero de la cripta del Santísimo a los pisos de la cripta del Pilar", pero no manifiesta que afectase a la Cripta del Sepulcro, donde se encuentran los restos originarios de Calatayud, no identificados. En relación a la Cripta del Sepulcro, consta que los pisos o niveles 3º a 5º (siendo el piso 3º donde se encuentran los restos de origen desconocido procedentes de Calatayud), cuya entrada se realiza por el descansillo superior, son de imposible acceso, al presentar una obstrucción por columbarios dispuestos a modo de muro.- Del mismo no se extrae que dichos columbarios que impiden el acceso no puedan ser objeto de traslado, de la misma forma que ya lo han sido otros restos dentro del cementerio.

Por todo lo expuesto, en relación a los restos cadavéricos de D. Eloy , existe alta probabilidad de que se encuentren en el cementerio del Valle de los Caídos, teniendo en cuenta que se ha acreditado que no constan restos cadavéricos en el Barranco de la Bartolina, fosa común donde fue enterrado, y además, que en 1959 se llevaron a cabo traslados de restos cadavéricos de fosas comunes de toda España al referido cementerio por orden ministerial dirigida a los Gobernadores Civiles, En relación a los restos de D. Gabino , no se ha presentado prueba que acredite que no hay restos cadavéricos en la fosa común de la tapia del cementerio de Calatayud donde fue enterrado, sin embargo, en tanto que se ha determinado que existe una alta probabilidad de que si que se encuentren los restos de D. Eloy en el cementerio del Valle de los Caídos, Una vez se lleven a cabo las pruebas de ADN de los restos contenidos en los columbarios con número comprendido entre el NUM002 y NUM003 para la identificación de D. Eloy , se podrá determinar si los restos de D. Gabino también se encuentran o no en el cementerio del Valle de los Caídos, y con su resultado, se llevará a cabo la entrega de los restos de los familiares que resulten identificados.

En conclusión, se estima el derecho que ostenta Dña. Teodora a la aprobación y protocolización del expediente de perpetua memoria de D. Eloy y de D. Gabino , y con reconocimiento del derecho a dar digna sepultura a los mismos, a cuyo efecto se deberán entregar los restos cadavéricos de dichos familiares una vez la prueba de ADN confirme la relación familiar, conforme a lo previsto en el razonamiento jurídico siguiente.

CUARTO.- La situación específica del estado de los restos cadavéricos en el cementerio del Valle de los Caídos deber ser tenida en cuenta, ya que las medidas que se adopten, tendrán que valorar la posibilidad de acceso a la planta tercera, en caso de que sea posible, el traslado de restos garantizándose su integridad, respeto y memoria; la identificación de, los columbarios afectados, y la posibilidad de práctica de - la prueba de ADN. Solo se procederá a la entrega de restos cadavéricos una vez identificados por medio de la prueba de los indicadores del ADN.

El derecho reconocido no es ilimitado, ya que la situación en la que parece encontrarse el cementerio del Valle de los Caídos, determina que las medidas que deben ser adoptadas sean proporcionales, sin perjuicio de respetar el derecho reconocido a la digna sepultura de los familiares de la solicitante, de forma que se permita realizar todas las acciones necesarias para la entrega de restos, adecuadas a la referida proporcionalidad. Además en todo momento debe garantizarse la integridad de los restos cadavéricos tanto en las pruebas, traslados, etc., el respeto a la memoria de los difuntos del propio cementerio, el respeto a la consideración debida a la Basílica donde se encuentran ' depositados, aplicándose de forma analógica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre en las medidas a adoptar para garantizar todos los derechos afectados, al igual que la normativa de Policía y Sanidad Mortuoria, y demás disposiciones legales aplicables de ámbito local, autonómico, estatal y europeo.

QUINTO.- Acorde a los principios que rigen la jurisdicción voluntaria, las medidas que deban ser adoptadas, tanto para la protocolización, como para, que se proceda a dar digna sepultura de D. Eloy y de D. Gabino , deberán ser satisfechas por la solicitante.

El auto de fecha de 28 de marzo de 2012 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, manifestó que "la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad", así como "la búsqueda de [...] los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos, si fuera necesario, y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad", al igual que poder contar con "una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella", son derechos que tienen como contrapartida, el deber de los estados de procurar de manera efectiva su satisfacción». Ahora bien, la jurisdicción voluntaria no permite que se pueda acordar que un tercero sea el que haga frente al coste de las medidas o derechos, reconocidos.

SEXTO.-* Por ello, procede aprobar la siguiente información para su protocolización:



1.- D. Eloy , fundador de la CNT de Calatayud, desaparecido en fecha de 27 de julio de 1936 y con acta de defunción en fecha de 14 de agosto de 1936, fue fusilado por las autoridades en el barranco de La Bartolina, enterrado en fosa común, sin que conste juicio con condena a pena de muerte conforme legislación vigente en el momento de los hechos, con carácter legítimo.

2.- D. Gabino , tras ocultarse de las autoridades, se entregó en octubre de 1936, y fue fusilado por las mismas el día 20 de octubre de 1936 en la tapia del Cementerio Municipal de Calatayud, enterrándose los restos en fosa común, sin que conste juicio con condena a pena de muerte conforme legislación vigente en el momento de los hechos, con carácter legítimo.

Procede a solicitud de la actora, emitir los testimonios oportunos de la información aprobada, a los efectos de la inscripción en el registro de carácter público aplicable, y dar cumplimiento al reconocimiento del derecho a la digna sepultura.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO: ESTIMAR el presente expediente de información ad perpetuam memoriam y con ello proceder a la aprobación y protocolización de la información, reconociendo que:

1.- D. Eloy , fundador de la CNT de Calatayud, desaparecido en fecha de 27 de julio de 1936 y con acta de defunción en fecha de 14 de agosto de 1936, fue fusilado por las autoridades en el barranco de La Bartolina, enterrado en fosa común, sin que conste juicio con condena a pena de muerte conforme legislación vigente en el momento de los hechos, con carácter legítimo.

2.- D. Gabino , tras ocultarse, de las autoridades, se entregó en octubre de 1936, y fue fusilado por las mismas el día 20 de octubre de 1936 en la tapia del Cementerio Municipal de Calatayud, enterrándose los restos en fosa común, sin que conste juicio con condena a pena de muerte conforme legislación vigente en el momento de los hechos, con carácter legítimo.

Procede a solicitud de la actora, emitir los testimonios oportunos a los efectos de la inscripción en el registro de carácter público aplicable, y de dar cumplimiento al reconocimiento del derecho a la digna sepultura.

Se reconoce el derecho a la digna sepultura de D. Eloy y de D. Gabino . Una vez que se ha determinado que existe una alta probabilidad de que los restos cadavéricos de D. Eloy se encuentren en el cementerio del Valle de los Caídos, procede la realización de las actuaciones pertinentes en el citado cementerio, conforme lo manifestado en el razonamiento cuarto de la presente resolución, a los efectos de se termine llevando a cabo la entrega de los restos cadavéricos de los hermanos Gabino Eloy a su familiar Dña. Teodora tras la identificación positiva de los mismos, con el fin de darles digna sepultura.

Notifíquese a las partes y al M. Fiscal, y hágasele saber, que frente a la presente resolución, cabe la interposición de recurso de apelación en el plazo de veinte días desde la notificación de la misma, ante este mismo Juzgado, para su remisión posterior a la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Así lo pronuncio, mando y firmo, D. JOSÉ MANUEL DELGADO SEOANE, Juez de Apoyo al JAT adscrito por el Tribunal. Superior de Justicia de Madrid al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Lorenzo de El Escorial, y su partido. Doy fe.