EDJ 2008/275805

Audiencia Nacional Sala de lo Penal, sec. 1ª, A 2-12-2008, rec. 34/2008
Pte: Gómez Bermúdez, Salvador Francisco

Resumen

La Audiencia Nacional acuerda declarar la falta de competencia judicial objetiva del Juzgado Central de Instrucción para la investigación de los hechos y presuntos delitos contra los altos organismos de la Nación, porque la responsabilidad criminal de las personas presuntamente responsables era inexigible a la fecha de incoación de las diligencias por estar todas premuertas, de modo que no hubo causa penal contra ellas en momento alguno. Emite voto particular D. Javier Martínez Lázaro en el sentido de indicar que los delitos investigados sí revistieron la apariencia de crímenes contra la humanidad, con independencia de que dicha calificación no permita establecer consecuencias jurídicas por el fallecimiento de sus posibles autores. También emiten voto particular los Magistrados D. José Ricardo de Prada Solaesa, Dª. Clara Bayarri García y D. Ramón Sáez Valcárcel, al indicar que el cauce elegido por el Fiscal para provocar el cierre de la investigación limitaba de manera radical el objeto de conocimiento y de decisión de la Sala, que sólo podía pronunciarse sobre la competencia objetiva por razón de la materia. En concreto, no podía ventilarse en esta sede lo relacionado con la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción de los delitos o por aplicación de la amnistía, o, al tratar de la competencia objetiva acerca de la inexigibilidad de la responsabilidad por muerte de los imputados. Todo ello desborda la cuestión abreviada de competencia. Por lo demás, resulta precipitado afirmar que los imputados estarían todos muertos, porque eso dependerá de la información que se pueda recopilar en la propia investigación.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 6/1985 de 1 julio de 1985. Poder Judicial
art.11.2 , art.51 , art.65.5 , art.88 , art.238.1 , art.240
RDLeg. de 14 septiembre de 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
art.17 , art.20 , art.22 , art.23

ANTECEDENTES DE HECHO FUNDAMENTOS DE DERECHO FALLO

Índice

- ANTECEDENTES DE HECHO 2
- FUNDAMENTOS DE DERECHO 2
- FALLO 5
- VOTO PARTICULAR 5

Documentos relacionados

- Legislación

Aplica art. 11.2, art. 51, art. 65.5, art. 88, art. 238.1 y art. 240 de LO 6/1985 de 1 julio de 1985. Poder Judicial
Aplica art. 17, art. 20, art. 22 y art. 23 de RDLeg. de 14 septiembre de 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
Cita Ley 52/2007 de 26 diciembre de 2007. Reconoce y amplía derechos y establece medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura
Cita LO 15/2003 de 25 noviembre de 2003. Modificación de LO 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal
Cita LO 10/1995 de 23 noviembre de 1995. Código Penal
Cita LO 4/1988 de 25 mayo de 1988. Reforma Ley de Enjuiciamiento Criminal, Bandas Armadas y Terrorismo
Cita LO 6/1985 de 1 julio de 1985. Poder Judicial
Cita art. 10.2 y art. 24.1 de CE de 27 diciembre de 1978. Constitución Española
Cita Ley 46/1977 de 15 octubre 1977. Amnistía
Cita RDL 1/1977 de 4 enero de 1977. Audiencia Nacional
Cita D 3096/1973 de 14 septiembre de 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971
Cita art. 19.25, art. 19.26, art. 216 y art. 304 de RDLeg. de 14 septiembre de 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

- Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 20 octubre de 2008 (J2008/196685)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 14 febrero de 2008 (J2008/20519)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 25 febrero de 2008 (J2008/9696)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 noviembre de 2007 (J2007/206070)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 22 octubre de 2007 (J2007/194106)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 5 marzo de 2004 (J2004/12846)

Cita en el mismo sentido STEDH de 4 mayo de 2001 (J2001/3876)
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 30 marzo de 2000 (J2000/3822)
Cita en el mismo sentido STEDH de 27 septiembre de 1995 (J1995/11125)

En Madrid a 2 de diciembre de 2008.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En escrito presentado el 21 de octubre de 2008 el Ministerio Fiscal promovió ante esta Sala de lo Penal el incidente previsto en el artículo 23 de la LECR EDL 1882/1 respecto de la competencia asumida por el Juzgado Central de Instrucción número 5 en auto de 16 de octubre de 2008 en el sumario reseñado en el encabezamiento.

SEGUNDO.- Por acuerdo de la presidencia de 21 de octubre de 2008, se reclamó informe al instructor, que debía evacuar en el plazo de tres días, pudiendo acompañar cuantos documentos y testimonios estimare oportunos, y se le convocaba a formar sala a la totalidad de los magistrados que la componen para el día 30 de octubre.

Por providencia del día 22 de octubre se ratificaba el anterior acuerdo a salvo del plazo para emitir el informe, que se amplió hasta los cinco días.

El día 23 el magistrado-juez del juzgado central interesó de la sala la suspensión del plazo por tenerse que someter a una intervención quirúrgica.

El pleno, tras la oportuna deliberación, acordó suspender el plazo para emitir el informe hasta que el magistrado instante se reincorporara al servicio activo tras la baja médica y dar traslado a todas las partes personadas al tiempo del planteamiento de la cuestión de competencia de esta para que emitieran informe en el plazo de cinco días.

TERCERO.- Evacuado el trámite por la partes con el resultado que obra en el expediente e incorporado al servicio el magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción número cinco, éste presentó escrito el día al que acompañaba como anexos el auto de 16 de octubre de 2008 y otro dictado el 18 de noviembre del mismo año en el que, entre otros pronunciamientos, acordaba:

"1.- Declarar extinguida la responsabilidad penal por fallecimiento respecto de tos delitos contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno, así como respecto del delito de detención ilegal con desaparición forzada de personas, en el contexto de crímenes contra la humanidad" de determinadas personas fallecidas antes del inicio de la causa.

"2.- Acordar la inhibición de esta causa, con todas sus piezas, en la forma expuesta en esta resolución, a favor de los Juzgados de Instrucción de las localidades a las que pertenezcan los lugares en los que estén ubicadas las fosas identificadas (...)".

"3.- Acordar la inhibición de esta causa con todas su piezas, a favor de los Juzgados que se identifiquen, en el futuro, por las partes, respecto de los hechos que les correspondan territorialmente" (Literal del original en cursiva) Es ponente el presidente de la sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

0. Esta resolución no afecta al legítimo derecho de las víctimas de la guerra civil -todas- y la dictadura del general Armando de recuperar los restos de sus seres queridos, dignificarlos y honrar su memoria, reconocidos en la legislación vigente, entre otras en la llamada ley para la recuperación de la memoria histórica, Ley 52/2007, de 26 de diciembre EDL 2007/222335 .

Su alcance se circunscribe a la determinación de si el Juzgado Central de Instrucción número cinco tiene competencia para investigar criminalmente los hechos y presuntos delitos a los que se refiere el instructor en su auto de 16 de octubre de 2008 y, en caso negativo, a las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, sin prejuzgar el carácter delictivo o no de los hechos denunciados ni, menos aun, fijar la competencia de órgano alguno, lo que excede de las facultades de este Tribunal cuando no se trata de órganos judiciales de la Audiencia Nacional.

Que el propio instructor haya participado a la Sala el dictado de otro auto el día 18 de noviembre -que une testimoniado a su informe- en el que se declara parcialmente incompetente inhibiéndose a favor de determinados juzgados, no vacía de contenido la cuestión promovida por el Ministerio Fiscal.

Dicho auto supone, en recta interpretación, la afirmación por el juez de su competencia para conocer de lo que califica jurídicamente como "delitos contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno...(y) delito de detención ilegal con desaparición forzada de personas, en el contexto de crímenes contra la humanidad", pues sólo quien afirma ser competente puede declarar extinguida la responsabilidad criminal por fallecimiento de las personas que, según los razonamientos del auto, eran presuntos responsables de los delitos que, según el instructor, determinaban su competencia.

Por el contrario, al ser las normas de competencia de derecho necesario, la Sala no está constreñida por el escrito del Ministerio Fiscal y los informes del juez y las partes, pudiendo resolver cuantas cuestiones relacionadas con la competencia se planteen. Pero sólo las relativas a la competencia, por lo que quedan excluidas de esta resolución las materias relativas a la prescripción, a la ley de amnistía

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.

o el examen de si los hechos sobre los que se pretende investigar están indiciariamente acreditados, de estarlo si son o no presuntamente constitutivos de delito y si hay o no personas presuntamente responsables de ellos.

Todas esas cuestiones son propias de los recursos ordinarios establecidos por la ley, pero no de la cuestión de competencia que ahora se resuelve.

1. El artículo 23 de la LECR EDL 1882/1 recoge un procedimiento sumarísimo para el examen por el superior del juzgado instructor de la competencia objetiva y funcional.

El procedimiento es singular y extraordinario, pues sólo exige que el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes, en cualquier fase de la instrucción o del procedimiento penal, reclame del superior la revisión de la competencia objetiva o funcional del inferior, habilitando al tribunal para resolver de plano y sin ulterior recurso "previo los informes que estime necesarios".

El carácter especial y sumario del incidente se justifica por ventilarse a través de él una cuestión de orden público procesal de tal importancia que lo hecho por juez incompetente es nulo de pleno derecho pues, conforme al artículo 238.1 LOPJ EDL 1985/8754 , lo son los actos procesales realizados por o ante tribunal con falta de competencia objetiva o funcional, sin necesidad de que se haya producido indefensión de parte alguna, requisito que si se exige en el supuesto del número 3 del artículo citado.

Es decir, es tan grave la consecuencia de la actuación incompetente que el legislador ha arbitrado un remedio -que no recurso- rápido y expeditivo.

Tampoco es preciso el previo uso de los recursos contra la resolución por la que el juzgado asume la competencia para conocer del asunto.

La ausencia o la interposición de recurso contra las decisiones del instructor no impide acudir al tribunal denunciando su incompetencia por la vía del artículo 23 LECR EDL 1882/1 . Pues no tendría sentido que la ley exija que se agoten los recursos ordinarios -reforma y apelación- con la dilación en el tiempo de la resolución sobre competencia y, a la vez, arbitre un mecanismo sumario como el incidente del que tratamos precisamente por las importantes razones antes expuestas, tratarse de una cuestión de orden público procesal y nulidad radical de los actos procesales realizados por juez incompetente.

Es más, el objeto y alcance de la cuestión de competencia y de los recursos no es el mismo, siendo más amplio el de estos que la de aquella, como se ha expuesto en la última parte del razonamiento 0.

2. El órgano llamado a resolver la cuestión es el "tribunal superior a quien corresponda" (sic, artículo 23 LECR EDL 1882/1).

Cuando lo que se plantea es la incompetencia de un solo juzgado el Tribunal superior es el superior funcional que respecto de los juzgados centrales de instrucción, de lo penal, de menores y de vigilancia penitenciaria es la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (artículo 65.5 LOPJ EDL 1985/8754 y disposición adicional quinta de la citada ley).

Así lo entendió el Tribunal Supremo en auto de 3 de junio de 1999 en un caso en el que una parte promovió el incidente del artículo 23 LECR EDL 1882/1 por estimar incompetente al juzgado de instrucción que estaba conociendo del asunto.

El Tribunal Supremo aclara que en ese caso no existe cuestión de competencia entre dos órganos pertenecientes a territorios de distintas audiencias por lo que "formulada la reclamación frente a un Juzgado de Instrucción de Barcelona, y no habiéndose planteado cuestión de competencia entre dos órganos jurisdiccionales distintos, pertenecientes a Audiencias diferentes, el Tribunal Superior al que se refiere el art. 23 de la LECrim EDL 1882/1 ha de ser la Audiencia a la que pertenece el Juzgado de Instrucción cuya competencia se impugna".

3. El instructor no defiende su propia competencia en el informe emitido, por lo que habrá de estarse a las razones expuestas en el auto de 16 de octubre de 2008.

En él, el juez instructor se declara competente para investigar presuntos delitos contra altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno como conexos del delito permanente de detención ilegal con desaparición forzada de personas, en el contexto de crímenes contra la humanidad (véanse los folio 50 y 51 del auto de 16 de octubre y el apartado 1 de la parte dispositiva del auto de 18 de noviembre).

Es decir, sostiene que la competencia le viene atribuida por la existencia de los presuntos delitos contra los altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno (artículos 65.1 y 88 LOPJ EDL 1985/8754) pues "la insurrección (del 18 de julio de 1936) se llevó a cabo con una muy concreta finalidad, acabar con el sistema de Gobierno y los Altos Organismos que lo representaban, y como instrumento para que los crímenes contra la humanidad y la propia confrontación bélica estuvieran servidas. Sin aquella acción nada de lo sucedido se hubiera producido. De ahí que el delito contra los altos organismos de la Nación vaya unido de forma inseparable al producido, en conexión con él; en este caso, la muerte sistemática, la desaparición forzada (detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero, la tortura y el exilio forzados, entre otros" (literal, incluida negrita, folio 50 del auto de 16 de octubre).

4. Cuando se crea la Audiencia Nacional por Real Decreto Ley 1/1977, de 4 de enero de 1977 EDL 1977/498 , en el catálogo de delitos cuyo conocimiento se le atribuye no se encuentran los delitos contra los altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno, aunque eventualmente podían serlo por aplicación de lo dispuesto en la letra d) de su artículo cuarto que, con carácter residual le atribuía competencia para conocer de "delitos distintos de los comprendidos en los apartados anteriores, cuando por razón de su extraordinaria complejidad, de sus graves efectos en el ámbito nacional o por cualquier otra circunstancia de las previstas en el art. 304 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que su instrucción corresponda a un Juzgado Central", competencia que desaparecería tras la promulgación de Constitución de 1978.

Es con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial cuando se otorga competencia a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para el enjuiciamiento EDL 1985/8754 , salvo que corresponda en primera instancia al Juzgado Central de lo Penal, de los "Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno".

En consecuencia, es a partir de esa fecha cuando los juzgados centrales de instrucción tienen competencia para la instrucción de las causas relativas a dichas infracciones penales (artículo 88 LOPJ EDL 1985/8754).

El levantamiento militar del 17 y el 18 de julio de 1936 que desencadena la guerra civil constituiría, según la legislación vigente al tiempo de creación de la Audiencia Nacional, un delito de rebelión del artículo 214 del Código Penal EDL 1995/16398 , texto refundido de 1973, que está actualmente previsto y penado en los artículos 472 y siguientes del Código Penal de 1995 EDL 1995/16398 .

El propio auto de 16 de octubre así lo reconoce al referirse a "alzamiento e insurrección armada" -ff. 8 y 15- o adjetivar a sus protagonistas como "rebeldes" porque "se alzaron o rebelaron contra el Gobierno legítimo" -f. 17-, por lo que el propio juez instructor concluye que lo ocurrido a partir del 17 y 18 de julio de 1936 fue un "alzamiento o rebelión militar" -f. 39 del auto-.

Pues bien, el delito de rebelión nunca ha sido competencia de esta Audiencia Nacional.

El Código Penal EDL 1995/16398 , texto refundido de 1973, vigente en la fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , dedica el Titulo II del Libro II a los "Delitos contra la seguridad interior del Estado".

El Capítulo Primero de dicho Titulo II lleva por rúbrica la de "Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno", estando dividido en tres secciones dedicadas respectivamente a los delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor (artículos 142 a 148 bis), delitos contra los altos organismos de la Nación (artículos 149 a 162) y delitos contra la forma de Gobierno (artículos 163 y 164).

El Capítulo II del Título II está dedicado a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes (artículos 165 a 213) y el Capítulo III a los delitos de rebelión (artículos 214 a 217 bis).

La comparación de la dicción del artículo 65 1 a) de la LOPJ EDL 1985/8754 con la rúbrica del capítulo I del Título II del Libro II del Código Penal vigente EDL 1995/16398 en la fecha de su entrada en vigor, conduce a la conclusión de que el son esos delitos los que el legislador quiso que fueran competencia de la Audiencia Nacional y no otros.

Es más, el alzamiento militar del 17 y 18 de julio de 1936, cuando se crea la Audiencia Nacional en 1977, bajo la vigencia del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 , sería penalmente calificable como un delito de rebelión, no como un delito contra los altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno, lo que también excluirla la competencia de este órgano judicial.

Y, en la actualidad, ocurre lo mismo.

Los artículos 149 a 162 del Código Penal de 1973 EDL 1973/1704 -delitos contra los altos organismos de la Nación- se corresponden con los actuales 493 a 504 del Código Penal de 1995 EDL 1995/16398 -delitos contra las instituciones del Estado- y los antiguos artículos 163 y 164 - delitos contra la forma de Gobierno- no tienen equivalente en la actual legislación que resuelve los problemas concúrsales existentes en la legislación anterior eliminando esos delitos.

5. Aun prescindiendo del anterior razonamiento, tampoco es objetivamente competente la Audiencia Nacional para instruir causa criminal en este caso.

No lo es porque la responsabilidad criminal de las personas presuntamente responsables es inexigible a la fecha de incoación de las diligencias por estar todas premuertas, de modo que no hubo causa penal contra ellas en momento alguno.

Así viene a reconocerlo el instructor en el auto de 18 de noviembre de 2008 al declarar extinguida la responsabilidad criminal por fallecimiento de todos los imputados contra los que seguía la causa.

6. La falta de competencia del juzgado no implica la nulidad ex oficio de todo lo actuado.

Las diligencias practicadas con anterioridad al dictado del auto de 16 de octubre de 2008, pueden considerarse diligencias a prevención y, por lo tanto, sin perjuicio de las concretas acciones que pudieran ejercitarse, no resultan afectadas por la Incompetencia del instructor.

Por el contrario, los actos y resoluciones judiciales posteriores a dicho auto de 16 de octubre quedan sin efecto, incluido el auto de 18 de noviembre de 2008, salvo aquellas diligencias que se consideren "necesarias para comprobar el delito, y aquellas otras que considere de reconocida urgencia" (párrafo segundo del artículo 22 LECR EDL 1882/1 y artículo 23 LECR EDL 1882/1 in fine), entendiendo que en dicha categoría se comprenden aquellos actos de instrucción cuya realización no pudo posponerse hasta que se decidiera sobre la competencia porque su no ejecución hubiera supuesto la pérdida de elementos esenciales para la investigación criminal.

Por el contrario, todas aquellas actuaciones que pudieron esperar sin daño para la investigación quedan fuera de la habilitación legal.

7. Contra esta resolución no cabe recurso alguno, según dispone el artículo 23 de la LECR EDL 1882/1 y AATS de 29 de abril de 1998 y 19 de diciembre de 2006.

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.

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

FALLO

Declarar la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción número cinco para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008 y, en consecuencia, dejar sin efecto todas las actos y resoluciones posteriores, incluido el auto de 18 de noviembre de 2008, con el alcance y límites establecidos en el razonamiento jurídico 6 de este auto.

Sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno, a salvo el de queja por la inadmisión a trámite del recurso de casación.

Así lo acordaron y firmaron los Magistrados anotados al margen. Javier Gómez Bermúdez.- F. Alfonso Guevara Marcos.- Fernando García Nicolás.- Ángela Murillo Bordallo.- Ángel Hurtado Adrián.- Teresa Palacios Criado.- Manuela Fernández Prado.- Paloma González Pastor.- Ángeles Barreiro Avellaneda.- Javier Martínez Lázaro.- julio de Diego López.- Juan Francisco Martel Rivero.- José Ricardo de Prada Solaesa.- Nicolás Poveda Peñas.- Ramón Sáez Valcárcel.- Clara Bayarri García.- Enrique López López.

Doy Fe.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR

Voto particular concurrente que formula D. Javier Martínez Lázaro en el incidente de competencia del art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , procedimiento 34/08, formulado en el procedimiento ordinario 53/08 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5.

Estoy conforme con la decisión de la Sala de declarar la incompetencia de esta Audiencia Nacional para el conocimiento de los delitos objeto investigación en el procedimiento que dio lugar al incidente planteado. No comparto sin embargo el razonamiento de la mayoría de la Sala en la deliberación, esencialmente por dos razones: creo que los delitos investigados revisten la apariencia de crímenes contra la humanidad, como razonó el Juez de Instrucción, con independencia de que dicha calificación no permita establecer consecuencias jurídicas por el fallecimiento de sus posibles autores. Es precisamente el fallecimiento de éstos posibles autores, como también puso de relieve el Juez Instructor en su auto de 18 de noviembre de 2008, el que determina la incompetencia de la Audiencia Nacional al no poder continuar la instrucción por los delitos que se les imputaban, como a continuación se razona.

La cuestión que se debate es la competencia del Juzgado de Instrucción Central núm. 5 de esta Audiencia Nacional para investigar los delitos objeto de instrucción en las diligencias 399/06, transformadas el 17-10-2008 en sumario 53/08.

El juez instructor dictó auto en dicho procedimiento el día 16-10-2008 en el que expresamente declaraba su competencia y en virtud de ésta acordaba la práctica de distintas diligencias y autorizaba la realización de distintas exhumaciones solicitadas por las partes en la causa.

A la vista de dicha resolución el Ministerio Fiscal promovió el incidente a que se regula en el art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por entender que el Juzgado de Instrucción actuante carece de la necesaria competencia objetiva y funcional para la investigación de los hechos que dan lugar al procedimiento, solicitando en consecuencia que se declare la incompetencia del órgano jurisdiccional y se revoque y deje sin efecto el citado auto.

Previamente al estudio del fondo del asunto debe decidirse si el precepto invocado permite el planteamiento de la cuestión de competencia en los términos en los que ha sido formulada por el Ministerio Fiscal, a lo que se oponen otras partes personadas.

No les faltan buenas razones para ello. El art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 es un precepto oscuro que ha dado lugar aun amplio debate doctrinal. Como recuerda el juez instructor en su informe no son pocos los que consideran que éste incidente sólo es adecuado para resolver cuestiones de competencia territorial, y no de competencia objetiva y funcional. También plantea fundadas dudas cuál es el Tribunal superior al que corresponde resolverlo: el Tribunal superior al juzgado que está conociendo, o el Tribunal superior común al juzgado que está conociendo y a aquél que se reputa competente para conocer, que en el presente caso sería el Tribunal Supremo único tribunal superior común a los Juzgados de la Audiencia Nacional y los de la Jurisdicción ordinaria.

Se comparte en este extremo la posición mayoritaria del Sala en la medida que el art. 23 de la LECrim EDL 1882/1 no contiene limitación alguna a las cuestiones de competencia territorial y en la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en auto de fecha 3 de julio de 1999 en el que entendió que el Tribunal competente para resolver era el superior jerárquico al del Juzgado cuya competencia se discutía.

Aceptado que es esta Sala el tribunal que debe resolver el incidente, debe pasarse al examen de las causas e incompetencia alegadas por el Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta también el informe presentado por el juez de Instrucción, en el que además de justificar su propia competencia da cuenta del curso en el que se encuentra actualmente el procedimiento, y particularmente del auto dictado en fecha

18 de noviembre de 2008 en el que declaró extinguida la responsabilidad de los que consideraba autores de los crímenes que dieron lugar a las actuaciones y ordenaba la inhibición de la causa a los Juzgados de Instrucción de las localidades a las que pertenezcan los lugares donde se encuentren ubicadas las fosas comunes.

Obviamente, por ser las normas de competencia ius cogens, normas de derecho necesario que afectan al orden público procesal, el conocimiento de la Sala no se limita las alegaciones del Ministerio Fiscal y al informe del Juez Instructor sino a cualquier información que se desprenda de las actuaciones y que permita resolver si la investigación de los gravísimos delitos que resultan de éstas corresponde a la Audiencia Nacional o a otros órganos de la jurisdicción.

Coincidimos con el Instructor en que la insurrección armada del 18 de julio de 1936, según se desprende de los hechos incorporados al procedimiento por su propia notoriedad, fue una decisión perfectamente planeada y dirigida a acabar con la forma de Gobierno de España, en ese momento, atacando y ordenando la detención e incluso la eliminación física de personas que ostentaban responsabilidades en los altos Organismos de la Nación y ello como medio o, al menos, como paso indispensable para desarrollar y ejecutar decisiones previamente adoptadas sobre la detención, tortura, desaparición forzada y eliminación física de miles de personas por motivos políticos e ideológico, propiciando, asimismo, el desplazamiento y exilio de miles de personas, dentro y fuera del territorio nacional, situación que continúo, en mayor o menor medida, durante los años siguientes, una vez concluyó la Guerra Civil. Y también existen indicios bastantes, como relata el instructor en su auto de 18 noviembre 2008 que se produjeron también desapariciones de niños y posibles alteraciones de su estado civil.

Ciertamente estos hechos, como razona el Instructor, revisten la apariencia de crímenes contra la humanidad, categoría que incluye las conductas que agreden en su forma más brutal a la persona como perteneciente al género humano en sus derechos más elementales como la vida, la integridad, la dignidad, la libertad, que constituyen los pilares sobre los que se constituye una sociedad civilizada, por más que esta calificación jurídica provisional, dada la fase del procedimiento en la que nos encontramos pueda producir otros efectos que determinar la inaplicación, en su caso de la Ley de Amnistía de 46/1977 de 15 de octubre EDL 1977/2008 , cuestión a la que posteriormente nos referiremos.

En efecto, también razona el Instructor que aunque los delitos investigados fuesen calificados como crímenes contra la humanidad, y por mucho que dicha calificación obedezca a normas de derecho necesario, no es posible un enjuiciamiento por la perpetración de dichos crímenes si no han sido tipificados en nuestro derecho, pues como recuerda la sentencia del caso Scilingo, los crímenes contra la humanidad no pueden aplicarse a conductas anteriores a su tipificación, y tal tipificación, en caso de haberse producido en derecho internacional, tiene que haber sido objeto de incorporación o transposición expresa a nuestro ordenamiento jurídico penal para que los tribunales españoles puedan aplicarlos. En consecuencia antes de su tipificación expresa los crímenes de lesa humanidad no eran conductas penalmente típicas en nuestro ordenamiento jurídico y por tanto, no pueden ser aplicados a hechos anteriores a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre EDL 2003/127520 , que los introdujo, por primera vez, en nuestro Código Penal EDL 1995/16398 .

Es por ello que la calificación por la que opta el Juez Instructor es que los hechos constituirían un delito contra los altos Organismos de la Nación y de la forma de Gobierno vigente en el Código Penal EDL 1995/16398 de la época, delito sancionado ahora en los arts 402 a 509 del Código Penal EDL 1995/16398.

Los hechos integrarían también la figura del delito de consumación permanente de detención ilegal, sin que las autoridades que propiciaron la desaparición de la víctimas hayan dado razón del paradero de los detenidos, sancionado en los arts 163 a 168 del Código Penal EDL 1995/16398.

Ambos delitos estarían ligados por una relación de conexión conforme al art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 relación que propiciaría la competencia de la Audiencia Nacional pues de acuerdo con el art. 65.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 corresponde a la Sala de lo Penal el enjuiciamiento de los delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno.

Esta calificación de los delitos que dieron lugar a la instrucción como delitos contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno determinante de la competencia de esta Audiencia Nacional es negada por el Ministerio Fiscal y tampoco es compartida por la Sala en la decisión a la que formulamos voto concurrente.

Creemos que los hechos no pueden ser considerados como delitos contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno, sancionados en los arts 402 a 509 del Código Penal EDL 1995/16398, no ya por su naturaleza sino porque, como se desprende de las actuaciones, los presuntos autores de tan gravísimos crímenes han fallecido y como reconoce el propio juez instructor en su Auto de 18 de noviembre de 2008 el fallecimiento extingue, obviamente, la responsabilidad penal y por lo tanto la posibilidad de seguir adelante en un procedimiento por la perpetración de dichos delitos: se extingue con el fallecimiento de los supuestos autores de un hecho criminal la posibilidad del estado de actuar el ius puniendi a la que responde el proceso y por ello no puede seguir adelante enjuiciamiento alguno por dichos hechos, lo que impide su calificación jurídica y también la atribución de la competencia a la Audiencia Nacional.

Así fue reconocido por el Juez Instructor en el ya citado Auto de 18 de noviembre de 2008, en el que acordó declarar extinguida la responsabilidad criminal Armando y otros, y acordó también la inhibición de la causa a favor de los juzgados de instrucción de los lugares en los que estén ubicadas las fosas identificadas o que se identifiquen en el futuro, por ser éstos en principio los competentes para la investigación de los delitos de detención ilegal por los que se sigue el procedimiento.

La extinción de la responsabilidad penal de los supuestos autores del delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno unida a la inhibición en los delitos de detención ilegal suponen que Audiencia Nacional y lógicamente el Juzgado Instructor,

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.

carecen ya de cualquier competencia para la investigación y enjuiciamiento de los hechos y deben ser los juzgados ahora considerados competentes los que se pronuncien sobre la existencia o no de posibles autores conocidos de los mismos, sobre la extinción o no de su supuesta responsabilidad penal ante la previsibilidad de su fallecimiento dado el tiempo transcurrido, sobre la permanencia o prescripción de dichos delitos, sobre la aplicación o no a los mismos de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, sobre la existencia o no de otros posibles delitos derivados de la desaparición de niños a la que hace referencia el Juez de Instrucción en su último Auto.

A esta declaración de incompetencia, que no es otra que la ya acordada por el Instructor en el auto de 28 de noviembre de 2008 no empece que el incidente planteado por el Ministerio Fiscal fuese de fecha anterior porque el auto de 28 de noviembre de 2008 ha sido sometido al conocimiento de la Sala mediante el preceptivo informe de 24 de noviembre de 2008, elaborado por el juez instructor, y ya hemos dicho que la Sala, por ser las normas reguladoras de la competencia de orden público procesal, puede tener en cuenta cualquier información que conste en el procedimiento; y porque el fallecimiento de Armando y los otros supuestos autores de los crímenes perpetrados ya constaba en la investigaciones pues el propio juez instructor en el auto en el que declaró su competencia para conocer ya advertía que era notorio su fallecimiento. Por ello, la única duda posible es si el Juez de Instructor, conocedor por ser notorio del fallecimiento de los posibles autores de los crímenes investigados, no debía haber declarado su incompetencia con anterioridad; y no que esa incompetencia no pueda ser ahora declarada por la Sala por dicha causa; tanto más si se tiene en cuenta que si no se aprecia la extinción de la responsabilidad por fallecimiento de los supuestos autores de los crímenes investigados resultaría que la Sala debería de pronunciarse sobre el órgano jurisdiccional competente para su investigación y para la continuación del procedimiento, lo que carece de sentido a la vista de la extinción de la responsabilidad penal de los posibles autores.

Alguno de los magistrados que intervinieron en la deliberación plantearon que la Sala, con independencia de las decisiones adoptadas por el Juez Instructor declarando la extinción de la responsabilidad de los posibles autores y su falta de competencia, debía acordar que éste continuase con la investigación, rechazando su inhibición. Su postura se fundamentó en la necesidad de que el proceso sirviese para construir la verdad histórica sobre unos gravísimos crímenes nunca sometidos a investigación judicial e igualmente para el resarcimiento moral de las víctimas de dichos crímenes. Aunque es perfectamente comprensible el sentimiento de injusticia que puede generar que crímenes tan gravísimos queden impunes no lo es menos que el proceso penal no puede tener una función simbólica de recuperación de la memoria histórica si para ello debe vulnerar sus más elementales principios entre ellos e! de que sólo cabe el enjuiciamiento de personas vivas porque sólo a éstas cabe la imposición de una pena. Obviamente la vulneración de este principio esencial propiciaría la infracción encadenada de otros principios procesales reconocidos en nuestra Constitución y en distintos Pactos y Acuerdos Internacionales.

La imposibilidad de continuar el proceso contra Armando y otros posibles autores fallecidos, no implica la ausencia de toda tutela judicial de las víctimas. Con independencia de las actuaciones que puedan llevar adelante los juzgados a cuyo favor se produjo la inhibición, no cabe duda del derecho de los perjudicados a que el Estado desarrolle la tarea de descubrimiento de las fosas en las hubiesen podido producirse las inhumaciones de las personas desaparecidas, no sólo porque esta tarea de tratar disminuir en lo posible los efectos del delito y asistir a las víctimas se inscribe en su normal labor de Gobierno, sino porque así específicamente se prevé en la Ley 52/2007 de 26 de diciembre EDL 2007/222335 , conocida como Ley de Recuperación de la Memoria Histórica, en cuyos arts 11 a 14 se establece la obligación del Gobierno y de las Administraciones Públicas, en colaboración con los particulares afectados, de impulsar las actuaciones precisas para la localización e identificación de las víctimas, elaborando los protocolos precisos de actuación científica y multidisciplinar, confeccionando un mapa integrado de todo el territorio nacional que posibilite la localización de las fosas, poniendo a disposición de los interesados mapas territoriales y estableciendo los procedimientos para la localización y exhumación de las víctimas, entre otras previsiones.

El incumplimiento del Gobierno y de las Administraciones Públicas de dichas obligaciones, en el caso de producirse, legitimaría a las víctimas e interesados para impetrar la tutela judicial en el correspondiente proceso contencioso administrativo.

2 de diciembre de 2008.

Audiencia Nacional Pleno Sala de lo Penal Rollo de Sala 34/2008.

VOTO PARTICULAR

Que formulan los magistrados José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel Justificamos nuestra discrepancia del auto de 2.12.2008 que declara la incompetencia del Juez Central de Instrucción n. 5 en el sumario 53/2008.

(I) Consideraciones previas.

1.- Queremos resaltar la importancia histórica del caso: los hechos a que se refiere este sumario son constitutivos de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra. Esa calificación procede del Derecho Internacional Penal y se ha recibido en nuestra legislación interna. Posiblemente estemos abordando los hechos con relevancia penal más graves -por su intensidad y su extensión- que se han presentado ante la jurisdicción española. Según se relata en los dos autos del Juez Central de Instrucción núm. 5, de 16.10 y 18.11.2008, hablamos de más de cien mil personas desaparecidas. Respecto a muchos de ellos, sus familiares o próximos saben por testimonios de referencia que fueron asesinados y enterrados (indignamente) en ciertos parajes, pero sobre otros miles de esas personas se ignora su suerte, cómo, cuándo y si fueron asesinados, dónde fueron ocultados sus cuerpos. Además, 30.000 niños fueron secuestrados a sus madres en los establecimientos carcelarios del nuevo estado o sustraídos de las instituciones donde habían sido asilados -fuera de España- por sus padres para protegerlos de la guerra, a esos niños se les alteró el estado civil para ocultar su verdadera filiación. Unos y otros son hechos en permanente estado de consumación según el derecho internacional y el derecho interno.

Esas circunstancias obligan a los Tribunales a respetar profundamente a las víctimas en un esfuerzo de humanidad compartida que pueda restaurarles, en la medida de lo posible, su dignidad, tantas veces denegada hasta ahora. Según el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos no sólo es víctima la persona objeto de la desaparición forzada, también son víctimas los familiares y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de dicha acción (art.24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (1), entre otras normas como el segundo de la Declaración sobre los Principios fundamentales de justicia pura las víctimas de delitos y abusos de poder (2), cuarto y trigésimo cuarto puntos del Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (3) y apartado quinto, punto octavo de los Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (4). Porque la desaparición forzada y el secuestro y desaparición de niños, su permanencia en el tiempo, causa un severo sufrimiento a sus próximos y constituye un trato inhumano y degradante, según lo define el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (TEDH, caso Kurt contra Turquía de 25.5.1998, portados).

2.- La excepcionalidad conmueve todas las instituciones procesales que conocemos. La imparcialidad del Tribunal debe encontrar su acomodo frente a un hecho histórico, que constituye el objeto de la investigación que había iniciado el Juez Central de Instrucción n. 5, en cuya elaboración juega un papel importante el conocimiento privado del juez mediante un punto de partida o juicio previo difícil de disolver. En ese proceso de conocimiento tienen relevancia las biografías y peripecias personales del observador, las memorias familiares y otros factores. También ha de advertirse que el legislador de las reglas procesales de determinación de la competencia no ha podido prever crímenes tan odiosos en la historia reciente de un país o ha operado desde su negación.

De su condición de caso difícil proceden una serie de requerimientos al Tribunal, entre otros, procurar interpretaciones que reduzcan los márgenes de apreciación subjetiva que tengan su origen en el prejuicio y verificar una aplicación de las reglas de competencia favorable a la mayor efectividad de los derechos humanos reconocidos en el orden jurídico internacional.

(II).- Imposibilidad de debatir el incidente de competencia abreviado en este momento.

El auto del Juez Central de Instrucción n. 5 de fecha 18.11.2008 acordó el archivo de las diligencias y la inhibición de la causa a distintos juzgados de instrucción territoriales. De esa manera vino a quedar sin contenido el incidente abreviado del art. 23 Lecrim EDL 1882/1 , porque es evidente que en el momento de la decisión ya no actúa un juez incompetente que requiera la intervención extraordinaria de la Sala, al margen incluso del mecanismo de los recursos y de los que disciplinan los conflictos de competencia, sin planteamiento previo de la cuestión ante el propio órgano jurisdiccional.

A mayor abundamiento, si el Fiscal consintió ese auto de inhibición y archivo ha de sobreentenderse que abandonó este remedio.

(III).- Razones para la desestimación del incidente de competencia por problemas formales.

El incidente del art. 23 Lecrim EDL 1882/1 que nos ocupa debió de ser desestimado sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto, la incompetencia objetiva del Juez, por varios argumentos. Ha de resaltarse, antes de nada, el constreñimiento que el cauce utilizado por el Fiscal imponía a la decisión de la Sala. La naturaleza controvertida del remedio del art. 23 Lecrim EDL 1882/1 , un expediente sobre la competencia de un juez de instrucción ante la Sala de apelación, que tiene un carácter excepcional o extraordinario, como sugiere el propio texto del precepto que dice será resuelto de plano y sin ulterior recurso, previos los informes que estime necesarios, que se ha tramitado a espaldas de las partes personadas en nombre, precisamente, de las víctimas. Al margen, por lo tanto, de los mecanismos que la ley prevé de modo ordinario para cuestionar y sentar la competencia (territorial, funcional y objetiva) entre órganos de la jurisdicción, la declinatoria y la inhibitoria, cuya regulación se halla en los art. 19, 25 y 26 Lecrim EDL 1882/1 y en el sistema de recursos.

1.- Buena fe y abuso de derecho (art. 11.2 LOPJ EDL 1985/8754).

1.1.- La actuación sucesiva en el tiempo, por parte del Ministerio Fiscal, de un recurso de apelación contra el auto de 16.10.2008, que determinaba el objeto de la investigación (delito contra la forma de Gobierno en conexión con desapariciones forzadas en el contexto de crímenes contra la humanidad y otros), las diligencias a practicar y afirmaba la propia competencia del Juez Central y, al día siguiente, del remedio extraordinario del art. 23 Lecrim EDL 1882/1 , supone un abuso de derecho, una actividad procesal compulsiva y duplicada que no puede ampararse.

En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe y los Tribunales rechazarán las pretensiones que se hagan con manifiesto abuso de derecho o fraude legal o procesal, según previene al art. 11.2 LOPJ EDL 1985/8754 .

Después de dos años sin plantear una cuestión por declinatoria -las primeras denuncias se recibieron a fines del año 2006- el Fiscal recurre en apelación contra ese auto, luego, se somete al sistema ordinario de impugnación de las resoluciones judiciales (art. 216 Lecrim EDL 1882/1 : contra los autos del Juez de Instrucción podrán interponerse los recursos de reforma, apelación y queja). Al plantear horas después ante la Sala un incidente del art. 23 Lecrim EDL 1882/1 -alguna parte con razón ha hablado de descubrimiento a la activación de ese mecanismo, por su desaparición en la práctica del foro- abusó del proceso. El Fiscal es un órgano de la legalidad que actúa en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público, de ahí que su comportamiento sea referente o modelo para los otros actores privados del proceso.

Interponer varios mecanismos, incompatibles entre sí, de impugnación y de reparación sobre la misma resolución judicial, de modo sucesivo, no puede contemplarse como un comportamiento procesal normal, ya que afecta al buen orden y a la sistemática del proceso. Si la parte se sometió al recurso debió esperar a su resolución. No existía causa alguna que justificara la urgencia. A diferencia de lo

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.

que se aprecia en el auto, el planteamiento paralelo y urgente de la competencia carece de causa que lo justifique, pues no había riesgo de nulidad, como luego se dirá.

1.2.- El abuso del proceso es más evidente cuando la pretensión del Ministerio Fiscal no era sólo lograr la declaración de incompetencia del Juez, sin indicar qué otro Juez -de momento inexistente- sería el competente, sino discutir la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción de los delitos y eficacia de la amnistía decretada por ley en el año 1977. Dos datos ponen de manifiesto el exceso de esa pretensión respecto a las características del remedio del art. 23 Lecrim EDL 1882/1 :

(i) En el suplico del escrito solicitaba que se declare la nulidad de pleno derecho, se revoque y se deje sin efecto el auto, cuando la resolución había decidido no sólo sobre la competencia de este Tribunal, también sobre otras muchas cuestiones atinentes a la identidad provisional del objeto del proceso, a su calificación jurídica, a la selección de los imputados y a la determinación de las diligencias de investigación necesarias para comprobar la perpetración de los delitos de desaparición forzada, (u) Sólo cinco folios de su escrito, de veinte páginas de extensión, se ocupaban de la cuestión exclusiva a la que se refiere el art. 23 Lecrim EDL 1882/1 , la competencia, el resto se dedicaba a justificar la extinción de la responsabilidad criminal. Por cierto, con argumentos que se desentienden de manera radical de las prescripciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y del derecho penal internacional, en abierta desvinculación de ese orden internacional al que la Constitución anuda la interpretación de los derechos y libertades (art. 10.2 CE EDL 1978/3879), más en materia que concierne a crímenes contra la humanidad.

Lejos de activar una especie de declinatoria abreviada, el Fiscal impugnó la decisión del Juez en su totalidad. De manera coherente tenía que haber encauzado su pretensión impugnatoria por medio de los recursos, con respeto a los principios básicos de contradicción y defensa. Ni siquiera llegó a plantear ante el Juez Central la denuncia de su incompetencia, no permitiéndole que debatiera y reflexionara sobre la cuestión, como si diera la causa por perdida y prefiriera dialogar con la Sala.

2.- El remedio o declinatoria abreviada ha sido mal planteada: la Sala Penal no es el Tribunal superior común.

El Fiscal ha acudido al órgano de apelación que opera en la estructura de recursos, pero según su tesis seríamos también un órgano incompetente por razón de la materia. Por definición, el propio orden de las cosas impone que si existe jurisdicción-lo que no niega el Fiscal- otro Juez en el Estado será el habilitado para instruir el proceso penal por los hechos objeto del mismo. Cualquier conflicto en la materia ha de señalar a un juez incompetente y a otro competente o, cuando menos, más competente. Decidir negativamente una competencia implica necesariamente afirmar otra. Lo que pide un órgano superior común.

El art. 23 se remite al Tribunal superior a quien corresponda, que no puede ser otro que el órgano superior del que se pretende incompetente y del supuesto competente. Así lo declara el art. 20 Lecrim EDL 1882/1 que señala los órganos competentes para resolver sobre las cuestiones, previendo para el supuesto de falta de un superior inmediato común que decida el Tribunal Supremo. Y el art. 51 LOPJ EDL 1985/8754 prescribe que las cuestiones de competencia se resolverán conforme a las leyes procesales por el órgano inmediato superior común. Entendemos que no había margen. El art. 23 es un mecanismo extraordinario para solventar una cuestión de competencia, lo dice el art. 20 Lecrim EDL 1882/1 , por lo tanto no puede impetrarse ante el superior del (único, he ahí la paradoja) que se declara competente.

Como la Sala no es superior común del órgano que pudiera resultar competente -única hipótesis: un Juez de Instrucción, o, alternativa indeseable, todos los Jueces de Instrucción del Estado, por la naturaleza y dimensiones del terrible hecho objeto del proceso, en todos los partidos judiciales, desde Ceuta hasta Irún se produjeron desapariciones-, no puede solventar la controversia.

Y esta es la forma de operar en la práctica del proceso penal. Siempre que un órgano territorial del orden penal encargado de la instrucción de las causas o un juzgado de la Audiencia Nacional cuestiona, por vía de inhibitoria o de declinatoria, la competencia de un asunto por razón de la materia decide el Tribunal Supremo, superior común.

La remisión que hace la resolución de la que discrepamos al auto de 3.6.1999 del Tribunal Supremo no es concluyente ni puede orientar nuestra decisión, porque es prototipo de solución construida para el caso concreto sin posibilidad de trascender criterios generales. Fundamentalmente porque no se puede negar lo evidente: si la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional es incompetente, otro órgano del orden jurisdiccional penal lo será para seguir en el conocimiento de la causa y su determinación es una cuestión de orden público, salvo manifiesto desentendimiento de la suerte del proceso.

3.- El remedio o declinatoria abreviada ha sido mal planteada: la parte no ha identificado quién sea el Juez competente.

Por ese motivo se debió desestimar, también, la pretensión: el Fiscal solicitante no ha identificado al órgano en cuyo favor debería reenviarse la competencia para el conocimiento del asunto. Problema formal fundamental ya que la finalidad del conflicto es declarar la falta de competencia para que el Juez que interviene decline a favor de otro, por ello la necesidad de determinar el órgano competente. Como el Juzgado Central de Instrucción n. 5 era el único órgano de la jurisdicción que intervenía, no había conflicto que resolver. Así lo pide la progresiva determinación del objeto del proceso en la fase de instrucción hasta, a! menos y con carácter provisional, el auto de procesamiento.

Salvo que se pretenda poner fin al proceso. La investigación, a la que tienen derecho las víctimas, según el derecho internacional, en virtud de la presente decisión ha sido clausurada, de tal modo que se podrían estar desatendiendo los requerimientos básicos de la jurisdicción, que es improrrogable (art. 9.6 LOPJ EDL 1985/8754).

4.- Objeto del remedio ex 23 Lecrim. EDL 1882/1 Imposibilidad de declarar la nulidad: lo actuado por el Juez Central de Instrucción era válido o convalidable.

Al haber abandonado el Fiscal la vía ordinaria de impugnación del auto de 16.10.2008 nuestra resolución solo podía entrar a conocer sobre la competencia objetiva, único ámbito de conocimiento y de reparación que podría soportar el art. 23 Lecrim. EDL 1882/1 Desde la perspectiva del art. 240 LOPJ EDL 1985/8754 parece dudoso que se pudiera declarar, por esta vía excepcional, abreviada y limitada, la nulidad de lo actuado, como el auto ha terminado haciendo bajo la fórmula "ufe dejar sin efecto todos los actos y resoluciones posteriores".

La incompetencia material de un órgano con jurisdicción que no causa indefensión es una mera irregularidad procesal que no puede generar la nulidad radical de lo actuado. Estamos acostumbrados a validar instrucciones que llevan a cabo Jueces de Instrucción en materia de delitos contra la salud pública en los que interviene una organización y afectan al territorio de más de una Audiencia -el hecho investigado está precisado así desde un primer momento y se convalidan, nada menos, que graves injerencias en los derechos fundamentales, como entradas y registros e intervenciones telefónicas. Según ha dicho la jurisprudencia, la incompetencia de un órgano de investigación e instrucción del orden jurisdiccional penal respecto a la distribución de materias por su respectiva especialización, sin indefensión, no puede provocar de manera automática la nulidad de lo actuado. La STS 275/2004, de 5.3 EDJ 2004/12846 , en un supuesto de falsificación de moneda, por lo tanto más claro aún que en el caso del tráfico de drogas, porque aquel es un título competencial exclusivo de esta Sala, vino a dar validez con base en el principio de conservación de actos procesales a las diligencias instruidas por un juez incompetente con la siguiente argumentación:"e" modo alguno cabe considerar nulas las actuaciones de un Juzgado de Instrucción ordinario respecto a la investigación de delitos competencia de la Audiencia Nacional.

A todos los efectos, aunque sea la clase de delito lo que determina la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción (razón objetiva), para los que aquí estamos examinando el problema tiene la misma naturaleza que si se tratara exclusivamente de una cuestión de competencia territorial, en consideración a las atribuciones genéricas que para instruir tienen todos los Juzgados de Instrucción distribuidos a lo largo del territorio nacional Y en este sentido hay varias disposiciones de la Lecrim que dan supuesta la validez de lo actuado por un juzgado de esta clase aunque carezca de competencia territorial (arts. 21.3, 22.2 y 24). Son válidas las actuaciones de todos aquellos respecto de los cuales se tramita una cuestión de competencia de esta clase". Y la STS 877/2007, de 2.11 EDJ 2007/206070 , en la misma línea, concluía:"Por tanto, los efectos anulatorios de los arts. 11, 238.1 y 240 LOPJ EDL 1985/8754 , únicamente se producirían en los casos en que las diligencias hubieran sido acordadas por un Juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de delitos, lo que no ocurrió en el presente caso, en cuanto que, tanto funcional como objetivamente, el Juzgado de Córdoba que lleva a cabo las actuaciones está habilitado para ello, siendo aplicables el art. 22.2 Lecrim EDL 1882/1 y el art. 243.1 LOPJ EDL 1985/8754 , en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos".

Esa doctrina cuestiona la justificación de la decisión de paralizar las actuaciones ya que no había peligro que neutralizar, las actuaciones podían validarse aunque el Juez Central de Instrucción resultara incompetente. También, la declaración que hacemos en la presente resolución de "dejar sin efecto"" las diligencias acordadas por el Juez.

Además, al adoptar la nulidad de lo actuado desde el auto de 16 de octubre pasado -sin haberse identificado el órgano de la jurisdicción penal competente, que sí hacía el segundo auto del Juez Central al inhibirse a otros juzgados de instrucción- se desatiende, de momento, al derecho de las víctimas a obtener satisfacción mediante la tutela efectiva de sus derechos. No puede olvidarse que el TEDH tiene declarado en el caso Zimmerman y Steiner contra Suiza, de 18.3.1981, que el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas es preferente inclusive a las deficiencias de la legislación estatal reguladora del procedimiento. Por lo que, aún en ausencia de norma de atribución de competencia, una vez iniciada la investigación no debería haberse paralizado el procedimiento en perjuicio del derecho de las víctimas y, menos, haberse provocado la nulidad de lo actuado.

En la misma dirección, el pronunciamiento es incompatible con el auto de la Sala de 7 de noviembre. Porque la Sala tomó por su mediación control sobre las investigaciones a prevención ordenadas por el Juez instructor pronunciándose sobre la procedencia de aquellas, por lo que ahora no podía declararlas nulas.

(IV) Criterios de atribución de la competencia objetiva a la Sala Penal AN.

Entendemos que varios criterios, no sólo el que ofrecía el Juez Central en sus resoluciones, pueden determinar la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Para ello ha de advertirse de la necesidad de operar con carácter provisional, ya que el objeto del proceso se encuentra en permanente evolución en la fase previa de investigación, hasta el auto de procesamiento, momento en el que se produce una identificación aproximada de dicho objeto fáctico.

1.- La razón aducida por el Juez Central: delitos contra la forma de Gobierno.

En la selección de los hechos objeto del proceso, que no impugna el Fiscal, se describe la secuencia de las desapariciones forzadas, incluidas las de treinta mil niños hijos de presas y defensores de la República, parte de un programa insurreccional para acabar con el orden jurídico democrático, el sistema de gobierno republicano y los organismos que lo representaban, entre cuyos fines se encontraba la muerte sistemática, la desaparición forzada, la tortura y el exilio forzado. Delito que estaba previsto en el Código penal EDL 1995/16398 de 1932 en sus art. 167.1 y 170 (reemplazar por medio de actos de fuerza o fuera de los cauces legales el Gobierno republicano por otro anticonstitucional), comprendido entre los delitos contra la constitución (en la sección 3ª del capítulo I, referida a los Delitos contra la forma de Gobierno, dentro del título 11, delitos contra la Constitución). En el código vigente se contempla también como delito contra la Constitución, en su modalidad de rebelión, configurado por el legislador como un precepto penal muy amplio, omnicomprensivo de todas las posibles modalidades de "rebelión" y "golpismo", incluidas aquellas que en otros códigos anteriores aparecían bajo la consideración de delitos contra las formas de Gobierno.

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.

La mención de delitos contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno contenida en el apartado a) del art. 65.1 Lopj EDL 1985/8754 (Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio EDL 1985/8754) debe referirse al Código Penal vigente EDL 1995/16398 en el momento de su redacción, el Código Penal EDL 1995/16398 Texto refundido de 1973, que en su artículo 163, dentro de la sección tercera del capítulo I del título II del libro II, bajo la rúbrica de los Delitos contra la forma de gobierno, castiga al que ejecutare actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación, a cambiar la organización del Estado o a despojar en todo o en parte al Jefe del Estado de sus prerrogativas o facultades, contemplándose también la misma situación cuando para la consecución de dichos fines se empleare la lucha armada. Estas conductas estarían comprendidas actualmente en distintos apartados del art.472 del presente código, bajo la rúbrica de delito de rebelión, pero sin que ello implique la pérdida de su condición de delitos contra las formas de Gobierno a los efectos del art. 65 de la LOPJ EDL 1985/8754 , como históricamente así la han tenido esas conductas, incluido el Código penal EDL 1995/16398 , texto refundido de 1944.

El vínculo de competencia lo es claramente la existencia de un delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno, apartado a) del art. 65.1 Lopj EDL 1985/8754 , que en una primera aproximación, con el carácter de enjuiciamiento provisional típico de la fase inicial del proceso, aparece como una calificación razonable y suficiente. No compartimos el argumento del auto sobre el delito de rebelión -entonces también tipificado- que lo considera como delito ajeno a los que atenían contra la forma de Gobierno, ya que supone un intento de traducción que no respeta la equivalencia de conductas, modalidades de acción, los fines y los bienes jurídicos protegidos.

Incluso el Fiscal viene a aceptar en hipótesis la subsunción del hecho en el delito contra la forma de Gobierno -no en balde el fin político era acabar por métodos violentos con el Estado republicano-, para atribuir la competencia objetiva del Tribunal Supremo con un argumento insostenible: el aforamiento de los imputados ante la posible exigencia de responsabilidad penal, del jefe del Estado y de los miembros de sus juntas militares y de los posteriores gobiernos (del nuevo e ilegal Estado que se impuso mediante una rebelión militar para destruir el orden jurídico constitucional), según el sistema de garantías establecido por la Constitución.

De resaltar es que, incluso, atendiendo a la calificación de rebelión que da la mayoría de la Sala, no es posible excluir la competencia del Juzgado Instructor en aplicación de la disposición transitoria de la ley orgánica 4/1988, 25 EDL 1988/11874 de mayo, ya que la Audiencia Nacional es siempre competente en relación con hechos cometidos por, entre otros,"personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes".

En cuanto a las reglas de conexión del art. 17 Lecrim EDL 1882/1 que cita el Fiscal debe recordarse que la Sala de lo Penal de la AN extiende su competencia al conocimiento de los delitos conexos con los previstos en la regla de atribución. La conexión de los delitos de desaparición forzada en permanente consumación, de asesinatos y torturas ejecutados siguiendo un plan para la destrucción del orden jurídico constitucional y la instauración de un nuevo Estado se encuentra en los apartados 1, 2, 3 y 4 del art. 17 Lecrim EDL 1882/1 : cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, cometidos por pluralidad de agentes con previo concierto en lugar y tiempo distinto, los cometidos como medio para perpetrar otros, facilitar su ejecución y procurar la impunidad de otros delitos.

La alegación de que se trataba de una causa general es retórica, desconoce la naturaleza de los crímenes de guerra y contra la humanidad, caracterizados por su impunidad al ejecutarse en el seno de estructuras organizadas de poder y tratarse de delitos masa, por ello se habla de macrocriminalidad. Una calificación, la de causa general -que en puridad remite a las investigaciones que se inician sin identificar un objeto fáctico, para indagar la vida de una persona, en todas sus actividades, es decir a prospección-, que impide reconstruir con rigor la terrible realidad que describen parcialmente los dos autos del Juez Central de Instrucción. No puede tergiversarse el concepto de causa general confundiéndolo con la investigación de una generalidad de hechos de la misma naturaleza y circunstancias, como por ejemplo ocurre con el terrorismo de Eta o de otros grupos.

2.- Otro criterio de competencia: parte de los crímenes de desaparición forzosa de niños hijos de los defensores de la República se cometieron fuera de España (art. 23.2 y 65.1-e LOPJ EDL 1985/8754).

Los casos conocidos como los niños perdidos de la República comprenden no sólo a los hijos de las mujeres presas secuestrados en los lugares de custodia, cuyos apellidos fueron modificados para permitir su adopción por familias adictas al nuevo e ilegal orden, también la sustracción de los niños refugiados en Francia y otros países por agentes del denominado "servicio exterior de repatriación". Esos hechos se incluyen en el objeto de la investigación, ver fundamento jurídico cuarto y séptimo del auto de 18.11.2008, y fueron condenados por la Recomendación 1736 de 17.3.2006 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Se trata de una realidad desconocida y olvidada, difícil de digerir por una sociedad civilizada, cuyas consecuencias continúan.

Pues bien, como se decía en esa resolución de la Asamblea del Consejo de Europa y recoge el Juez Central de Instrucción, el Servicio de Falange Exterior, cuyos archivos han sido estudiados por diversos historiadores, llevó a cabo la repatriación de hijos de los vencidos que habían sido acogidos por decisión de sus padres en instituciones de custodia, ya porque fueran capturados por agentes nazis en los países ocupados de Europa, a requerimiento de aquel servicio paraestatal, o mediante su secuestro directo por dependientes del régimen franquista en una cifra que pudiera llegar a los 20.266 niños, que fueron "recuperados" hasta el año 1949, cifra que representaba el cincuenta y cinco por ciento de los niños refugiados y puestos a salvo de la guerra por Montserrat y que fueron enviados a Francia, Bélgica, Inglaterra, Rusia, Méjico, Norte de África y Dinamarca. Los secuestros de niños se produjeron en Francia, Bélgica, Holanda, Norte de África, Méjico y Guatemala (5).

Esos hechos son competencia exclusiva de la Sala de lo Penal de la AN por la pauta combinada del art. 23.2 (personalidad activa c interés nacional) y del art. 65.1-e LOPJ EDL 1985/8754 . Sobre este argumento expuesto ante la Sala nada dice el auto del que disentimos.

3.- Un tercer criterio de competencia: crimen contra la humanidad de persecución cometido por grupo armado (disposición adicional de la LO 4/1988 EDL 1988/11874).

Los hechos que configuran el objeto de la investigación, la violación sistemática de los derechos a la vida, a la integridad, a la libertad, entre otros, de los defensores de la legalidad republicana pueden subsumirse en el "delito contra la humanidad de persecución", que forma y formaba parte del derecho internacional, como así se recoge expresamente en todos los instrumentos relevantes de derecho penal internacional desde Nüremberg (art. 6-c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, art. II.1-c de la ley 10 del Consejo del Control Aliado, art. 5-c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, art. 5-h del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y art. 3-h del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional lo contempla en su art. 7.1 -h: la privación intencionada y grave de derechos fundamentales en razón de la identidad del grupo y de la colectividad.

Ese hecho habría sido cometido, desde el primer momento de asalto al poder hasta la destrucción completa del orden jurídico establecido y la formación del nuevo Estado, por un grupo armado compuesto por unidades completas del ejército que se rebelaron y por estructuras de poder paramilitar formadas por civiles. Concurrirían -todo ello en una aproximación provisional única posible en un enjuiciamiento prima facie como el que ahora se puede realizar- los elementos finalísticos (subversión del orden y de la paz pública) y estructurales u organizativos típicos del delito de terrorismo. Los delitos de terrorismo contaban con regulación específica en el momento de los hechos a través de la Ley de Terrorismo y Explosivos de 11.10.1934, modificada por ley de 20 de junio de 1935.

Tales hechos, así calificados desde el derecho internacional penal, por definición imprescriptibles, son competencia exclusiva de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por la pauta que establece la disposición transitoria de la ley orgánica 4/1988, 25 EDL 1988/11874 de mayo, sobre reforma de la Lecrim en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes, que dice:"los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores. La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial".

4.- Un cuarto criterio: terrorismo en el contexto de crímenes de guerra (disposición adicional de la LO 4/1988 EDL 1988/11874).

Algunos de los hechos investigados, concretamente acciones militares y paramilitares dirigidas contra población civil -ataques, represalias y actos de violencia cuya finalidad principal fuera atemorizarla- podrían tener, prima facie, la consideración jurídica de terrorismo y como tales caer de forma incuestionable bajo la competencia de la Audiencia Nacional.

La Sentencia de 5.12.2003, del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia (TPAY), Sala de 1ª Instancia, en el asunto Galie (6), se refiere, como categoría jurídica autónoma (7), a situaciones o actos de terrorismo sistemático contra la población civil, dentro del contexto de la guerra de Bosnia Herzegovina, en el caso del asedio de Sarajevo, como violación del Artículo 3 del Estatuto del Tribunal (violación de las leyes (8) y costumbres de guerra (9)).

La característica diferencial de estos actos era que su principal propósito consistía en causar terror entre la población civil. En esta Sentencia el TPAY hace un pormenorizado estudio de los precedentes de esta calificación jurídica cuyo origen remonta a la Comisión de Responsabilidades formada tras la Primera Guerra mundial instituida en la Conferencia de Paz de París (25.01.1919) y que consideró ciertos actos producidos contra la población civil y combatientes durante la indicada guerra como terrorismo sistemático (10-11). Refiere igualmente como precedentes, la primera condena por actos de terrorismo contra la población civil de la que se tiene constancia, que fue dictada en julio de 1947 tras la Segunda Guerra mundial por el Tribunal Militar establecido en Makassar en las Indias orientales holandesas en el Caso Motomura y otros (12), en que se condenan a 13 de los 15 acusados por "terrorismo sistemático contra la población civil", por actos que incluían arrestos masivos de población civil con fines de aterrorizarla, llevados a cabo entre 1943-1945 por parte del Tokkeitai, Policía Naval del ejercito japonés.

El llamado terrorismo de guerra fue recogido posteriormente por el derecho internacional estatutario (art. 51 del Protocolo Adicional 1ª las Convenciones de Ginebra de 1949 y art. 13 del Protocolo adicional II) y tiene expreso reconocimiento en nuestro vigente Código Penal en el artículo 611.1 EDL 1995/16398 (13).

Es, por otra parte, conocida y perfectamente aceptada la práctica de esta Audiencia Nacional de considerar como terrorismo, incluso calificarlo dentro de los supuestos de "terrorismo ordinario", a hechos que se están produciendo u organizaciones o células que operan o tienen relación con algunos de los contextos bélicos actualmente en curso.

5.- Un quinto criterio: terrorismo de estado, (disposición adicional de la LO 4/1988 EDL 1988/11874).

Aparte de la violencia política institucionalizada y con apariencia de legalidad que se ejerció tras la guerra civil durante prácticamente toda la dictadura franquista, también, prima facie, se ejerció violencia política no institucional por grupos armados integrados en una actividad paralela dentro de las instituciones estatales, singularmente las fuerzas de seguridad del estado, y otras protegidas y alentadas desde el poder. Esta violencia política, perfectamente organizada, tenía como objetivo básico la persecución y la represalia política y sería perfectamente encuadrable en los delitos de terrorismo del Código penal EDL 1995/16398 de 1944 (libro II, título II, capítulo XII Delitos contra la seguridad interior del Estado; sección segunda, referida a Delitos de Terrorismo, art. 260 a 264) y modificaciones posteriores hasta el advenimiento de la democracia.

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.

6.- Y otro más: integración por analogía ex art. 23.4 y 65 LOPJ EDL 1985/8754.

El objeto del proceso, en su fase preliminar, tiene los caracteres de un caso excepcional y especialmente complejo. Sus rasgos son: (i) crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, (ii) ejecutados por bandas armadas y estructuras de poder organizado en un primer momento durante el golpe y la guerra subsiguiente, desde los aparatos estatal y paraestatal en una segunda fase, la de la represión y el terror político, (iii) se desarrolló en todo el territorio nacional, afectando a todas las demarcaciones territoriales de la jurisdicción, a todas las Audiencias Provinciales, a todos los partidos judiciales. También en el extranjero, (iv) se trató de una especie de macrodelincuencia que afectó a decenas de miles de personas, al menos hay 114.266 desaparecidos relacionados en la causa -falta por indagar en muchas provincias, lo que se conoce es gracias a los esfuerzos de los historiadores de la represión-, cuyos restos no han sido identificados, en los casos que se conoce por aproximación su localización en enterramientos indignos e ilegales, o desparecidos cuya suerte y paradero se ignora, además de los miles de niños secuestrados que perdieron su identidad, (v) por lo tanto, de delitos masa.

Precisamente esos son los criterios que maneja el legislador en el art. 65.1 Lopj EDL 1985/8754 para seleccionar los delitos competencia de la AN, además de la atribución mencionada por el delito de terrorismo.

Por otro lado, la Sala Penal de la Audiencia Nacional conoce de los crímenes de derecho internacional de primer grado en virtud de la jurisdicción extendida por el principio de justicia universal del art. 23.4 LOPJ EDL 1985/8754 , que, sin embargo, solo menciona al delito de genocidio. Por ese mismo título tiene competencia sobre los crímenes de guerra, en razón a los Convenios de Ginebra, a los que se refiere el art. 23.4-i LOPJ EDL 1985/8754 , y sobre el delito de lesa humanidad en virtud de la declaración de la STS 798/2007, de 1.10, en el caso Scilingo.

Son esos mismos criterios de eficacia en la persecución de delitos que afectan a la comunidad internacional los que también, en este caso, llevan a que sea la Audiencia Nacional quien deba conocer de hechos y situaciones que, no por haber ocurrido en el pasado reciente de nuestro país, dejan de afectar en la misma medida a la comunidad internacional. Esta circunstancia implica un plus de no obstaculización de la persecución penal amparada en una lectura sesgada de las normas competenciales relativas al único órgano judicial del Estado que tiene capacidad técnica para llevar a cabo una investigación eficaz y coordinada de los hechos. La obligación internacional del Estado español es clara e implica la necesidad de llevar a cabo acciones positivas. Aparte de los citados instrumentos internacionales de lucha contra la impunidad frente a violaciones masivas de derechos humanos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la doctrina asentada en la Sentencia Mc Cann contra el Reino Unido EDJ 1995/11125 , Kelly contra el Reino Unido EDJ 2001/3876 , Tanis contra Turquía y otras posteriores, pone de relieve esta obligación positiva de investigación eficaz. Esta es la pauta seguida por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 123/2008, de 20.10 EDJ 2008/196685 , 224/2007, de 22.1 EDJ 2007/194106 , 34/2008, de 25.2 EDJ 2008/9696 y 52/2008, de 14.4 EDJ 2008/20519 , conforme a las cuales "el derecho a la tutela judicial efectiva solo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido" y "tales suficiencia y efectividad solo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo exigido por el art. 24.1 CE EDL 1978/3879 ". También la Unión Europea a través de la Decisión Marco de 2003 se preocupa en sugerir la creación o designación por parte de los Estados de órganos especializados para la investigación y enjuiciamiento de esta clase de delitos (14).

Si los criterios de conexión aducidos no se consideraran suficiente, entonces podríamos plantearnos que no existe una norma competencial clara. Para solucionar un caso difícil desde los parámetros de la mayor eficacia de los derechos humanos, en este momento es prioritario el derecho de las víctimas de acceso a la justicia y a una investigación eficaz (que la investigación se desarrolle en un órgano u otro del orden jurisdiccional penal no supone merma alguna de las garantías del proceso), habrá de acudirse al método de la integración para propiciar la competencia material de la Sala Penal AN. Porque resulta el dispositivo adecuado al caso, el mejor preparado para otorgar una respuesta idónea a la demanda de tutela y acceso a la justicia de las víctimas, porque este tribunal está dotado de los medios y de la experiencia imprescindible en la investigación y enjuiciamiento de delitos de esa naturaleza, es el órgano de nuestra jurisdicción especializado en el derecho penal internacional, ha aplicado crímenes contra la humanidad y tiene competencia en todo el territorio del Estado. El legislador no pudo prever que se fueran a investigar hechos relacionados con crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra acaecidos en España. La integración podría verificarse por la mediación de una interpretación analógica. El juego combinado de esos preceptos que establecen las reglas de atribución de competencias, en el contexto de la organización de la jurisdicción penal en España, permite afirmar, también, la competencia por razón de la materia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

La propia sentencia citada, 798/2007, en el caso Scilingo, así operó para estimar la jurisdicción universal de la Audiencia Nacional respecto a los delitos de lesa humanidad, no contemplados expresamente en el art. 23.4 Lopj EDL 1985/8754 , mediante una interpretación analógica."La prohibición de la analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punibilidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas. Y entre el delito de genocidio y los crímenes contra la Humanidad es apreciable una profunda similitud, no solo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español... Nada impide, pues, una interpretación del art. 23.4 de la LOPJ EDL 1985/8754 , en el sentido de establecer la jurisdicción de los Tribunales españoles" (fundamento jurídico sexto).

(V) Conclusión.

1.- Queremos recordar, porque se olvida en el debate, los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Papón contra Francia, de 15.11.2001, y Kolk y Kislyiy contra Estoma, de 17.1.2006, que ponen en valor en materia de legalidad penal la prescripción del art. 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del

derecho reconocido por las naciones civilizadas. El TEDH consideró aplicable esa previsión respecto a los crímenes contra la humanidad según la ley internacional del momento -el Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg- que habían cometido los demandantes y en un momento coetáneo a los hechos que eran objeto de este proceso, delitos que no pueden estar sujetos a limitaciones temporales. Esas decisiones tienen una dimensión especial en el caso de la represión franquista por la fuente de la que proceden.

2.- Como decíamos, el cauce elegido por el Fiscal para provocar el cierre de la investigación limitaba de manera radical el objeto de conocimiento y de decisión de la Sala, que sólo podía pronunciarse sobre la competencia objetiva por razón de la materia. En concreto, no podía ventilarse en esta sede lo relacionado con la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción de los delitos o por aplicación de la amnistía, o -como hace el auto del que discrepamos en el apartado quinto de su motivación, al tratar de la competencia objetiva- acerca de la inexigibilidad de la responsabilidad por muerte de los imputados. Todo ello desborda la cuestión abreviada de competencia. Por lo demás, resulta precipitado afirmar que los imputados estarían todos muertos, porque eso dependerá de la información que se pueda recopilar en la propia investigación. ¿Acaso alguien puede afirmar con certeza que han muerto las personas a las que se pudiera atribuir indiciariamente responsabilidad por los crímenes contra la humanidad, por desaparición forzada de adultos y de niños y de persecución, ejecutados hasta los años cincuenta, incluso posteriormente, y por diversas modalidades de posible participación delictiva.

3.- La declaración de incompetencia del Juez Central de Instrucción que venía conociendo, y de la propia Sala de lo Penal de esta Audiencia, junto con la anulación de todos los actos procesales posteriores, deja al proceso sin sede en la jurisdicción española. Lo que pudiera representar una decisión contraria al proceso con todas las garantías y a sus reglas más elementales, y podría evidenciar una falta de respeto al derecho de acceso a la justicia de las víctimas y a las prescripciones básicas del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Normas que obligan al Estado español a iniciar la investigación de los delitos que se siguen cometiendo hoy, en permanente estado de consumación, como son la desaparición de los niños secuestrados a sus padres o de personas defensores de la legalidad democrática de los que se ignora cuál fuera su suerte, siquiera sí y cómo fueron asesinados, dónde se encuentran bárbaramente ocultos sus restos.

Debe tenerse en cuenta que la actitud renuente y claudicante de la jurisdicción española, vista desde una posición internacional, a cumplir sus obligaciones de investigación pronta y eficaz en relación con crímenes que afectan e interesan al conjunto de la humanidad, puede abrir la puerta a la actuación internacionalmente legítima de cualquier otra jurisdicción que se considere competente, de forma concurrente o complementaria con la española, en la persecución de los crímenes derecho internacional acaecidos en este país.

La nulidad de lo actuado que se acuerda bajo la fórmula de "dejar sin efecto lodos los actos y resoluciones posteriores" al auto de 16 de octubre pasado, vacía de contenido el sistema de garantías del derecho de acceso a la justicia y a la tutela efectiva de las víctimas que establece el art. 24.1 CE EDL 1978/3879 , que ha de interpretarse a partir del derecho internacional de los derechos humanos, según el art. 10.2 CE EDL 1978/3879 y la doctrina constitucional (la STC 30.3.2000 EDJ 2000/3822 reconoce la especial relevancia hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos). Ahí cabe citar el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -de 1966, ratificado por España el 27.4.1977, en cuanto al derecho a un recurso efectivo- y la Resolución ONU 60/147 de 16.12.2005, ya citada, aprobada por unanimidad de todos los Estados, sobre Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones que significa un acuerdo universal en la materia. Entre las obligaciones que impone en su directriz 3 está la investigación eficaz, rápida, completa e imparcial y la facilitación del acceso equitativo y eficaz a la justicia, en su directriz 6 la no prescripción, en la 8 la consideración de víctima de quienes padecieron de modo directo la violencia (bajo las múltiples formas de detención ilegal, ejecución sumaria o arbitraria, desaparición forzada, persecución, humillación, procesos injustos, ilegales y sumarísimos, deportación, exilio, reclusión y trabajos forzados, confiscación de propiedades y bienes) y, también, de sus familiares, la obligación de trato humano y respeto a la dignidad de las víctimas en su directriz 10, entre las medidas de satisfacción se enumeran en la directriz 22 la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos.

Creemos que la resolución no ha logrado poner en valor esas prescripciones ni optimizar los derechos humanos básicos concernidos. Al clausurar el proceso en su primer momento sin señalar el cauce para la competencia de otro órgano de la jurisdicción no se ha atendido -tras tantos años de silencio e impunidad impuestos- al derecho de acceso a la justicia y a una tutela efectiva de los derechos de los que son portadores las víctimas y sus asociaciones, entre ellos el derecho a una investigación adecuada. Si se hubiera producido una denegación de justicia, ello podría determinar la responsabilidad internacional del Estado español, y el poder jurisdiccional es Estado y está en condiciones de asumir dicha responsabilidad, según ha declarado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que estableció el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En Madrid a 4 de diciembre de 2008.

1) De 23 de septiembre de 2005 E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/REV.4 2) Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

3) De 8 de febrero de 2005 E/CN.4/2005/102/Addl Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas 61° período de sesiones 4) 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 5) Ver El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la Humanidad, del profesor Rodríguez Arias, Tirant lo Blanc, 2008, p. 28 y siguientes y las fuentes que cita, también mencionadas en el segundo auto del Juez Central.

6) http://www.un.org/icty/galic/trialc/judgement/gal-tj031205e.pdf.

 © Lefebvre-El Derecho, S.A.

7) Anteriormente se había referido en múltiples ocasiones a los actos de intimidación para crear una "atmósfera de terror" como grave quiebra de las Convenciones de Ginebra y como violación del art. 3 común a los cuatro Convenios. Asuntos: Celebici; Blaskic; Krslic; Martic; Nikolié. También el Tribunal Internacional para Sierra Leona se ha referido en múltiples procesamientos a "actos de terrorismo" como violación del art.3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo Adicional II.

8) Art. 51 del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra de 1949 y art. 13 del Protocolo adicional II.

9) El Fiscal internacional se refiere, entre otros, al proyecto de 1923, que nunca llegó a entrar en vigor, de normas referidas a la regulación de los ataques aéreos -The Hague Air Warfare Rules- que prohibían los bombardeos aéreos con finalidad de aterrorizar a la población civil.

10) ST citada, párrafo 116.

11) Fernández Sánchez, Pablo Antonio. La obligación internacional de cooperar en la lucha contra el terrorismo. Ministerio de Justicia. 1992. Pag. 19.

12) United Nations War Crimes Commission.- Law Reports of Trials of War Criminals, Case núm. 79, Trial of Shigeki Motomura and 15 others; Wm. S. Hein Publishing. 1997, pag. 138 y ss.

13) Así lo cita expresamente en su informe el Fiscal internacional en el caso Galie.

14) Decisión 2003/335/JAI del Consejo de 8 de mayo de 2003 sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079220012008200001