



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

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

VOTO PARTICULAR que formulan los magistrados José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel

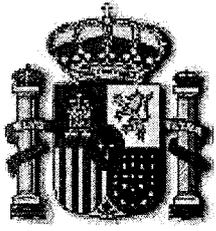
Justificamos nuestra discrepancia del auto de 2.12.2008 que declara la incompetencia del Juez Central de Instrucción n. 5 en el sumario 53/2008.

(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 n. 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*

¹ De 23 de septiembre de 2005 E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/REV.4



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

*de justicia para 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, por todos).

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.

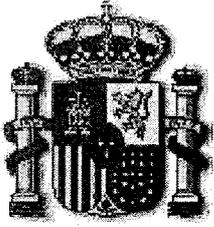
(II).- Imposibilidad de debatir el incidente de competencia abreviado en este momento.

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, 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.

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/Add.1 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas 61º período de sesiones

⁴ 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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.

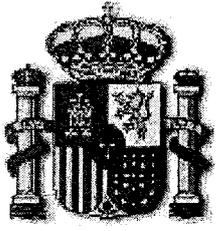
El incidente del art. 23 Lecrim que nos ocupa debió de ser desestimado sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto, la incompetencia objetiva del Juez, por varios argumentos. Ha de resaltarse, antes de nada, el constreñimiento que el cauce utilizado por el Fiscal imponía a la decisión de la Sala. La naturaleza controvertida del remedio del art. 23 Lecrim, 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 y en el sistema de recursos.

1.- Buena fe y abuso de derecho (art. 11.2 Lopj).

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, 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.

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: 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 –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.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

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 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: (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. (ii) 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, 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), 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



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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 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 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, 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, al menos y con carácter provisional, el auto de procesamiento.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

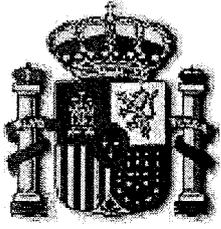
Salvo que se pretenda poner fin al proceso. La investigación, a la que tienen derecho las víctimas, según el derecho internacional, en virtud de la presente decisión ha sido clausurada, de tal modo que se podrían estar desatendiendo los requerimientos básicos de la jurisdicción, que es improrrogable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

4.- Objeto del remedio ex 23 Lecrim. 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.

Desde la perspectiva del art. 240 Lopj 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 “*de 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, 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: “*en 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, en la misma línea, concluía: “*Por tanto,*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

los efectos anulatorios de los arts. 11, 238.1 y 240 Lopj, 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 y el art. 243.1 Lopj, en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos”.

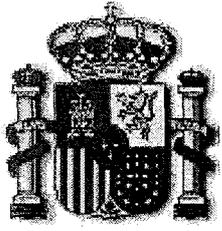
Esa doctrina cuestiona la justificación de la decisión de paralizar las actuaciones ya que no había peligro que neutralizar, las actuaciones podían validarse aunque el Juez Central de Instrucción resultara incompetente. También, la declaración que hacemos en la presente resolución de “dejar sin efecto”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



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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 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 II, 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, omnicompreensivo 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.

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 (Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio) debe referirse al Código Penal vigente en el momento de su redacción, el Código Penal 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, como históricamente así la han tenido esas conductas, incluido el Código penal, 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, 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 atentan 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 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 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: *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).

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,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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 Victoria Kent 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 e interés nacional) y del art. 65.1-e Lopj. 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).

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

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.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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 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 inmediatez judicial”*.

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

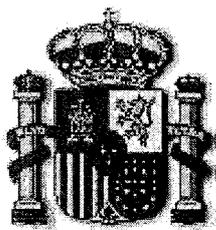
Algunos de los hechos investigados, concretamente acciones militares y paramilitares dirigidas contra población civil –ataques, represalias y actos de violencia cuya finalidad principal fuera atemorizarla- podrían tener, prima facie, la consideración jurídica de terrorismo y como tales caer de forma 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 Galic⁶, se refiere, como categoría jurídica autónoma⁷, 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 leyes⁸ y costumbres de guerra⁹).

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

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: Čelebići; Blaškić; Krstić; Martić; Nikolić . 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 adicional II.

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



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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 sistemático¹⁰¹¹. 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 otros¹², 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 I a 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 611.1¹³.

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).

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 de 1944 (libro II, título II, capítulo XII Delitos contra la

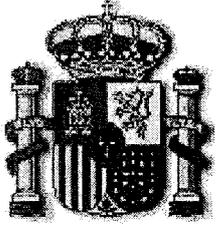
⁹ El Fiscal internacional se refiere, entre otros, al proyecto de 1923, que nunca llegó a entrar en vigor, de normas referidas a la regulación de los ataques aéreos – The Hague Air Warfare Rules- que prohibían los bombardeos aéreos con finalidad de aterrorizar a la población civil.

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 nº 79, Trial of Shigeeki 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 Galić.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

seguridad interior del Estado; sección segunda, referida a Delitos de Terrorismo, art. 260 a 264) y modificaciones posteriores hasta el advenimiento de la democracia.

6.-Y otro más: integración por analogía ex art. 23.4 y 65 Lopj.

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,

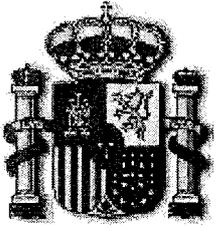
(iv) se trató de una especie de macrodelincuencia que afectó a decenas de miles de personas, al menos hay 114.266 desaparecidos relacionados en la causa –falta por indagar en muchas provincias, lo que se conoce es gracias a los esfuerzos de los historiadores de la represión-, cuyos restos no han sido identificados, en los casos que se conoce por aproximación su localización en enterramientos indignos e ilegales, o desaparecidos 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 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, 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, 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



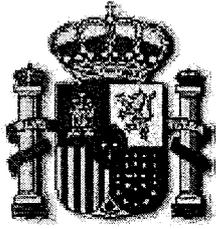
ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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*, *Kelly contra el Reino Unido*, *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, 224/2007, de 22.1, 34/2008, de 25.2 y 52/2008, de 14.4, 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*”. 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 delitos¹⁴.

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 acudir 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, mediante una interpretación analógica. “*La prohibición de la analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la*

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.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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, 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 *Papon contra Francia*, de 15.11.2001, y *Kolk y Kislyiy contra Estonia*, 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



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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 todos 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, que ha de interpretarse a partir del derecho internacional de los derechos humanos, según el art. 10.2 CE y la doctrina constitucional (la STC 30.3.2000 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



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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.