



Roj: **ATS 3009/2012 - ECLI: ES:TS:2012:3009A**

Id Cendoj: **28079120012012200707**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2012**

Nº de Recurso: **20380/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

CUESTION COMPETENCIA

Nº de Recurso : 20380/2009

Fallo/Acuerdo: Auto Resolviendo Cuestión Competencia

Procedencia: Juzgado Central de Instrucción nº 5

Fecha Auto: 28/03/2012

Ponente Excmo. Sr. D. : Perfecto Andrés Ibáñez

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por : MAm

CUESTIÓN DE COMPETENCIA.

Recurso N°: 20380/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

D. Luciano Varela Castro

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Marzo de dos mil doce.

I. HECHOS



PRIMERO.- Con fecha 26 de junio de 2009, se recibió en el Registro General del Tribunal Supremo exposición razonada y testimonio del las D.Previas 399/06 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, planteando cuestión de competencia con el de igual clase nº 3 de Granada, D.Previas 3209/09 y acumuladas nº 2 de San Lorenzo del Escorial, D.Previas 427/09, acordándose por providencia de 1 de julio, formar rollo, designar Ponente a D. Perfecto Andrés Ibáñez, requerir al remitente la remisión de diversos testimonios. Recibidos se acordó el traslado al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal por escrito de 3.9.09 dictaminó: "*Reiteramos como ha venido manteniendo el Ministerio Fiscal ante la Audiencia Nacional que la competencia en el presente caso no corresponde a la Audiencia Nacional ya que ni el art. 65 de la LOPJ ni las normas de competencia complementaria, contemplan como competencia propia de la Audiencia Nacional la lesa humanidad, debiendo recordarse que cuando la Audiencia Nacional ha conocido de los delitos de genocidio, lesa humanidad o tortura, ha sido por hechos ocurridos fuera del territorio nacional y ante la participación de ciudadanos españoles (art. 23.2 de la LOPJ) o en base del principio de persecución universal (art. 23.4 de la LOPJ).*

Por tanto la investigación de los delitos denunciados será competente el juez del lugar en la que los hechos han ocurrido (art. 14.2 de la LECrim .) y en consecuencia corresponderá al juzgado de Granada conocer sobre los hechos ocurridos dentro del territorio de su jurisdicción."

TERCERO.- Por resolución de 26.03.10, se acordó suspender el curso de procedimiento de esta cuestión de competencia y la acumulada 20048/09 al apreciarse una cuestión prejudicial penal entre estas y la causa especial 20048/09 hasta que fuere esta resuelta, dictándose sentencia el pasado día 27 de febrero y notificada la misma el día 27, se acordó levantar la suspensión y señalar para deliberación y resolución, el día 14 lo que se llevó a efecto.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero . El titular del Juzgado de Instrucción Central n.º 5 dictó un auto de fecha 16 de octubre de 2008. En él daba cuenta de la recepción de diversas denuncias por hechos criminales consistente en muertes, torturas, detenciones ilegales de personas, a partir de 1936, durante los años de la guerra civil y la inmediata posguerra, producidos en diferentes puntos de la geografía española. Luego, tras diversos razonamientos, disponía la apertura de un trámite de diligencias previas y se declaraba competente para practicar la correspondiente investigación.

Con fecha 18 de noviembre de 2008, el mismo instructor -en el que ya era sumario 53/2008- dictó nuevo auto resolviendo inhibirse a favor de los Juzgados de Instrucción de las localidades en cuyos partidos pudieran hallarse los restos de las víctimas de los delitos denunciados.

Recurrida la primera de ambas resoluciones por el Fiscal, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en pleno dictó auto de 2 de diciembre de 2008 , declarando la falta de competencia objetiva del Juzgado Central n.º 5 para la investigación de las acciones a las que se refería la resolución aludida, y dejando sin efecto las actuaciones a las que la misma había dado lugar, incluido el segundo auto citado. Si bien advirtiendo que esta decisión no implicaba la nulidad *ex officio* de lo actuado; que las diligencias practicadas con anterioridad al auto de 16 de octubre podían considerarse realizadas a prevención; y que, así, las acciones a que las mismas pudieran dar lugar no resultarían afectadas por la incompetencia del instructor. También dejaba a salvo las diligencias que pudiesen considerarse necesarias porque su omisión hubiera supuesto la pérdida de elementos esenciales para la investigación. Todo, decía, en fin, el tribunal, sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales.

Como resultado de ese acuerdo del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mantendrían, pues, su vigor como tales denuncias (en concreto y para lo que aquí interesa), las que acabaron dando lugar a las Diligencias previas n.º 3209/2009 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Granada y a las de n.º 427/2009 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de San Lorenzo del Escorial (Madrid), sobre las que versan las dos cuestiones de competencia negativa ahora objeto de consideración.

Segundo . Por las actuaciones del magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, a las que acaba de hacerse referencia, se siguió contra él, en esta Sala Segunda, la causa especial n.º 20048/2009 por posible delito de prevaricación, que concluyó con sentencia absolutoria (n.º 101/2012) del pasado 27 de febrero de 2012 .

En esta resolución, a propósito de las actuaciones de aquel, objeto de enjuiciamiento, se afirma que "desde las denuncias, y quizá también desde a instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a depurar responsabilidad penal contra personas determinadas o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Más bien se pretendía mediante la demanda



de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció". Y también que "esa pretensión de las víctimas, aunque sea razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal pues no es [tal] el medio que el legislador ha dispuesto" en el ordenamiento en vigor.

La pendencia de tal decisión condicionaba en cierto modo la de las cuestiones de competencia negativa reseñadas en los antecedentes, por lo que se dispuso aplazar su resolución. Y ahora, una vez dictada, es cuando, de forma coherente con los fundamentos y el fallo de la misma, debe darse respuesta a las aludidas cuestiones.

Según lo que acaba de decirse, en este momento hay que estar:

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

b) A que, consecuentemente, por la fecha de iniciación de tales causas, las acciones criminales sobre las que versan deben considerarse prescritas, a tenor de lo previsto en los arts. 131 y 132 Cpenal . Es así, debido, de una parte, a que el delito de detención ilegal de carácter permanente sin dar razón del paradero de la víctima, presente en el Código Penal de 1928, desapareció en el de 1932, para ser reincorporado al de 1944, de modo que no estuvo vigente durante la mayor parte del tiempo en que tuvieron lugar las acciones que se trataría de perseguir. De otra, porque, como se dice en la STS 101/2012 , el argumento de la *permanencia* del delito fundado en la hipotética subsistencia actual de situaciones de detención producidas en torno al año 1936, carece de plausibilidad. Y, en fin, porque, aun admitiendo razonablemente -según también allí se dice- que, por la imposibilidad para los familiares de los afectados de instar la persecución de esos delitos durante la dictadura, hubiera que posponer el inicio del cómputo de la prescripción a la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, incluso en este supuesto, el plazo de de 20 años, habría transcurrido en todo caso.

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

d) A que -como se afirma en la STS 101/2012- la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante auto de 2 de diciembre de 2008 resolvió, correctamente por ser conforme a derecho, en el sentido de que el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 , por tanto, en general, los Juzgados Centrales de Instrucción, carecen de competencia objetiva para investigar los hechos criminales ya aludidos, consistentes, entre otros, en detenciones y ejecuciones de opositores políticos durante el periodo al que también se ha hecho referencia.

e) A que la misma Audiencia Nacional, afirmó que su resolución aludida "no afecta al legítimo derecho de las víctimas de la guerra civil -todas- y la dictadura del general Franco, de recuperar los restos de sus seres queridos, dignificarlos y honrar su memoria".

f) A que, en fin, en la STS 101/2012 se lee que las iniciativas dirigidas al Juzgado Central n.º 5 procedían de "quienes eran víctimas de unos delitos hoy día calificables como delitos contra la humanidad, que se encuentran en una situación de objetiva desigualdad con respecto a otras víctimas de hechos sustancialmente similares y coetáneos en el tiempo de la guerra civil". También allí se hace constar el reconocimiento de que, no obstante las previsiones de la Ley de Amnistía y de la conocida como de la Memoria Histórica, están pendientes actuaciones concretas en orden a la localización y recuperación de los restos, para dignificar a los asesinados y dar efectividad a la reconciliación perseguida con el primero de esos textos.

Tercero . Los derechos de las víctimas de violaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario gozan hoy de un amplio reconocimiento y de práctico universal consenso, del que son expresión algunos textos producidos en el ámbito de las Naciones Unidas, que a continuación se citan, y que tienen particular relieve en cuanto exponentes del momento del Derecho Internacional en la materia.

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU propugna el establecimiento y



reforzamiento, cuando fuera necesario, de "mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles".

En el mismo sentido, con mayor precisión y detalle, la Resolución de 2000, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Y, sobre todo, la Resolución de 2006, aprobada por la Asamblea General de la ONU, relativa a Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitaria a interponer recursos y obtener reparaciones.

En esta se proclama, como derecho de los afectados por tal clase de acciones criminales, entre otros, el de acceso a una reparación adecuada, que comprenda "la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad", así como "la búsqueda de [...] los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos, si fuera necesario, y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad". También el poder contar con "una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella".

Huelga decir que esos derechos, según los mismos textos, tienen como contrapartida, el deber de los estados de procurar de manera efectiva su satisfacción.

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

No obstante, esto no deberá ser obstáculo para que, en presencia de indicios objetivables de la existencia de restos de posibles víctimas de delitos susceptibles de localización -salvo cuando de la propia noticia contenida en la denuncia o querrela se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible- pueda instarse del Juez de Instrucción competente según el art. 14,2 Lecrim , la práctica de las diligencias dirigidas a datar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente, en derecho. Pues si hay algo inobjetable desde cualquier punto de vista -por imperativo del respeto debido a la dignidad de todas las personas (art. 10,1º CE), y hasta por razones de policía sanitaria mortuoria (D. 2263/1974, de 20 de julio)- es que los restos de quienes hubieran sufrido muertes violentas no pueden permanecer en el anonimato ni fuera de los lugares propios de enterramiento. Y tampoco cabe imponer a sus familiares el gravamen representado por tal clase de situaciones, moral y jurídicamente insostenibles.

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

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

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

Asimismo, en fin, la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil incluye una disposición adicional octava , ya en vigor, sobre inscripción de defunción de desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura, cuando de las pruebas aportadas pueda inferirse razonablemente su fallecimiento; precepto que abre también un cauce a la actuación judicial.

Quinto . Por todo lo razonado, debe concluirse en el sentido de que, a tenor de lo resuelto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su auto de 2 de diciembre de 2008 , asumido por esta sala en la sentencia n.º 101/2012, de 27 de febrero, la competencia para continuar con el trámite de las Diligencias previas 3209/2009 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Granada y las de n.º 427/2009 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de San Lorenzo de El Escorial (Madrid), corresponde, respectivamente, a cada uno de estos órganos, cuyos titulares, en el marco de lo decidido en esta última resolución y en este auto, resolverán como entiendan que procede en derecho.



III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : Decidir la cuestión de competencia en favor del Juzgado de Instrucción número 3 de Granada, en el caso de las Diligencias Previa 3209/2009; y en favor del Juzgado de Instrucción número 2 de San Lorenzo de El Escorial (Madrid), en el caso de las Diligencias Previa 427/2009. Ambos Juzgados deberán continuar la tramitación en el marco de lo acordado en este auto y en la sentencia 101/2012, de 27 de febrero, de esta Sala, como entiendan que procede en derecho. Comuníqueseles esta resolución y también al Juzgado Central de Instrucción número 5 de Madrid (D. Previa 399/2006) y al Ministerio Fiscal.

Así lo acuerdan y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir el presente, de lo que, como Secretaria, certifico.

Juan Saavedra Ruiz Andrés Martínez Arrieta Perfecto Andrés Ibáñez

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Luciano Varela Castro

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ