

Roj: ATS 3240/2016 - **ECLI:**ES:TS:2016:3240A
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1569/2015
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 18/04/2016
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO
Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

Recurso Nº: 1569/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

RECURSO CASACION Nº de Recurso : 1569/2015

Fallo/Acuerdo: Auto Texto Libre

Procedencia: PLENO DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Fecha Auto: 18/04/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Alberto Jorge Barreiro

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por : HPP

Se deja sin efecto el auto de sobreseimiento y archivo, al objeto de que se proceda a complementar la investigación en orden a constatar el fallecimiento de los procesados referido por la parte querellante

Recurso Nº: 1569/2015

Recurso Nº: 1569/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Juan Saavedra Ruiz

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Abril de dos mil dieciséis.

I. HECHOS

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 2 instruyó el sumario 56/2009 por genocidio pasando posteriormente a formarse Rollo de Sala 70/2009, y tras los oportunos trámites se incoó Expediente Gubernativo 10/2014 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y se dictó en Pleno el auto de fecha 15 de diciembre de 2014 con los siguientes

Antecedentes de Hecho:

"Primero-. En escrito de querrela de 19 de junio de 2008, formulada por la procuradora Sra Lobera Argüelles en nombre de Don Juan Ignacio y otros más, se describen hechos acontecidos en los campos de concentración nacionalsocialista de Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbürg, siendo los querrellados Gonzalo, Prudencio, Luis Alberto Constantino(Indalecio) , y calificados aquellos, como constitutivos del delito de persecución (por motivos políticos y raciales), con fines de exterminio, en cuanto crimen contra la humanidad, así como crímenes de guerra.

En auto de 17 de junio siguiente, el Juzgado Central de Instrucción nº 2 (Diligencias previas 211/08), se declaró competente para el conocimiento de los hechos, admitiendo a trámite la querrela formulada por los presuntos delitos de genocidio, torturas y lesa humanidad, contra las cuatro personas querelladas antes referidas. Por auto de 2 de diciembre de 2008, se admitió el ejercicio de la acción popular por la Federación Estatal de Foros por la Memoria, y en resoluciones posteriores se admitió la personación de la Asociación para la creación del archivo de la guerra civil, las brigadas internacionales, los niños de la guerra, la resistencia y el exilio español, Asociación de familiares y amigos de represaliados de la II República por el franquismo, y finalmente, la de la Asociación para la defensa y progreso de los intereses ciudadanos "Politeia" y la Fundación Acción pro Derechos Humanos.

Por auto de 16 de septiembre de 2009, se trasformaron las Diligencias Previas en Sumario (Sumario 56/09), que se instruiría por delitos de genocidio y lesa humanidad, sin perjuicio de ulterior calificación. En auto de 17 de septiembre siguiente, se decretó el procesamiento de Gonzalo, Prudencio y Luis Alberto.

En auto de 27 de octubre de 2009 se dejó sin efecto el procesamiento de Luis Alberto, al haberse acreditado su fallecimiento. La información al Juzgado la suministró

Interpol Sirene, en la que se indica que dicha persona murió el día 15 de octubre de 2009 en el hospital de Wilheminspital (folios 2171 y 2172).

En auto de 7 de enero de 2011 se decretó el procesamiento de Indalecio.

Segundo-. En fecha de 16 de noviembre de 2011, en nombre de partes acusadoras personadas, entre las que se encuentran las que en su día formularon la querrela inicial de este procedimiento, se interesó la imputación de Everardo, dando lugar a la admisión de la ampliación de la querrela contra dicha persona, a quien se declaró procesada en auto de 26 de febrero de 2013.

En auto de 25 de abril del anterior año 2012, se había dejado sin efecto el procesamiento de Indalecio, al haberse acreditado su fallecimiento el 17 de marzo de 2013 en Bad Feilnbach. Dicha circunstancia la puso Interpol en conocimiento de Juzgado, adjuntando una esquila (folios 2844 a 3846).

Tercero- . En providencia de 17 de marzo de 2014, a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo, relativa a la justicia universal, que modifica los apartados 2 , 4 , y 5 del artículo 23 y la introducción de un nuevo apartado 6 en dicho artículo, se dio traslado al Ministerio Fiscal para que informase respecto al eventual alzamiento de las medidas cautelares adoptadas respecto de los procesados, así como sobre la conclusión del sumario y posterior sobreseimiento a acordar, en su caso, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal.

La representación de las acusaciones populares interpuso recurso de reforma contra dicha providencia, solicitando la continuación de las actuaciones y que se plantease la cuestión de inconstitucionalidad por los cauces previstos para ello.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, evacuando el traslado conferido de la providencia de 17 de marzo de 2014, informó, en el sentido de que procedía acordar la conclusión del sumario y la elevación de la causa a los efectos de cumplir con el trámite previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Por otrosí, solicitaba que en relación a las Órdenes de Detención Internacional dictadas en la causa contra los procesados Gonzalo, Prudencio y Everardo, se mantuvieran en vigor a la espera de la decisión que adopte la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En auto de 4 de abril de 2014, se desestimó el recurso de reforma articulado contra la providencia de 17 de marzo anterior, y en auto de 14 de abril siguiente se declaró concluso el sumario remitiéndose a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal a fin de que se pronunciase sobre la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado a) del artículo 23.4 de la LOPJ a los efectos de cumplir con el mandato previsto en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o bien, se adoptase la decisión que se estimase pertinente.

Ante el Pleno de la Sala de lo Penal, emitieron informe el Ministerio fiscal y la representación de Don Juan Ignacio y otros.

El Ministerio Fiscal, partiendo de que los hechos han sido calificados de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de torturas, denunciados en las querellas

interpuestas y admitidas a trámite en los autos de 18 de julio de 2008, y en los autos de 17 de septiembre de 2009 y 26 de febrero de 2013, por lo que se acordó el procesamiento de los querellados, y atendiendo a la modificación operada, informó en el sentido de que el procedimiento a pesar de las miles de víctimas españolas quedaba abocado irremediablemente a su sobreseimiento y archivo definitivo por imperativo legal, sin perjuicio de que por el Pleno de la Sala de lo Penal se valorase al amparo del artículo 35 LOTC la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 23.4 a) de la LOPJ , norma orgánica cuya aplicación conduce imperativamente al sobreseimiento de la causa, en cuanto puede vulnerar derechos constitucionales: el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24 de la CE y artículo 53.1º de la CE , y el principio de igualdad del artículo 14 de la CE .

En nombre de Don Juan Ignacio y otros se presentó escrito respondiendo al traslado conferido para instrucción, en el que tras alegar que la reciente reforma operada del artículo 23.4 de la LOPJ operada por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, las presentes actuaciones carecen de futuro procesal, y que el daño al procedimiento ya estaba causado. Abordó diversos hitos procesales de la causa, para terminar manteniendo que la condición establecida en el nuevo artículo 23.4. a), de aplicarse al presente caso, supondría de facto una derogación del artículo 24.1 de la Constitución española de 1978 -tutela judicial efectiva- para los ciudadanos españoles víctimas de crímenes graves en el extranjero cuando hayan sido cometidos por extranjeros que no se encuentren en territorio nacional. Por ello, se interesaba que se declare inaplicable a la presente causa, por los motivos expuestos, la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, y, en todo caso, se procediera al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 23.4 de la LOPJ en su nueva redacción, dada la flagrante violación del derecho a la tutela judicial efectiva de los artículos 24 y 53 de la CE que ésta supone, así como del principio de igualdad del artículo 14 de la misma.

Cuarto-. Los días 3 de octubre y 12 de diciembre de 2014, se celebró Pleno de la Sala de lo Penal, y tras la deliberación se acordó por mayoría de los integrantes, el sobreseimiento y archivo de la causa sin planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad frente a la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, dando lugar a la presente resolución, de la que es ponente, la Magistrada Dona Teresa Palacios Criado, que expresa el parecer de la Sala".

SEGUNDO.- El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el referido auto dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Decretar el sobreseimiento y archivo del presente procedimiento, sin que haya lugar al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciendo saber los recursos que caben contra la misma.

Una vez efectuado, y firme la presente, devuélvase el procedimiento al Juzgado Central de Instrucción nº 2, a los efectos acordados".

TERCERO.- Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de POLITEIA (Asociación para la Defensa y Progreso de los Intereses Ciudadanos") que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución,

formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo de los arts. 852 de la LECr y 5.4 de la LOPJ, en relación con el art. 24.1 de la Constitución, por vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión, al negar la Sala plenaria de instancia con la decisión recurrida el derecho a la jurisdicción que reconocen a la recurrente tanto el precepto constitucional citado como el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. SEGUNDO.- Al amparo de los arts. 852 de la LECr y 5.4 de la LOPJ en relación con los arts. 24.1, 10.2 y 117.1 y 3 de la Constitución ejercer la Sala de instancia su potestad con descuidado abandono de su independencia y quiebra de su plena y exclusiva jurisdicción, e inobservancia de su deber tutelar y de motivación de sus decisiones. TERCERO.- Al amparo de los arts. 852 de la LECr y 5.4 de la LOPJ, en relación con el art. 24.2 de la Constitución, por haber decidido la Sala de instancia el sobreseimiento y archivo de la causa vulnerando el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa en relación con el debido proceso (público y con todas las garantías) que protege la norma constitucional invocada y, en la forma de proceso equitativo (imparcialidad) el art. 6.1 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y con infracción del art. 264.2 de su estatuto y del art. 120 de la Constitución. CUARTO.- Al amparo de los arts. 852 de la LECr y 5.4 de la LOPJ, en relación con el art. 14 en conexión con los arts. 1.1 y 9.1 y 2, de la Constitución, y 7.1 y 2 de la LOPJ, por haber decidido la Sala de instancia el sobreseimiento y archivo de la causa vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley en la aplicación de la ley que protegen la norma constitucional invocada y los arts. 6.1 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. QUINTO.- En virtud del apartado 1º del art. 849 de la LECr por infringir la decisión judicial recurrida una norma de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la ley penal, como es el precepto del art. 1 del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en relación con el art. 607 del CP, con los arts. 21.1 y 65.1º de la LOPJ, con el art. 637 de la LECr y con el art. 6.3 del CP, referidos a la obligación de actividad sancionadora y a la prohibición de no enjuiciar cuando el hecho está calificado (provisional) como delito y los presuntos autores están procesados con ese título y no aparecen exentos de responsabilidad. SEXTO.- Por infracción de ley, apartado 1º del art. 849 de la LECr por infringir la decisión judicial recurrida una norma de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la ley penal, como son los preceptos de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena de 25 de mayo de 1969, sobre el derecho de los tratados, en conexión con los arts. 5a y 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, con el anteriormente invocado art. 1 de la Convención del genocidio, y los arts. 607, 607 bis y 608a y 614 bis, del Código Penal.

QUINTO.- Instruidas las partes, la Procuradora Sra. Lobera Argüelles, actuando en representación de Juan Ignacio, Marcelina, Aiday y otras personas físicas y asociaciones, presentó escrito ante esta Sala el 13 de octubre de 2015 formulando alegaciones al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de POLITEIA contra el auto del Pleno de la Audiencia Nacional dictado el 15 de diciembre de 2014. En su escrito, la parte querellante, después de explicar pormenorizadamente cuál ha sido la evolución del procedimiento desde que se inició por una querrela que ella misma presentó, alega que coincide con la parte recurrente en que el auto recurrido vulnera los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, y también infringe lo dispuesto en los arts. 9, 10 y 96 de la Constitución, señalando asimismo que la nueva regulación del art. 23.4 de la LOPJ incurre en inconstitucionalidad, por contradecir lo establecido en los arts. 10.2 y 9.1 y 3 de la Constitución. Sin embargo, al haber fallecido los cinco sujetos que constan procesados

en la causa como presuntos autores de los delitos de genocidio y lesa humanidad (Gonzalo, Prudencio, Luis Alberto, Constantino Indalecio Everardo), la acción penal habría quedado extinguida.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal, en el trámite de alegaciones al recurso de casación de la entidad POLITEIA (Asociación para la Defensa y Progreso de los intereses de los ciudadanos), adujo que, una vez constatado el fallecimiento de los únicos cinco sujetos que figuran como procesados en la causa, el último de ellos con fecha 23 de abril de 2014, no procede ya entrar a impugnar el recurso interpuesto por la referida asociación, siendo lo procedente el archivo de las actuaciones.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 31 de marzo de 2016.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La parte recurrente (POLITEIA) impugna a través de los seis motivos de su recurso el sobreseimiento y el archivo acordado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el auto dictado el 15 de diciembre de 2014. La decisión recurrida se fundamentó en la aplicación del nuevo texto del art. 23.4 a) de la LOPJ, establecido por LO 1/2014, de 13 de marzo, en el que se dispone que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como delitos de genocidio, lesa humanidad o contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

Además de este precepto, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se basó también, como precepto complementario, en la disposición transitoria única de la misma Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, que dice así: "Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella".

Con base en tales preceptos del nuevo texto legal, consideró la mayoría del Pleno de la Audiencia Nacional que la dicción de la norma es diáfana, tanto en lo que se refiere al ámbito de la aplicación del principio de justicia universal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y de los delitos contra personas y bienes en caso de conflicto armado, como en lo que concierne a la disposición transitoria que extiende la aplicación de la reforma a los procedimientos que se hallen en trámite.

El auto recurrido considera que la nueva exigencia de que para tramitar procedimientos penales en España por esos delitos contra ciudadanos extranjeros éstos tengan que residir en España no se opone al Derecho de los Tratados ni a los que España tiene suscritos sobre esas modalidades de delitos contra la comunidad internacional. Y con respecto a las alegaciones en las que se tilda de inconstitucional la reforma por dejar desprotegidos a los ciudadanos españoles víctimas de tales delitos al condicionar la persecución en España a que los presuntos autores residan en nuestro país, se afirma en el auto recurrido que por más que pueda resultar deseable una mayor amplitud en la protección de las víctimas españolas, la restricción que lleva a cabo la reforma a través de la configuración legal del derecho a la tutela judicial

efectiva no vulnera normas constitucionales al hallarse la nueva ley orgánica comprendida dentro de las facultades del legislador para delimitar el alcance del derecho fundamental referido y de otros que se citan por alguna de las partes.

SEGUNDO. La única parte recurrente, la asociación POLITEIA, cuestiona los argumentos reseñados en el auto recurrido que se acaban de exponer, y aduce en el curso de sus seis motivos de recurso como argumentos nucleares que la resolución vulnera el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión, así como el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley; y también denuncia que infringe una norma de carácter sustantivo que debe ser observada en la aplicación de la ley penal, como es el precepto del art. 1 del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en relación con el art. 607 del CP, con los arts. 21.1 y 65.1º de la LOPJ, con el art. 637 de la LECr y con el art. 6.3 del CP, referidos a la obligación de actividad sancionadora y a la prohibición de no enjuiciar cuando el hecho está calificado (provisionalmente) como delito y los presuntos autores están procesados por ese título y no aparecen exentos de responsabilidad. Al mismo tiempo incide en que el Tribunal ejerce su potestad jurisdiccional con descuidado abandono de su independencia y quiebra de su plena y exclusiva jurisdicción, e inobservancia de su deber tutelar y de motivación de sus decisiones. Por último, entiende también conculcados los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena de 25 de mayo de 1969, sobre el derecho de los tratados, en conexión con los arts. 5a8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, con el anteriormente invocado art. 1 de la Convención del genocidio, y los arts. 607, 607 bis y 608a614 bis, del Código Penal.

Algunas de tales infracciones también son puestas de relieve por la parte querellante integrada por Juan Ignacio, Marcelina, Aiday y otras personas físicas y asociaciones, parte que aduce en el trámite de alegaciones al recurso que coincide con la recurrente en que el auto impugnado vulnera los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, y también infringe lo dispuesto en los arts. 9, 10 y 96 de la Constitución, señalando asimismo que la nueva regulación del art. 23.4 de la LOPJ incurre en inconstitucionalidad, por contradecir lo establecido en los arts. 10.2 y 9.1 y 3 de la Constitución. Sin embargo, al haber fallecido los cinco sujetos que constan procesados en la causa como presuntos autores de los delitos de genocidio y lesa humanidad (Gonzalo, Prudencio, Luis Alberto, Constantino Indalecio y Everardo), estima que la acción penal ha quedado extinguida debido a tales óbitos.

Los votos particulares emitidos a la resolución que es objeto de recurso cuestionan también la tesis mayoritaria de la Sala de instancia. De una parte, porque consideran que, al tratarse de un supuesto de crímenes de guerra, los Convenios de Ginebra obligarían a buscar a las personas que hubieran incurrido en infracciones graves, haciéndolas comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad, o, si se prefiere, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante. Incidiendo también en la supremacía de jerarquía de las normas de los tratados sobre las de derecho interno.

De otro lado, se postula el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad por la restricción del acceso de jurisdicción que se hace en el texto de la reforma de 2014 con respecto a los ciudadanos españoles que hayan sido víctimas de los delitos más graves contra la Comunidad Internacional.

TERCERO. La nueva regulación del principio de justicia universal con respecto a los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra ha procedido a una restricción tan sustancial del derecho de los ciudadanos españoles víctimas de tales

delitos en el extranjero, que excluye de forma extrema su acceso a la jurisdicción para defender sus derechos dentro del territorio español, dadas las escasísimas posibilidades de que uno de los presuntos autores resida habitualmente en España.

Desde tal perspectiva, no puede extrañar que incluso el propio Ministerio Fiscal, al formular alegaciones en escrito de 30 de mayo de 2014 sobre la procedencia del sobreseimiento, haya sugerido la valoración por la Audiencia Nacional de la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 23.4.a) de la LOPJ, al amparo del art. 35 de la LOTC, en cuanto aquella norma puede vulnerar derechos constitucionales: el derecho a la tutela judicial efectiva y el art. 53.1º de la CE, así como el principio de igualdad del art. 14 de la CE.

La gran contradicción sustancial de la reforma queda evidenciada en el hecho de que mientras que los delitos más graves del Derecho penal internacional (lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra) son desplazados fuera de la competencia de la jurisdicción española, excepto para los supuestos de rarísimas excepciones anteriormente expuestas; en cambio, sí cabría encuadrar en el ámbito de nuestra jurisdicción los delitos de segundo grado del Derecho Penal internacional, aunque también con unas restricciones que no se daban en la Ley Orgánica 1/2009, y mucho menos en la 6/1985.

Como dato significativo a destacar debe subrayarse que el criterio de la nacionalidad española de la víctima (principio de personalidad pasiva), que ha quedado excluido para los delitos más graves o de primer grado, sí se admite como vínculo para la aplicación de la jurisdicción española para algunos de los graves delitos del segundo nivel: contra la integridad moral, desaparición forzada, trata de seres humanos, terrorismo, contra la libertad e indemnidad sexual, falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública. Ahora bien, se exige a mayores que el imputado se encuentre en territorio español, requisito que sólo se excluye en los cuatro últimos delitos que se acaban de citar.

Con todo, y sin entrar en el análisis de las razones que pudieran concurrir para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ni en algunas de las otras cuestiones que suscita la parte recurrente, lo cierto es que en el presente caso, a tenor de las alegaciones de la parte querellante y del Ministerio Fiscal, el procedimiento ha llegado a un punto en el que, al parecer, ya no consta la existencia de imputado alguno contra el que dirigir la acción penal, por lo que se carecería de base procesal para proseguir ahondando en la presente causa tanto con miras a obtener una interpretación de las nuevas normas acorde con la Constitución, como con el fin de acudir a la vía de plantear una posible cuestión de inconstitucionalidad.

En efecto, tal como han alegado la parte querellante y el Ministerio Fiscal, en la causa constan datos indicativos de que los cinco sujetos, de muy avanzada edad, que aparecen procesados todos ellos por los delitos de genocidio y lesa humanidad, han fallecido incluso con anterioridad a que se dictara la resolución recurrida. Así figura de forma fehaciente cuando menos con respecto a los procesados Luis Alberto, Indalecio Everardo, que son citados en los escritos de los querellantes, al mismo tiempo que consta aportada documentación a la causa sobre su fallecimiento.

En cambio, con respecto a los procesados Prudencio y Gonzalo, no figura en las actuaciones certificación alguna de sus fallecimientos, si bien la parte querellante alega que ya ha fallecido, y así aparece también como hecho notorio en la información de las redes sociales.

Por consiguiente, vistas las alegaciones de los querellantes y del Ministerio Fiscal sobre el fallecimiento de los únicos cinco imputados con respecto a los que se sigue la causa, lo que procede es avalar y confirmar los claros indicios de que han fallecido, indicios que quedan por contrastar con respecto a dos de ellos: Prudencioy Gonzalo. Y es que en el caso de que se confirmara la información y los datos aportados por las partes procedería dictar un sobreseimiento libre de las actuaciones y no el mero sobreseimiento provisional adoptado por la Sala de instancia. Pues, aunque en el auto recurrido no se especifica qué clase de sobreseimiento se ha dictado, parece obvio que, dada la redacción de la disposición transitoria aplicada, en la que se impone el sobreseimiento mientras que no se acrediten los requisitos que exige la ley para pueda proseguirse la tramitación, se está ante un sobreseimiento provisional y no libre, siendo éste el que procedería adoptarse en el caso de que se verificara la muerte de los cinco procesados, al ordenarlo así el art. 637.3º de la LECr. en relación con lo dispuesto en el art. 130.1.1º del C. Penal.

En virtud de lo razonado, procede dejar sin efecto el auto de sobreseimiento y el archivo impugnados, al objeto de complementar la instrucción con averiguación de los datos que se acaban de reseñar, declarándose de oficio las costas de esta instancia.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

Se deja sin efecto el auto de sobreseimiento y archivo dictado el 15 de diciembre de 2014 por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al objeto de que se proceda a complementar la investigación en los términos expresados en el fundamento tercero de esta resolución. Y una vez verificado, désele a la causa el curso que proceda con arreglo a derecho.

Se declaran de oficio las costas de esta instancia.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

Manuel Marchena Gómez José Ramón Soriano Soriano Alberto Jorge Barreiro Perfecto Andrés Ibáñez Juan Saavedra Ruiz