



Roj: **ATS 2864/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2864A**

Id Cendoj: **28079120012015200731**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2015**

Nº de Recurso: **20962/2014**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Recurso Nº: 20962/2014

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

CUESTION COMPETENCIA Nº de Recurso : 20962/2014

Fallo/Acuerdo: Auto Resolviendo Cuestión Competencia

Procedencia: JDO. CENTRAL INSTRUCCION N. 6

Fecha Auto: 20/04/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Manuel Marchena Gómez

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

Escrito por : MGP

CUESTIÓN DE COMPETENCIA

0

Recurso Nº: 20962/2014

Recurso Nº: 20962/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez

D. Joaquín Giménez García

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

En la Villa de Madrid, a veinte de Abril de dos mil quince.



I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 26 de diciembre de 2014 se recibió en el Registro General del Tribunal Supremo exposición y testimonios del Sumario (Proc. Ordinario) 97/10 del Juzgado Central de Instrucción nº 6, para que al amparo del art. 23.5º LOPJ, en relación con el art. 23.2, c) y, como su consecuencia, el art. 11.2 todos del mismo cuerpo legal orgánico, que evitarían la institución de cosa juzgada ante la inexistencia de bis in idem explicando la continuación del procedimiento frente a aquéllos sobre quienes se simuló procedimiento penal y sentencia en El Salvador. Acordando por providencia de 7 de enero formar rollo, designar Ponente y el traslado al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal por escrito de 16 de febrero dictaminó: "... A) *La jurisdicción española y concretamente el Juzgado Central de Instrucción nº 6 es competente para conocer de los hechos objeto del Sumario Ordinario nº 97/2010 conforme al art. 23.4º apartado e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial según redacción dada por LO 1/2014.* B) *No existe cosa juzgada en los términos del número 5º del citado artículo por los argumentos anteriormente desarrolladas en cuanto el procedimiento seguido en El Salvador sólo fue a nivel formal pero no supuso una investigación seria y eficaz de los hechos y de los culpables y no estuvo rodeado de las debidas garantías ni presidido por la suficiente imparcialidad, de manera que no puede cerrar la puerta a la actual investigación.* C) *No existen impedimentos procesales para la continuación del procedimiento a pesar de no existir querrela del Ministerio Fiscal o del agraviado puesto que el Ministerio Público a lo largo del proceso ha mantenido una activa postura investigadora para en su día y a resultas de la misma mantener la acción penal.*

TERCERO.- Por providencia de 10 de marzo, se señaló para deliberación y resolución, el 25 de marzo pasado, así como la composición de la Sala. Acordándose la suspensión del señalamiento por pender otros asuntos de carácter preferente y por providencia del mismo día se acordó para nuevo señalamiento para deliberación y resolución el día 7 de abril, lo que se llevó a efecto.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- De conformidad con los antecedentes de hecho de esta resolución, el Juzgado Central de instrucción nº6 de la Audiencia Nacional elevó exposición razonada a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en el sumario nº 97/2010, a fin de que, al amparo del número cinco del artículo 23 de la LOPJ, se determinara si las actuaciones que se siguieron en su día en El Salvador, para el enjuiciamiento de los hechos investigados en el citado procedimiento, fueron «fraudulentas o incompletas», alcanzando un resultado de «no justicia», que justificaría la continuación de su investigación por parte de los Tribunales españoles.

1 . Según se relata en la exposición remitida, el sumario nº 97/2010 tramitado en Juzgado Central de instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional se inició en virtud de querrela criminal interpuesta por la Asociación Pro Derechos Humanos de España así como el Centro de Justicia y Responsabilidad, en la que se denunciaban los asesinatos de los sacerdotes jesuitas de origen español y nacionalizados salvadoreños Hilario , Pelayo , Luis Angel , Benito , Francisco , el sacerdote salvadoreño Obdulio , su empleada doméstica Natalia y la hija de ésta Aida , ocurridos el día 16 de noviembre de 1989 en la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas".

El crimen se habría cometido, según la querrela, por miembros del Batallón de Infantería de Reacción Inmediata, "ATLACATL" (batallón del ejército salvadoreño), en ejecución de un plan concebido en la sede del Estado Mayor del Ejército y en cumplimiento de las órdenes dadas por sus superiores.

Conforme expone el Juez de instrucción, de conformidad con las diligencias de investigación practicadas en el marco del procedimiento citado, de los hechos investigados aparecen como responsables las siguientes personas que, en el momento de los hechos, ocupaban los cargos que se detallan: Juan Alberto (Ministro de Defensa Nacional en el momento del asesinato); Constancio (Coronel y Jefe del Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada de El Salvador); Isidro (General y Comandante de la Fuerza Aérea Salvadoreña); Roque (Coronel Salvadoreño y Viceministro de Defensa Nacional); Pedro Enrique (Coronel y Viceministro de Seguridad Pública); David (Coronel y Jefe de la Primera Brigada de Infantería de la Fuerza Armada de El Salvador); Jesús (Teniente y miembro del Batallón de Infantería de Reacción Inmediata "ATLACATL"); Santos (Subteniente del Batallón "ATLACATL"); Miguel Ángel (Cabo y miembro del Batallón "ATLACATL"); Domingo (Sargento y miembro del Batallón "ATLACATL"); Jon (cabo y miembro del Batallón "ATLACATL"); Segismundo (Sargento asignado al Batallón "ATLACATC"); Abilio (Soldado y miembro del Batallón "ATLACATL"); Elias (Coronel del ejército y director de la Escuela Militar "Capitán General Gerardo Barrios"); Leon (Coronel de la Fuerza Armada y jefe del Conjunto Tres de Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada); Victorio (Coronel de la Fuerza Armada destacado en la Dirección Nacional de Inteligencia de El Salvador); Aquilino (Teniente de la Fuerza Armada destacado en la Dirección Nacional de Inteligencia de El Salvador); Fernando (Coronel



de la Fuerza Armada salvadoreña y comandante del "ATLACATL"); Octavio (Comandante y Director Adjunto de la Escuela Militar) y Luis Francisco (Teniente y miembro de Batallón "ATLACATL").

2. Expone asimismo el órgano a quo que, en el país de comisión de los hechos, El Salvador, se desarrolló, respecto a ellos, una investigación y un proceso penal. Concurren, sin embargo, una serie de circunstancias que conducen a concluir que el citado proceso así como la sentencia dictada fue una «simulación», que habría llegado a un resultado de «no justicia». En consecuencia, no debería aplicarse la institución de cosa juzgada. Estas circunstancias serían las siguientes:

- Las dilaciones de la Comisión Investigación de Hechos Delictivos en obtener documentos -parte de los cuales así pudieron ser destruidos-y otros medios probatorios.
- El hecho de que la propia Comisión Investigadora de Hechos Delictivos no recibiera declaración a implicados evidentes, como el Coronel Elías .
- El hecho de no revelar al juez Instructor, Sr. Urbano , el nombre de los cinco militares y dos civiles que formaron parte de la anterior Comisión, ni explicarle su metodología.
- No hubo posibilidad de contrastar ni judicialmente ni por observadores internacionales la validez de las 30 declaraciones extrajudiciales de miembros del ejército, las más cercanas a la fecha de los hechos.
- La destrucción de pruebas clave, como los libros registro militares de esos días.
- Se obstaculizó la acción del Juez respecto de los testigos militares: no acudían a sus citaciones, se presentaban deliberadamente testigos equivocados y el Ejército, casualmente, destinaba al extranjero a testigos fundamentales.
- La renuncia de los Fiscales del caso (Sres. Jose Miguel y Bernardino) porque el Fiscal General les ordenaba no impulsar el procedimiento, no informar a la prensa, les separaba de su previo trabajo conjunto y en equipo, y no les permitía interrogar a determinados testigos militares importantes (Sres. Raimundo y Juan Luis).
- Denegación de todas las diligencias probatorias pedidas por los abogados de las víctimas, pese a que se supo que en los interrogatorios por escrito fundamentales (sic), sin aclarar enormes contradicciones y se esforzaron por encubrir a los responsables del crimen.
- Las Diligencias probatorias fueron obtenidas artificiosamente, en medio de un clima obstruccionista, bajo presión y en un clima de grave temor real a las consecuencias lesivas de quien investigaba.
- Las Comisiones Rogatorias emitidas para recibir declaración a los militares norteamericanos, que rechazaron acudir personalmente al interrogatorio, se contestaron sin profundizar en las preguntas formuladas.
- En el juicio oral no se contradijo la prueba, limitándose a leer las declaraciones y diligencias sumariales.
- Durante la celebración del juicio oral se desarrollaron continuas injerencias y presiones exteriores (sobrevuelo de helicóptero, megafonía exterior, sirenas, música, manifestaciones), con el fin de alterar el ánimo del jurado.
- La defensa se dirigió en ocasiones al jurado en voz baja inaudible al público.
- El jurado no tuvo ninguna duda ni pregunta que formular, ni quiso acudir a inspeccionar el lugar del crimen.
- Los miembros del jurado declararon haber sido amenazados.

SEGUNDO.- 1 . Los apartados cuarto, quinto y sexto del artículo 23 de la LOPJ fueron modificados por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

La justicia universal, declaráramos en la STS 592/2014, de 24 de julio , ha sufrido una evolución; de manera que inicialmente, tras la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de definirse como de pura justicia universal, en tanto que carecía de cualquier condicionante jurídico; una segunda concepción, inaugurada mediante la modificación operada en 2009 (LO 1/2009, de 3 de noviembre), que podemos adjetivar de justicia universal con exigencia de una conexión nacional, o vínculo relevante que nos relacione con el hecho perseguido; y la vigente, que nace con la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, en donde preponderantemente se atiende a la configuración de los tratados internacionales y el grado de atribución de jurisdicción que otorgan a los Estados firmantes.

La Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica declara que: «*La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites*



territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice (...)» .

Con este propósito, se modificaron, como decíamos, los apartados cuatro y cinco del artículo 23 de la LOPJ , además de añadir un apartado sexto que excluye en estos casos la acción popular.

En el apartado cuarto, la reforma concreta, caso por caso, qué condiciones de conexión son las relevantes para que la jurisdicción española pueda conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como algunos de los delitos allí previstos.

En el apartado cinco, por su parte, se regula expresamente el principio de subsidiariedad.

Dice este precepto:

« 5 . Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada».

Y se añade a continuación: *« Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.*

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio ».

Se atribuye así a esta Sala, la competencia para realizar una ponderación similar a la que el art. 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional atribuye a la misma para decidir sobre la admisibilidad o no de las pretensiones formuladas.

En efecto, de conformidad con el art. 17 de dicho Estatuto, la Corte Penal Internacional resolverá la inadmisibilidad de un asunto, entre otros supuestos, cuando: a) sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte Penal Internacional, continúa el citado artículo, examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:



«a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia».

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, prevé el apartado tercero del precepto, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

Asimismo el artículo 20.3 del mismo Estatuto dispone lo siguiente:

«3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia».

La primera de las normas citadas establece y regula, respecto a la Corte Penal Internacional, el principio de complementariedad respecto a las jurisdicciones penales nacionales, de manera que la Corte, según lo expuesto, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando sea objeto de investigación o enjuiciamiento por el Estado que tenga jurisdicción sobre él o cuando haya sido objeto de investigación por dicho Estado y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate. No obstante lo cual, el propio artículo le reconoce la posibilidad de que si entiende que dicho Estado no está dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no puede realmente hacerlo, la Corte asuma su investigación. Se le reconoce de esta forma lo que se ha denominado una cierta facultad de «tutela y supervisión», sobre las jurisdicciones penales nacionales, en los delitos de su competencia; con la necesaria ponderación que implica el ejercicio de dicha facultad, que exigirá que la Corte se pronuncie sobre la Administración de Justicia de otros Estados o sobre la intención de sus autoridades.

El artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal internacional consagra, por su parte, la institución de la cosa juzgada, pero con determinadas excepciones en la línea señalada por el artículo anterior.

2. El apartado cinco del artículo 23 de la LOPJ, según la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, atribuye a esta Sala de lo Penal, como decíamos, la realización de un juicio de ponderación similar al que los artículos citados atribuyen a la Corte Penal internacional.

En efecto, después de disponer, en el apartado cuatro, de qué delitos podrán conocer los Tribunales españoles aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional por españoles o extranjeros, y en qué circunstancias, el apartado cinco consagra el principio de subsidiariedad. De manera que, incluso en estos casos -los previstos en el apartado cuatro- se excluye la competencia de los Tribunales españoles cuando ya se hubiera iniciado, respecto a los hechos en cuestión, un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional, en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que, en estos últimos casos, se cumplan las condiciones establecidas.

Ahora bien si se constata que el Estado que ejerce su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, los Tribunales españoles sí podrán conocer de los hechos en cuestión. Porque, como declara el preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo.

La valoración sobre esa imposibilidad objetiva o esa falta de intención del Estado correspondiente para llevar a cabo la investigación habrá de realizarse por esta Sala de lo Penal, que habrá de tener en cuenta para ello los parámetros fijados por el legislador. Esta valoración, por otro lado, supone «enjuiciar» la actuación de la Administración de Justicia de otro Estado, no está exenta de dificultades y puede conllevar el análisis de



cuestiones complejas, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista político-diplomático e incluso histórico, que exigen a este Tribunal prudencia en su ejercicio.

Decíamos al respecto en la STS 1240/2006, de 11 de diciembre, que la intervención de los Tribunales españoles, respecto de hechos cometidos fuera de su territorio, puede plantear indudables conflictos desde el punto de vista de las relaciones internacionales del Estado español -competencia propia del Gobierno de la Nación (v. art. 97 C E)-, materia, ajena a la función jurisdiccional, pero que, sin duda, los Tribunales no pueden desconocer de modo absoluto. Por lo demás, continuaba dicha resolución, en cuanto al sometimiento de conductas desarrolladas fuera del ámbito territorial de los distintos Estados a la jurisdicción de sus Tribunales, en materias que interesan a la comunidad internacional, especialmente en cuanto pudieran afectar a la paz y a la protección y defensa de los derechos humanos, la evolución del llamado Derecho penal internacional parece orientarse más bien hacia los Tribunales internacionales y a la intervención de las Naciones Unidas. En este sentido, destacábamos el carácter complementario y subordinado con que el Estatuto de Roma configura la competencia de la Corte Penal Internacional así como su ámbito objetivo.

3 . La valoración que ha de hacer este Tribunal, conforme al apartado cinco del artículo 23 de la LOPJ, se apoyará, por otro lado, en la exposición razonada remitida por el órgano *a quo*.

Esta exposición deberá poner de manifiesto los indicios específicos que existen para que se pueda concluir que el país en el que se cometieron los hechos no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo, valorando para ello los criterios señalados en el citado precepto.

Tratándose de una exposición razonada debe concluirse que es al órgano remitente al que le compete describir (por eso, es «exposición») los indicios o elementos que permitan entender que la actuación de otro Estado es deficiente; y, además, razonar por qué se llega a tal conclusión (por eso, es exposición «razonada»). A continuación, la Sala de lo Penal debe «valorar» (en términos del art. 23 LOPJ) si efectivamente la actuación del Estado es deficiente o no.

La conclusión de que las exposiciones razonadas del artículo 23.5 de la LOPJ deben describir y, además, razonar, los indicios concretos que permiten dudar de la efectividad de los procesos penales incoados en el lugar donde ocurrieron los hechos, tiene apoyo en la jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Penal sobre las exposiciones razonadas de otra naturaleza, pero de similar significado funcional.

Por otra parte, la naturaleza y contenido de las exposiciones a las que se refiere el art. 23.5 de la LOPJ han sido cuestiones tratadas recientemente en los autos dictados por esta Sala, en las Cuestiones de competencia nº 20092/2015 y 20093/2015.

En la primera (Cuestión de competencia nº 20092/2015) se ha dictado auto de fecha 8 de abril de 2015, en el que se señala que *"la remisión de una exposición razonada significa que el Juez de Instrucción ha de plasmar y explicar las razones por las que estima que, ante la falta de consistencia y efectividad del proceso penal en trámite en el país en que se perpetraron los hechos, ha de proseguir manteniendo la competencia de la jurisdicción española con arreglo al principio de justicia universal"*; así como que la exigencia del art. 23.5 de la LOPJ de que la exposición que remita sea "razonada" determina que, siendo el Juez de Instrucción la persona idónea para sopesar las posibilidades de que prospere la tramitación del proceso penal que se sigue en el país en el que sucedieron los hechos, *"debe explicar a este Tribunal los argumentos por los que en el presente caso entiende que ha de proseguir con su competencia instructora ante el déficit procesal del procedimiento que se tramita en Chile, exponiendo así las razones por las que en este caso no procede la aplicación del principio de subsidiariedad. Y es que, de no ser así, tendría que haber declinado su competencia jurisdiccional y remitir directamente la causa a la Sección correspondiente de la Audiencia Nacional para que procediera al sobreseimiento del sumario ordinario que se halla en trámite"*.

Por su parte, en la Cuestión de competencia nº 20093/2015, se indica que la citada exposición razonada supone *"(...) la exposición o descripción de los elementos instrumentales y, además, el razonamiento o argumentación de la funcionalidad de los mismos, culminado con la conclusión por la que justifique no haberse apartado del conocimiento con rechazo de la querrela, conforme al principio de subsidiariedad, ya que esta decisión de declinar no está condicionada a la valoración del Tribunal Supremo, solamente exigible para persistir en la asunción de la jurisdicción"*.

TERCERO.- La aplicación de las consideraciones expuesta al supuesto de autos conduce a concluir que existen, con respecto a los hechos objeto del

Sumario nº 97/2010, indicios suficientes de que el proceso penal desarrollado en su día en El Salvador no garantizó el castigo y persecución efectiva de sus responsables.



1 . En primer lugar, como presupuesto necesario para que entren en juego las previsiones del apartado quinto del artículo 23.4 de la LOPJ , cabe precisar que los Tribunales españoles, de acuerdo con el apartado cuarto del mismo precepto, tienen jurisdicción para conocer de los hechos investigados en el citado sumario porque estos pudieran ser constitutivos, según el auto de procesamiento de 31 de julio de 2011, de ochos delitos de asesinatos terroristas, resultando que alguna de las víctimas tenía la nacionalidad española, además de la salvadoreña, en el momento de los hechos - número cuatro, apartado e), del apartado cuatro del artículo 23 LOPJ -.

2 . En segundo lugar, a partir de las consideraciones expuestas por el órgano *a quo* podemos concluir, que existen, en efecto, indicios serios y razonables de que el proceso penal seguido en El Salvador no pretendió realmente que los responsables de los hechos fueran castigados sino, más bien, su sustracción a la justicia, todo ello acompañado de la ausencia de las garantías necesarias de independencia e imparcialidad.

Así se desprende del conjunto de circunstancias puestas de manifiesto por el Juez instructor en la exposición razonada elevada a esta Sala en la que, entre otros extremos, se destaca: las dilaciones de la Comisión Investigación de Hechos Delictivos en obtener documentos -parte de los cuales así pudieron ser destruidos- y otros medios probatorios; la ocultación de datos al juez instructor por parte de dicha comisión; la renuncia de los Fiscales del caso porque el Fiscal General les ordenaba no impulsar el procedimiento, no informar a la prensa, les separaba de su previo trabajo conjunto y en equipo o no les permitía interrogar a determinados testigos militares importantes; las presiones externas durante el desarrollo del juicio oral; o las amenazas denunciadas por los miembros del jurado.

En este punto, como con acierto expresa el Ministerio Fiscal en su dictamen, es preciso poner de manifiesto que todas estas circunstancias resultan corroboradas por el contenido del informe nº 136/99, de 22 de diciembre de 1999, realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que llevó a cabo un detallado análisis de lo ocurrido y de las actuaciones realizadas por las autoridades del Estado salvadoreño, concluyendo: por un lado, que no existió una investigación diligente y eficaz sobre lo ocurrido, ni un proceso imparcial y objetivo; y por otro, que las únicas personas declaradas culpables por los tribunales salvadoreños fueron amnistiadas poco después, mediante la aplicación de la Ley de Amnistía General, la cual, según el citado informe, podría haber vulnerado el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, además del derecho a la justicia y su obligación de investigar, procesar y reparar establecida en los artículos 1(1), 8 y 25 de la citada Convención, en perjuicio de los familiares de las víctimas y de los miembros de la comunidad religiosa y académica a la que pertenecían.

En el mismo sentido, de acuerdo con la documentación unida al procedimiento, se habrían pronunciado otros observadores internacionales.

3 . En definitiva, en el caso de autos, como hemos adelantado, existen indicios serios y razonables de que el proceso penal desarrollado en su día en El Salvador, en el que se investigaron y juzgaron los hechos objeto del Sumario nº 97/2010 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, no garantizó el castigo efectivo de sus responsables sino que, por el contrario, pudo tratar de sustraerlos a la acción de la justicia. En consecuencia, debe afirmarse la jurisdicción de los Tribunales Españoles, de acuerdo con el apartado cinco del artículo 23 de la LOPJ .

4. Cabe añadir una última consideración. De acuerdo con el artículo 23.6 LOPJ , « *los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal*».

Es decir, la activación de la denominada justicia universal, como indicábamos en la STS 592/2014, de 24 de julio , no es admisible mediante querrela de un actor popular. Tampoco resulta posible la incoación de oficio de diligencias por un Juzgado de Instrucción español. Solamente el Fiscal o el agraviado pueden interesar la persecución de tales delitos.

Esta objeción, como señala el Ministerio Fiscal en su escrito, no se ha puesto de manifiesto en esta instancia. De cualquier forma, hemos de entender que la intervención activa del mismo en el sumario nº 97/2010, instando diligencias y recurriendo alguna de las resoluciones dictadas, entre ellas, el auto de procesamiento, del que solicitó su revocación en lo relativo a dejar sin efecto el procesamiento por delito de lesa humanidad, implica el cumplimiento de dicho requisito por cuanto pone de manifiesto un interés del Ministerio Público en la persecución de los delitos investigados.

El entendimiento de este presupuesto procesal no puede subordinarse a una perspectiva exclusivamente formal. Lo verdaderamente relevante en supuestos como el presente, en los que el proceso penal fue incoado cuando aquella exigencia no formaba parte de nuestro sistema, es que el Fiscal, como órgano constitucionalmente llamado a promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, haya expresado



con su actuación la inequívoca voluntad institucional de defender el interés social en la investigación y enjuiciamiento del delito imputado.

De hecho, la exigencia impuesta por el art. 271 de la LECrim , que impone al Fiscal que el ejercicio de acciones penales a las que venga obligado se verifique en forma de querrela, ha sido progresivamente modulada, desde la ya histórica instrucción recogida en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1888.

Vistos los preceptos citados y demás que sean de aplicación,

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Afirmar la jurisdicción de los tribunales españoles para continuar conociendo de los hechos objeto del Sumario nº 97/2010 del Juzgado Central de instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional.

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

D. Manuel Marchena Gómez D. Joaquín Giménez García D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro

FONDO DOCUMENTAL CENDALI