

**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
PLENO**

Recurso

Rollo de Sala Sección segunda 247/2011

D.P.399/2006

Juzgado Central de Instrucción nº 5

AUTO N° 2/2014

PRESIDENTE:

D. Fernando Grande-Mariaska Gómez

MAGISTRADOS:

D. F. ALFONSO GUEVARA MARCOS

D^a. ÁNGELA MURILLO BORDALLO

D^a. CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA

D. GUILLERMO RUIZ POLANCO

D. ÁNGEL HURTADO ADRIÁN

D^a. TERESA PALACIOS CRIADO

D^a. C. PALOMA GONZÁLEZ PASTOR

D^a. MANUELA FERNÁNDEZ PRADO

D^a. ANGELES BARREIRO AVELLANEDA

D. JAVIER MARTÍNEZ LÁZARO

D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ

D. JUAN-FRANCISCO MARTEL RIVERO

D. ANTONIO DÍAZ DELGADO

D. JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA

D. NICOLÁS POVEDA PEÑAS

D^a. CLARA BAYARRI GARCÍA

En Madrid, a trece de enero de 2014

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En D.P. 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción nº5, con fecha 28 de marzo de 2011, fue dictado auto desestimando los recursos de reforma interpuestos por la Procuradora D^a M^a José Millán Valero, en representación de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica y Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo), y por el Procurador D. Rafael Silva López, en representación de D^a Carmen Negrín Fetter; confirmando el auto del mismo Juzgado de fecha 27 de diciembre de 2010, en el que se acordó la inhibición de la causa a favor del Juzgado de Instrucción de Jerez de la Frontera (Cadiz), en la medida en la que le corresponde en función de los hechos acontecidos en su respectiva jurisdicción, dando así cumplimiento a la Parte Dispositiva del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2008, en lo relativo a la existencia de una fosa común en el Paraje de El Cortijo de El Marrufo.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución fue interpuesto recurso de apelación por la Procuradora D^a M^a José Millán Valero, en representación de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica y Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo), en base a los argumentos recogidos en su escrito de reforma y haciendo suyos los contenidos en el recurso interpuesto por Carmen Negrín Fetter; interesando la revocación del auto apelado y que se declare la competencia del Juzgado Central número 5 para la continuación de la instrucción de la causa.

TERCERO.- El Procurador D. Rafael Silva López, en representación de D^a Carmen Negrín Fetter, y el Procurador D. Miguel Angel Ayuso Morales, en representación de AMESDE, formularon adhesión al recurso de reforma en su momento deducido

por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica y Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo); deduciendo sendos recursos subsidiarios de apelación, en base a los argumentos que son de ver en los escritos presentados; solicitando igualmente la revocación del auto apelado y que se declare la competencia del Juzgado Central número 5 para la continuación de la instrucción de la causa.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la resolución recurrida, en base a lo ya resuelto por el Pleno de la Sala el 2 de diciembre de 2008.

QUINTO.- Turnado el recurso a la Sección Segunda de esta Sala de lo Penal, fue designado Ponente el Magistrado D. José Ricardo de Prada Solaesa; señalándose para la deliberación del recurso el día 7 de octubre de 2011.

SEXTO.- Con fecha 20 de diciembre de 2013, se acordó avocar al Pleno la resolución de la apelación; siendo celebrada la deliberación y fallo del recurso el día 10 de enero de 2014, tras la cual el Ponente inicialmente designado discrepó del criterio de la mayoría y anunció Voto Particular; siendo turnada la Ponencia para dictar la resolución a la Presidenta de la Sección Segunda D^a Concepción Espejel Jorquera.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se recurre en apelación el auto desestimatorio de los recursos de reforma interpuestos contra un auto del Juzgado de Central número 5, en el que se acordó la inhibición a favor del Juzgado de Jerez de la Frontera para la instrucción de los hechos investigados en las D.P. 399/2006 respecto de los acaecidos en el paraje del Cortijo de El Marrufo, por estar el mismo sito en demarcación territorial de dicho partido Judicial.

Impugnan todos los recurrentes la mencionada resolución, reiterando en diversos puntos de sus respectivos escritos consideraciones que ya fueron desestimadas por esta Sala en el auto de fecha 2 de diciembre de 2008. Invocan igualmente vulneración de principios y normas de Derecho internacional consuetudinario vigentes en España antes y después del 17 de julio de 1936, en virtud de los cuales los delitos contra la humanidad no son susceptibles de prescripción ni resultan amnistiables. Argumentan, además, que se han producido con posterioridad al auto de esta Sala referenciado diversas modificaciones, tanto de Derecho interno como internacional, de las que resulta la consideración de los ilícitos investigados como de lesa humanidad, de naturaleza imprescriptible, por lo que solicitan que se declare la competencia del Juzgado Central número 5 y que se acuerde la continuación de la instrucción.

Atendido que dos de las partes recurrentes, D^a Carmen Negrín Fetter y AMESDE, formulan recursos idénticos; siendo los mismos sustancialmente coincidentes con el deducido por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica y Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo); dándose la circunstancia de que los diversos apelantes se adhieren a los recursos deducidos por las demás, procede hacer un examen conjunto de los motivos de impugnación planteados por todos ellos, lo que seguidamente pasamos a efectuar.

SEGUNDO.- Conforme reconocen los propios recurrentes la cuestión ahora planteada ya fue resuelta en el Auto del Pleno de esta Sala Penal de la AN de fecha 2 de diciembre de 2008, en el que se declaró la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción número 5 para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refieren las aludidas DP 399/2006, sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales.

En cumplimiento de lo establecido en la citada resolución, el Juzgado Instructor dictó auto con fecha 26 de diciembre de 2008, en el que se acordó la inhibición a favor de los Juzgados que en el mismo se enumeraban, en relación con los hechos acaecidos dentro de sus respectivas demarcaciones territoriales.

De los testimonios elevados se infiere que, mientras que una pluralidad de dichos Juzgados aceptaron la inhibición acordada, otros no aceptaron su competencia; estando entre estos últimos los de Granada y San Lorenzo del Escorial. Por su parte el de Chiclana de la

Frontera número 4 aceptó la competencia respecto de los hechos acaecidos en su partido, rehusándola respecto de los sucedidos en el paraje El Cortijo de El Marrufo, por la exclusiva razón de pertenecer dicho lugar al partido de Jerez de la Frontera, motivo por el cual se acordó la inhibición a favor de este último.

Resuelta en su momento la cuestión de competencia en los términos expuestos, resolución que recayó en las mismas Diligencias Previas de las que dimana el presente recurso y respecto de hechos comprendidos en aquellas, se evidencia que las recurrentes, con ocasión de una resolución que se limita a corregir el error geográfico cometido al determinar el partido judicial en el que ocurrieron determinados hechos, pretenden replantear lo ya decidido por este Tribunal. Alegan para ello, de un lado, vulneración de Derecho Internacional consuetudinario y, de otro, el acaecimiento de hechos nuevos posteriores al auto de 2-12-2008. A tal fin citan, en primer término, la entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010 de la LO 5/2010 de 22 de junio que modificó el C.P., que establece la imprescriptibilidad, entre otros, de los delitos de lesa humanidad y genocidio. Argumentan, en segundo lugar, la entrada en vigor de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, cuyo art. 5 establece que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad con las consecuencias previstas en el Derecho Internacional aplicable, lo que, sostienen, comporta la naturaleza imprescriptible y no amnistiable de dicho delito; reseñando seguidamente las obligaciones que para los Estados Parte establecen los arts. 8, 20 y 22 de la Convención. Finalmente, articulan, como hecho nuevo, la publicación en el BOE el 10 de diciembre de 2009 de la retirada de la Reserva a la totalidad del artículo LX (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia) en su día incluida en el Instrumento de Adhesión al Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio.

Insisten en la competencia del Juzgado de Instrucción Central 5, con base en una pretendida conexidad delictiva, por haber sido cometidos los delitos contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno como medio para la comisión de los delitos más graves e imprescriptibles de genocidio y lesa humanidad.

TERCERO.- Respecto de los alegatos en su día rechazados en el

auto del Pleno de esta Sala de 2 de diciembre de 2008, no cabe sino reproducir las consideraciones vertidas en la citada resolución, las cuales, como más adelante se dirá, han sido ratificadas en dos ocasiones por el TS.

En primer término, procede reiterar la naturaleza y alcance del procedimiento regulado en el artículo 23 de la LECR, cuyo carácter especial y sumario comporta que en el incidente únicamente quepa resolver sobre cuantas cuestiones relacionadas con la competencia se planteen, pero no sobre otras materias de fondo, como podrían ser las relativas a la realidad de los hechos investigados, su autoría o la extinción de la responsabilidad por prescripción o amnistía.

Igualmente es de recordar que en el auto citado se explicitaron las razones, que se dan ahora por reproducidas, en base a las cuales los hechos relativos al alzamiento militar del 17 y 18 de julio de 1936, serían penalmente calificables como un delito de rebelión, según el CP vigente en la fecha de su comisión, no como un delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno, así como las consideraciones por las que se rechazó la competencia del Juzgado Central Instructor. Por otro lado, se han de reiterar los argumentos referentes a la falta de competencia de los Órganos de la Audiencia Nacional por la inexigibilidad de responsabilidad criminal a la fecha de incoación de las Diligencias de las personas presuntamente responsables por estar todas premuertas, de modo que no hubo causa penal contra ellas en momento alguno.

CUARTO.- Los argumentos expuestos por las partes recurrentes no desvirtúan los tenidos en consideración por esta Sala para declarar la falta de competencia del Juzgado Central número 5. Por el contrario, el TS se ha pronunciado en dos ocasiones, confirmando el criterio sostenido en el Auto de fecha 2 de diciembre de 2008, resoluciones de las que, a su vez se infiere que los hechos nuevos que invocan las apelantes en apoyo de sus tesis no pueden tener el efecto que las mismas pretenden. En primer lugar, la STS num. 101/2012 de 27 febrero señala que la asunción de competencia por el Juzgado Central nº 5 de la Audiencia Nacional, que se realizó en el auto de 16 de octubre de 2008, se efectuó con base en argumentaciones erróneas y que efectuó el Instructor una interpretación de las normas aplicables a los hechos, particularmente en lo referente a la incoación del proceso y a la asunción de competencia, que entran en colisión con las normas

y la interpretación de las mismas que el Alto Tribunal considera procedentes. Razona, en tal línea, el TS que la interpretación del Instructor colisiona también con la Ley de Amnistía de 1977, con los preceptos reguladores de la prescripción, con la indeterminación de los posibles imputados y con la subsunción de los hechos en la norma penal que aplica. Afirma el TS que "Ello conlleva una actuación jurisdiccional errónea, que ha sido corregida mediante la utilización del sistema de recursos previstos en la ley, de manera que ha sido el órgano jurisdiccional competente, el Pleno de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional, quien ha resuelto el conflicto que le fue planteado. Efectivamente, en su resolución de 2 de diciembre de 2008, declara la falta de competencia objetiva del Juzgado Central nº 5 para la investigación de los hechos y presuntos delitos a los que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008".

De lo expuesto se infiere que la mencionada STS 101/2010 ratificó, aún cuando fuera en un procedimiento distinto, la corrección del pronunciamiento que declaró la falta de competencia del Juzgado Central.

Por otro lado, la citada sentencia recuerda que el proceso penal tiene un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal, dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático. No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena. Ello implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza (art. 118 y ss de la ley procesal penal). Precisa el TS, a continuación, que en el caso que nos ocupa, desde las denuncias, y quizás también desde la 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. Mas bien, se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció, en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios de la verdad en otras latitudes. Esa pretensión de las víctimas, aunque razonable, no

puede ser dispensada por el sistema penal, pues no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones. Nuestro Alto Tribunal es contundente al declarar que "El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal". Así concluye que "Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados". Es preciso un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo. También aclara, por otra parte, que la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años.

QUINTO.- En relación con la competencia de la Audiencia Nacional para la persecución de los hechos, la STS 101/2012 ratifica el criterio de la resolución del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; argumentando la prescripción de los hechos en los que basó en su momento el Juzgado Central Instructor su competencia, delitos contra Altos Organismos de la Nación. Asevera la Sala Segunda que "Su conexión a otros no permite resurgir para la persecución penal hechos respecto a los que ha transcurrido, con creces el plazo de prescripción". "En efecto, el delito contra Altos Organismo de la Nación, prescribió a los 20 años, en 1956". Desvirtúa el TS la interpretación que vienen a hacer suya los ahora recurrentes, relativa a que la competencia de la AN resulta de la conexidad de los delitos de genocidio y lesa humanidad con el delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno, de modo que la imprescribibilidad de los más graves impide la del ilícito competencia de la AN. Dicho argumento es rechazado en la STS 101/2012, la cual aclara que la premisa de que "mientras el delito principal no prescriba, no pueden entenderse prescritos los delitos que podemos llamar, a estos efectos, subordinados", (STS 686/95, de 18 de mayo) sólo tiene sentido en aquellos supuestos en los que los delitos en concurso forman parte de una "realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad" (STS 2040/2002, de 9 de diciembre). "En otros

términos, la consideración conjunta del término de prescripción tiene sentido en los supuestos, no tanto de concurso real, sino de consideración conjunta del hecho como una unidad o como medio", calificación que el TS descarta; indicando que no es admisible que, de esta manera, un delito ya prescrito sea "resucitado" en su persecución, transcurridos más de cuarenta años después del transcurso del plazo de prescripción.

SEXTO.- Por otro lado, el TS ha vuelto a pronunciarse respecto de la falta de competencia del Juzgado Central de Instrucción número 5, en el Auto de veintiocho de Marzo de dos mil doce, en el que se resuelven las cuestiones de competencia acumuladas planteadas entre el Juzgado Central de Instrucción nº 5 y el de igual clase nº 3 de Granada y entre aquel y el nº 2 de San Lorenzo del Escorial, las cuales dimanaban de las mismas Diligencias Previas 399/06 en las que se ha dictó el auto ahora recurrido. En las citadas cuestiones de competencia declaró el TS 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 y, 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.

Dicho ATS también cita que la STS 101/2012 para reiterar que en las diligencias que nos ocupan 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; añadiendo que, 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.

SEPTIMO.- No cabe olvidar que las dos resoluciones del TS

citadas fueron dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de las modificaciones que los recurrentes invocan en apoyo de su tesis. Del contenido de las mismas se infiere que la Sala Segunda, no solo no otorgó a aquellas relevancia para modificar el pronunciamiento impugnado, sino que añade argumentos que evidencian la imposibilidad de aplicar retroactivamente tanto la reforma del CP de 2010, como la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y, en general, convenios internacionales que no estaban en vigor cuando se perpetraron los hechos; rechazando también la posibilidad de mantener una incriminación con base en principios consuetudinarios.

Efectivamente, la Sentencia num. 101/2012 de 27 febrero recuerda que la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 Constitución española) prohíbe sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 21 del Código penal) y añade: "Esta exigencia del principio de legalidad es aplicable al derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional". Puntualiza seguidamente que una reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ha conformado una concepción estricta del contenido esencial del principio de legalidad con las consecuencias que su observancia comporta en orden a la *lex previa*, *lex certa*, *lex stricta* y *lex scripta*. Especifica, además, que dichas exigencias no son extrañas al Ordenamiento Internacional, pues fueron también adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Así, declaró la irretroactividad del Pacto para los casos de desapariciones en Argentina (Resolución nº 275/1988: Argentina 04/04/90 y 343, 344 y 345/1988 Argentina de 5 de abril de 1990). "Con respecto a la aplicación *ratione temporis* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede *ratione temporis* examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado...".

En el mismo sentido de vigencia del principio de legalidad, la

Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos Kolk y Kislyly contra Estonia de 17 de enero de 2006, si bien declara ajustada al Convenio Europeo de Derechos Humanos la condena dictada contra los acusados de nacionalidad rusa participantes en delitos contra la humanidad durante la ocupación soviética, lo realiza partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que los aprobaron, por lo tanto conocedores de su vigencia y capaces de ordenar su conducta a las exigencias impuestas por el mencionado principio de legalidad.

Igualmente la STS 101/2012 cita la 798/2007 de 1 de octubre, en cuanto apuntó que la vigencia del principio de legalidad exige que el Derecho Internacional sea incorporado a nuestro Ordenamiento interno en la forma establecidos en la Constitución y con los efectos dispuestos en la misma. "No es posible -por más que sea sostenida por algún sector doctrinal- que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación".

OCTAVO.- Igualmente el ATS de 28 marzo 2012, que resolvió las cuestiones de competencia acumuladas dimanantes de las mismas Diligencia Previas que nos ocupan, glosa la STS 798/2007, en cuanto señaló que los referidos principios de legalidad y de interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables impiden operar con la categoría "delitos contra la humanidad" para denotar jurídicamente y tratar procesalmente las acciones criminales anteriores a su vigencia.

Los argumentos expuestos bastan para excluir que los hechos nuevos que en apoyo de sus recursos citan las apelantes permitan llegar a conclusión distinta a la declaración de falta de competencia de los Juzgados Centrales para la Instrucción de los ilícitos investigados en las DP 399/2006 del Juzgado número 5.

NOVENO.- Habida consideración de que las diversas partes recurrentes insisten reiteradamente en que la resolución apelada comporta la contravención del diversos preceptos constitucionales y

denegación del derecho al proceso con todas las garantías para la persecución de actos de naturaleza genocida y lesa humanidad; de carácter imprescriptible, procede reiterar que la cuestión relativa a la prescripción excede del ámbito de un procedimiento de competencia como el que nos ocupa; habiendo sido tratado en nuestro auto de fecha 2 de diciembre de 2008 a los efectos de concluir que el único delito del que pudiera derivar la competencia de la Audiencia Nacional se hallaría prescrito. Esta conclusión es reiterada en las dos resoluciones citadas por el TS, en las que se explican las razones por las que la invocada conexidad con delitos de genocidio no permite revivir ilícitos claramente prescritos cuando se iniciaron las Diligencias. A tales argumentos se adicionaron los relativos a la inidoneidad del proceso penal para la satisfacción de las legítimas aspiraciones de las víctimas, que sedan aquí por reproducidas.

DECIMO.- En cualquier caso, tanto la STS 101/2012 como el ATS que resolvió las cuestiones de competencia concluyen que los ilícitos investigados estarían en todo caso prescritos; apuntando que el alegato de la permanencia del delito fundado en la hipotética subsistencia actual de situaciones de detención producidas en torno al año 1936, carece de plausibilidad. Precisan también que, cuando se iniciaron las actuaciones era notorio el fallecimiento de alguno de los imputados en su causa y que la lógica del tiempo lleva a la conclusión de que cualquier persona que tuviera edad para ejercer funciones de mando y responsabilidad en la época de los hechos sería en el 2008 más que centenaria.

A mayor abundamiento las dos resoluciones del TS tan reiteradamente citadas excluyen cualquier viabilidad de los argumentos vertidos por las impugnantes al reiterar que las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (art. 9.3 CE), salvo que su contenido fuera mas favorable. Citan igualmente otras muchas resoluciones anteriores: STS 1064/2010, de 30 de noviembre, STS 1026/2009, de 16 de octubre, STS 719/2009, de 30 de junio y STS 149/2009, de 24 de febrero. Ello resulta aplicable tanto al Derecho interno como al internacional. Son reiteradas las menciones de las dos resoluciones

referenciadas y de otras muchas anteriores relativas a que, aún cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijen la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad y aunque esa exigencia haya sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, la misma tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva. Son contundentes los argumentos del TS que declaran que la fuerza expansiva de la cultura de protección de los derechos humanos, que es vinculante en la interpretación jurisprudencial, ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad, en los términos que aparece diseñado en el art. 9.3 de la Constitución, consideraciones que impiden acoger los mencionados motivos de los recursos interpuestos.

UNDÉCIMO.- Finalmente, respecto de la pretendida vulneración del derecho al proceso con todas las garantías y al Juez predeterminado por la Ley, procede señalar que es muy reiterada la doctrina del TC que establece que la decisión sobre la propia competencia corresponde a los Jueces y Tribunales ante los que se ejercita la acción, cuestión situada, en principio, en el ámbito de la legalidad ordinaria y que la declaración de la propia incompetencia realizada por un órgano judicial, que le impide entrar al análisis del fondo de las pretensiones planteadas, no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, salvo cuando esa omisión de un juicio sobre el fondo del asunto no responda a la falta de un presupuesto procesal necesario o cuando la apreciación del órgano judicial resulte arbitraria, irrazonable o patentemente errónea, STC 177/2001, de 17 de septiembre. En la misma línea A.T.C. 262/1994 de 3 octubre que, con cita las SSTC 49/1983 y 43/1985, puntualiza que la previsión constitucional contenida en el art. 24 no va encaminada a dilucidar cuestiones de competencia o conflictos jurisdiccionales y que no corresponde al TC examinar la manera en que se aplican los criterios de delimitación de competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria, ya que al mismo sólo le cabe revisar que la aplicación e interpretación de las normas de competencia realizada por el órgano jurisdiccional ordinario no resulte inmotivada o manifiestamente arbitraria. De parecido tenor, S.T.C. 280/1994 de 17 de octubre, que señala que la competencia judicial es un presupuesto de orden público, cuya inexistencia impide al órgano judicial entrar a conocer el fondo del asunto, de ahí que no pueda considerarse que vulnere precepto constitucional alguno una

resolución que, a la vista de los elementos fácticos y jurídicos concurrentes en el caso, se abstenga de conocer sobre un asunto cuya solución entienda que no le está atribuida; añadiendo que cuando un Órgano jurisdiccional (en el caso en aquella resuelto la Sala Segunda del TS) argumenta su tesis sobre una base jurídica, razonablemente discernible de su fundamentación, se limita a ejercer la función que tiene atribuida por el art. 117 CE, sin vulnerar con ello el derecho consagrado en el art. 24 CE, que puede también ser satisfecho con una resolución meramente procesal (a su vez recoge las SSTC 96/1991, 98/1992, 163/1993 y 154/1994). En parecida línea, AA.T.C. y 556/1988 de 9 de mayo y 873/1988 de 4 julio, que añaden que no cabe apreciar infracción del derecho al Juez predeterminado por la ley, este resuelve sobre su propia competencia, haciendo una interpretación de las normas legales que, acertada o no, en nada afecta al derecho garantizado en el art. 24.2 de la y que la interpretación y aplicación de las reglas reguladoras de la competencia en el ordenamiento procesal vigente corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, sin que el TC pueda revisar, como si de un Tribunal superior jerárquico se tratara, la fijación y determinación de competencia realizada, consideraciones que comportan igualmente la desestimación del citado motivo de impugnación.

En consecuencia, procede desestimar los recursos planteados, confirmando las resoluciones recurridas, sin imposición de costas de la apelación, por no haberse devengado.

PARTE DISPOSITIVA:

EL PLENO DE LA SALA DE LO PENAL ACUERDA:

DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora Da Ma José Millán Valero, en representación de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica y Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo), por el Procurador D. Rafael Silva López, en representación de Da Carmen Negrín Fetter y por el Procurador D. Miguel Angel Ayuso Morales, en representación de AMESDE, contra el auto del Juzgado Central de Instrucción 5 de fecha

de fecha 28 de marzo de 2011, en el que fueron desestimados los recursos de reforma interpuestos contra el auto de fecha 27 de diciembre de 2010, en el que se acordó la inhibición de la causa a favor del Juzgado de Instrucción de Jerez de la Frontera (Cadiz), en la medida en la que le corresponde en función de los hechos acontecidos en su respectiva jurisdicción, dando así cumplimiento a la Parte Dispositiva del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2008, en lo relativo a la existencia de una fosa común en el Paraje de El Cortijo de El Marrufo. En consecuencia, confirmamos en su integridad las referidas resoluciones, sin imposición de costas, por no haberse devengado. Notifíquese esta resolución a los recurrentes y al Ministerio Fiscal; haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado a quo para su ejecución y, una vez efectuado, procédase al archivo del rollo de apelación, previa constancia en los Libros correspondientes.

Así, por este nuestro Auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA EN RELACION CON EL AUTO DEL PLENO DE LA SALA EN EL RECURSO DE APELACION CONTRA AUTOS ROLLO Nº 247/2011 DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO PENAL. PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 399/2006 DEL JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº 5.-

PRIMERO.- Discrepo de la resolución adoptada por la mayoría del Pleno de la Sala, que considero debería haber sido estimatoria del recurso de súplica planteado, y haber determinado la competencia del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de esta Audiencia Nacional para el conocimiento de los hechos, por los siguientes motivos:

A) El carácter puramente provisional de la fijación de la competencia objetiva es especialmente predicable, dentro del orden judicial penal, respecto a la distribución de asuntos por razón de la materia o especialización del tribunal. La competencia depende en general de elementos fácticos variables y también por la propia tensión que provocan los tipos penales en relación a los hechos a que se refieren. Por ello, la fijación de competencia realizada en la fase inicial del proceso debe estar en permanente revisión, mas cuando se tratan de hechos consistentes en conductas masivas y sistemáticas como las que se refiere el presente. Así lo ha establecido reiteradamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo: "*la competencia es la medida de la jurisdicción de cada juzgado*" (STS 12.07 2013), y esta no queda consolidada hasta el momento en que se fija mediante el auto de apertura del juicio oral (entre otras muchas ATS 20790/2012 de 30 de enero de 2013, que cita múltiples anteriores de la misma Sala).

En el asunto presente nos encontramos con que: se está en las etapas iniciales del procedimiento; se ha hecho por la parte alegación expresa de haber variado determinadas circunstancias fácticas y jurídicas relevantes, singularmente la entrada en vigor en derecho interno de determinadas normas jurídicas internacionales -convenios internacionales ratificados por España, y posteriormente publicados-, en concreto el Convenio Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecho en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, firmado y ratificado por España y

publicado en el BOE de 18.02.2011, que junto con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, proclamada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18.12. 1992, como conjunto de principios que deben ser aplicados por todos los Estados, que son normas internacionales sobre desapariciones forzadas vigentes en el ámbito interno español; existen recientes dictámenes de mecanismos internacionales de Naciones Unidas de vigilancia de la correcta aplicación de dichas normas, en concreto el Comité contra las Desapariciones Forzadas, que exhorta al Estado español a que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado denuncia formal y que se adopten las medidas necesarias, incluso judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía y en el mismo sentido el Grupo de Trabajo de desapariciones forzadas que ha expresado su parecer respecto de lo que considera una ausencia o insuficiente análisis de la compatibilidad de la normativa y práctica interna española con las obligaciones internacionales del Estado y por tal hace un llamado a la judicatura española a realizar un uso consistente de la Declaración y de otros instrumentos internacionales relevantes- ; por último, que la competencia de los tribunales es materia de orden público y derecho necesario, y el replanteamiento de ésta, de existir motivo para ello, debe realizarse incluso de oficio.

B) No considero que el auto de 28.03.2012 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo resuelva definitivamente todos los temas que suscita la competencia para la investigación de los crímenes objeto del procedimiento. Las recientes situaciones fácticas y jurídicas que se indican en el anterior deben ser objeto de la necesaria atención y en mi opinión afectan directamente a la vigencia actual del Auto de 28.03.2012 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por el que resolvió, bajo determinadas premisas que objetivamente ya no se dan, una cuestión negativa de competencia planteada por un juzgado de instrucción sobre el mismo tema.

Los pronunciamientos que se contienen en dicho Auto, y así se dice expresamente en el mismo, están fuertemente vinculados argumentalmente con la situación resuelta en la precedente Sentencia nº 101/2012 de 27 de febrero

de la misma Sala Segunda, que era absolutoria de la acusación por delito de prevaricación mantenida contra el juez que inició la instrucción de la causa y están sin duda condicionados por el debate suscitado en torno a la corrección del actuar de dicho juez a lo largo del proceso. El Auto de 28.03.2012 hace diversas consideraciones, provenientes de la STS 101/2012, respecto a que el juez no perseguía la incoación de un proceso penal, sino más bien la satisfacción del derecho a saber de las víctimas: *"desde las denuncias, y quizá también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a de la 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 trámite falleció"*. También se pronuncia sobre la calificación jurídica de los hechos y del respeto debido al principio de legalidad penal, concluyendo en el sentido de que, a tenor de la calificación jurídica que considera aplicable, los hechos estarían prescritos, por lo que no serían ya perseguibles. Estima que en todo caso sería de aplicación la Ley de amnistía de 1977. Por todo ello excluye la posibilidad, en general, de llevar a cabo el enjuiciamiento penal de improbables autores vivos de los hechos, sin tampoco la posibilidad de canalizar los legítimas pretensiones de las víctimas hacia un proceso penal ni llegar a concretarse en declaraciones de responsabilidad *ex delicto* (FJ cuarto). No obstante - se dice en la misma resolución- *"..esto no será 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 querella se derive la inexistencia de responsabilidad penal actualmente exigible-puede instarse del juez competente según el artículo 14.2 de la LEcrim. la práctica de las diligencias dirigidas al adoptar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente, en derecho"*.

El pronunciamiento que hace el Auto de la Sala Segunda se refiere solo a esta clase de actuaciones judiciales puramente residuales que deja bajo la competencia del juez territorial, al descartar la posibilidad de que pueda hacerse una verdadera investigación criminal de crímenes contra la humanidad.

En las Observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas tras su visita a España, publicadas el 30 de septiembre de 2013, se hace expresamente constar que: *"El Tribunal Supremo en sus sentencias de absolución y competencia estableció expresamente que no procede la investigación penal por casos de desapariciones forzadas dado que los casos estarían prescriptos, los presuntos responsables estarían muertos, el carácter continuado de las desapariciones sería una ficción inaceptable jurídicamente y, de todas maneras, sería aplicable a ellos la Ley de Amnistía de 1997. A criterio del Grupo de Trabajo, esta combinación de factores es contraria a los principios que emergen de las obligaciones internacionales de España, incluida la Declaración."*

C) Los temas que suscita el Auto 28.03.2012, determinantes en aquel momento del rechazo de llevar acabo una persecución penal, por razón de imposibilidad material y jurídica, requieren de un análisis actualizado a la luz de los estándares internacionales en la materia, en la forma como se expresa en los referidos informes internacionales.

En primer lugar, cabe decir que, dado el amplio ámbito temporal de la investigación, no es en absoluto descartable la existencia de personas posibles responsables penales susceptible de persecución penal. Recientemente, en el marco de la investigación que por los mismos hechos se lleva a cabo en un juzgado de Buenos Aires (Argentina), ejerciendo la jurisdicción universal prevista en su derecho, se ha llevado a cabo la imputación penal de varias personas, e incluso librado la correspondiente orden internacional de detención, dando lugar a varios procedimientos de extradición que se encuentran en fase judicial ante el mismo JCI nº 5, recientemente elevado a la Sala para sus resolución. No procede aquí prejuzgar ninguna situación, pero aparece que los hechos concretos que se imputan lo serían como parte de un actuar masivo, colectivo y sistemático. Aunque no se referirían a situaciones calificables de desapariciones forzadas, determinados temas jurídicos que se plantean en los indicados procedimientos de extradición serían comunes con los aquí se suscitan y requerirían de un tratamiento y solución uniforme.

Por otro lado, en este procedimiento, en el que indiciariamente si se darían situaciones de desapariciones forzadas, las obligaciones de investigar no

prescriben, como tampoco cesarían las situaciones hasta que la persona aparezca con vida, se encuentren sus restos o se restituya su identidad (Observaciones finales del Comité sobre el informe presentado por España en virtud del art 29, párrafo 1, de la Convención sobre Desapariciones Forzadas- párrafo 12-. En el mismo sentido el TEDH en el *caso Varnava y otros c. Turquía* (GS) que indica que la posterior falta de información sobre el paradero y la suerte de la persona desaparecida da lugar a un hecho continuado).

D) Estimo contra lo que se indica por la mayoría que, atendiendo a los estándares internacionales que se viene exponiendo, sería viable el establecimiento de una acción penal contra los indiciariamente responsables de los hechos investigados.

Estos consistirían en una multitud - varias decenas de miles- de episodios de asesinatos, muertes, detenciones ilegales y arbitrarias, temporales, y desapariciones forzosas de numerosísimas personas civiles, de las que en muchos casos nunca se habría vuelto a tener noticias de su paradero, que además en ocasiones fueron objeto de maltratos y tortura, además del despojo de sus bienes, incluso de sustracción de menores de edad de sus padres biológicos para su entrega a otras personas, todo ello por razones políticas, ideológicas, incluso sociales, realizado de forma sistemática, masiva y generalizada respecto a un concreto sector o parte de la población civil, siendo estas acciones en algunos casos realizadas por sus autores desde las instituciones públicas, con aquiescencia de los poderes del Estado, en otros casos alentadas o protegidos por ellos, en muchos casos por bandas o grupos armados incluso de carácter paramilitar, todos ellos acaecidos tras el golpe de estado de 1936, que acabó con el sistema político-constitucional vigente en el momento, durante la Guerra civil y la dictadura hasta el advenimiento final de la democracia. El número de víctimas de desapariciones forzadas del 17 de julio 1936 a diciembre 1951 según la investigación llevada a cabo por el JCI nº 5 ascendería a 114.226 personas. En la misma resolución del juzgado se menciona 30.960 casos de sustracción de menores de sus padres para su entrega a otras familias.

La calificación jurídica que sin duda alguna merecen en derecho penal internacional es la de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra,

cometidos a través de un sin número de actos subyacentes, tales como asesinatos, desapariciones forzadas, actos de terrorismo, torturas, detenciones ilegales, etc.

Esta calificación internacional lo sería independientemente de la fecha de producción de los hechos, inicialmente, a través del derecho internacional penal consuetudinario, y posteriormente, por el estatutario, tras haber cristalizado y haberse positivizado, de los convenios internacionales y Estatuto de los Tribunales Internacionales "ad hoc" y de la Corte Penal Internacional. Como consecuencia de ello, estos delitos serían imprescriptibles y susceptibles de persecución internacional, bien a través de un tribunal internacional o en otro caso, por el de cualquier otro Estado, por medio de la jurisdicción universal.

Existe un debate doctrinal abierto en nuestro derecho sobre la forma en cómo debe operar el derecho penal internacional en el ámbito interno, que oscila desde los sectores que propugnan su aplicabilidad directa e inmediata a aquellas otras posturas diametralmente opuestas, pasando por las intermedias, sobre las que existe un mayor consenso doctrinal y jurisprudencial, y en las que, aun reconociendo su vigencia y efectos en plano de igualdad con el derecho interno, someten su aplicación al filtro del principio de legalidad, si bien no siempre con el mismo resultado, dependiendo la propia rigidez o flexibilidad con la que se quiera actuar este principio.

El respeto a las exigencias de la concepción clásica del principio de legalidad y sus manifestaciones (*lex previae, lex scripta, lex stricta, etc.*), apoyada por una gran parte de la doctrina y especialmente por la jurisprudencia española, plantea sin duda importantes dificultades de adaptación del derecho penal internacional al ámbito interno. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado de solventar este problema a través de la técnica de la contextualización de los delitos nacionales en la categoría de crímenes sancionados por el ordenamiento internacional, incluyendo el consuetudinario (la STS 798/2007, *caso Scilingo*, a la que se remite expresamente la STS 101/2012 y el auto TS de 28.03.2012).

Según esta técnica de la contextualización se sancionan los hechos imputados de conformidad con los delitos tipificados en el momento de su comisión de los respectivos códigos penales de los Estados involucrados salvando así los

problemas de retroactividad, pero advirtiéndolo que tales conductas delictivas estaban en ese momento sancionadas internacionalmente como crímenes contra la humanidad, lo que era perfectamente conocido, no sólo por los Estados, sino también por los autores de los crímenes, con lo que quedaría resuelto los problemas de aplicación de las consecuencias de la referidas categorías de delitos internacionales, no directamente afectadas por el principio de legalidad penal, como sería la posibilidad de su persecución internacional, incluso a través de la jurisdicción universal, aunque ésta no estuviera expresamente recogida en el derecho positivo interno, como también la prescripción, aunque la indicada STS no se pronunciará expresamente sobre ello por falta de necesidad hacerlo, aunque sería consecuencia lógica de su razonamiento la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, que constituye el contexto en el que se realizan el resto de los crímenes.

En definitiva, la posición que mantiene el TS es la imposibilidad de que el derecho internacional consuetudinario pueda, desde nuestra actual perspectiva jurídica interna, crear tipos penales completos que resulten directamente aplicados por los tribunales españoles, pero la referida STS 798/2007 no ve obstáculo para que estos puedan aplicar otras consecuencias derivadas de su contextualización como crímenes internacionales, como es la jurisdicción universal, incluso sin norma interna que le dé cobertura, lo que entiendo que por pura coherencia del razonamiento debería extenderse también a la imprescriptibilidad de los delitos internos producidos en un contexto calificable por el derecho penal internacional como de crímenes de lesa humanidad.

La STS 101/2012 parece negar esta posibilidad, aunque lo hace no por impedirlo la técnica de la contextualización de los delitos nacionales en la categoría de crímenes sancionados por el ordenamiento internacional, respecto de lo que no se pronuncia, sino por entender que no resulta posible en nuestro derecho la aplicación retroactiva de la previsión contenida en el número cuatro del artículo 131 del código penal tras su reforma por ley orgánica 15/2003 y 05/2010, amparándose para llegar a esta conclusión en una jurisprudencia de la propia Sala (SSTS 1064/2010 de 30.11. y otras que cita la propia STS), que de forma evidente no se refiere al supuesto en discusión, en el que lo que se debate es sobre la aplicación de un principio de derecho internacional consuetudinario (el de imprescriptibilidad) cristalizado en la Convención Internacional sobre la

imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26.11. 1968, con entrada en vigor el 11.11.1970 (de la que no forma parte España), respecto de hechos calificables internacionalmente como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, tema que debe considerarse como no resuelto.

En cualquier caso, también permanece abierto el debate jurídico sobre el carácter permanente de ciertos delitos que conformarían crímenes contra la humanidad y además como operaría esta característica. Nos estamos refiriendo al delito de desapariciones forzadas y la sustracción de menores de sus familias, cualquiera que fuera la calificación jurídica, tipificación o "*nomen iuris*" que en el ámbito interno históricamente pudiera haberse dado a este tipo de conductas, y que desde su entrada en vigor el 1 de octubre de 2004, están expresamente tipificadas como tales en nuestro derecho cuando se dan las características del apartado primero del artículo 607 bis del código penal, como un delito de lesa humanidad del número 6º del apartado dos y 7º de dicho artículo.

Debe reiterarse la especial naturaleza de este delito, que se deriva de los instrumentos internacionales en que se contiene su descripción y características: Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, proclamada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18.12. 1992, como conjunto de principios que deben ser aplicados por todos los Estados; y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, firmado y ratificado por España y publicado en el BOE de 18.02.2011. El artículo 5 de esta última determina que cuando se trata de una "*práctica generalizada o sistemática constituye un crimen contra la humanidad, tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable*". Entre ellas la imprescriptibilidad. No obstante, la Convención en su artículo 8 establece la posibilidad de un régimen de prescripción sometido a la doble condición de que el plazo "*sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito*" y además "*se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuado de este delito*". No cabe albergar ninguna duda sobre la obligatoriedad de dicha norma ratificada y publicada en el BOE (art. 96.1 CE), respecto de la que el Estado español no ha efectuado ninguna

reserva, y cuya obligatoriedad internacional resulta de los artículos 26, 27 y 28 de la Convención de Viena de 23.05.1969, relativa al derecho de los Tratados.

En el mismo sentido, el artículo 17.1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece que *"Los actos constitutivos de desaparición forzada serán considerados delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida"*. La interpretación que efectúa el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias (GTDFI), y así lo expresa en sus recientes observaciones de 30 de septiembre pasado tras su visita a nuestro país, en las que considera que la desaparición forzada es un acto único y consolidado, y no una combinación de actos aislados e inconexos. Incluso si algunos de los actos productores del delito se hubiesen completado antes de la entrada en vigor de la norma, si otras partes de la violación continúan después, hasta el momento en que se estableció el destino o paradero de la víctima, el delito persiste y no debe ser fragmentado. Destaca que *"el constante sufrimiento [de las víctimas de desaparición forzada] es la prueba palpable de que la desaparición forzada es un delito continuado y una permanente violación de los derechos humanos hasta que la suerte o el paradero de la víctima se hayan esclarecido"*.

Por su lado, el Comité de desapariciones forzadas, en sus observaciones finales después de su visita a España el pasado mes de noviembre, tras apuntar el *"carácter continuo"* de la desaparición forzada según (también) la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, instó a España a que *"todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas (...)"*, pues éstas siguen cometiéndose hasta que *"cesa la desaparición forzada, es decir, [hasta] que la persona aparece con vida, se encuentran sus restos o se restituye su identidad."* En suma, las víctimas de las desapariciones forzadas que comenzaron en el pasado pero que continúan a la fecha, no es que fueron en el pasado víctimas de esos hechos, sino que lo siguen siendo a día de hoy; y lo seguirán siendo hasta el momento en que se establezca la suerte de la persona desaparecida, lo que incluye *"en caso de fallecimiento (...) la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos"*.

El 28 de la Convención de Viena de 23.05.1969, relativa al derecho de los Tratados, referido a la irretroactividad de los tratados establece que *"las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que ha tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo"*. El GTDFI respecto de la Declaración, lo que debe hacerse extensivo a la Convención, se pronuncia sobre la intención clara de que estos instrumentos desplieguen sus efectos sobre situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor, mientras subsista la situación de desaparición.

En definitiva, dado que nos encontramos ante un delito permanente, la calificación jurídica de las situaciones de desaparición forzada, que siguen subsistentes, merecen a partir del 1.10.2003 la consideración de delitos de lesa humanidad del artículo 607 bis CP en la modalidad prevista en el número 6 de su apartado segundo y, como tal, a tenor del artículo 131.4 de entrada en vigor coetánea, también como imprescriptibles, aparte de no haber cesado en su producción.

En todo caso, dichas conductas no están prescritas y con la calificación jurídica que merecen no se está produciendo una situación de retroactividad prohibida de la norma sino una aplicación normal del derecho estrictamente ajustada a la legalidad penal existente.

D) La calificación jurídica de los hechos como crímenes de lesa humanidad, incluso en el caso de que sólo se entendiese esta viable desde la perspectiva internacional, conlleva la obligación internacional de investigación y persecución penal consecuente a las propias características de estos delitos, como sistemáticos y masivos, llevados a cabo por organizaciones delictivas estatales y paraestatales, de bandas organizadas, deberían ser investigados necesariamente por una fiscalía y por un órgano jurisdiccional centralizado con competencias en todo el territorio español. La falta de previsión expresa en la ley española respecto de la competencia para esta clase de delitos entendemos que permite ser solventada de la misma manera y con los mismos argumentos con que lo hizo la STS 798/2007, respecto de la falta de previsión de la jurisdicción universal para esta clase de delitos. Por otra parte, hemos de recordar la fórmula

abierta que utiliza la cláusula de cierre del número 7 del artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a la atribución competencial en favor de la Audiencia Nacional *"de cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes"*, que a nuestro juicio permite considerar esta competencia como consecuencia de la correcta aplicación de los convenios y otras normas internacionales en atención a la obligación internacional de investigación y sanción penal eficaz de los crímenes contra la humanidad, particularmente de desapariciones forzadas y de secuestros de menores. Debemos incluso tener en cuenta también las obligaciones de investigar de forma eficaz los crímenes bajo la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, y ello a través de medios y mecanismos procesales, incluso tribunales especializados con capacidad de hacerlo, como obligación impuesta por el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional. El principio de complementariedad (art 17 del Estatuto) no permitiría la investigación fragmentaria e inconexa de una situación que quedara bajo la competencia de la Corte Penal Internacional, lo que estimamos nos lleva necesariamente a la actuación de la cláusula competencial cierre, de redacción abierta, prevista precisamente para estas situaciones en el referido nº 7 del art 65 de la LOPJ.

Tampoco debemos olvidar que en todo caso la competencia de la Audiencia Nacional para los crímenes de guerra y de lesa humanidad provendría, por conexidad, ante la existencia de otros delitos instrumentales sobre los que sí existe regulación competencial expresa atribuyéndosela a este órgano, como son, por ejemplo, el delito de terrorismo cometido por grupos y bandas armadas. Lo mismo que delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles, respecto de los que el apartado e) del nº 1 del art. 65 de la LOPJ establece que *"en todo caso, la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados"*.

E) Tras el análisis de todas aquellas cuestiones jurídicas que podrían tener alguna clase de aptitud para impedir una investigación criminal por crímenes de lesa humanidad, estimo que solo es la ley 46/1977 de 15 de octubre, sobre amnistía, la que constituiría el verdadero obstáculo jurídico para la prosecución de la causa penal.

El necesario cumplimiento de las obligaciones vigentes derivadas del derecho internacional en los términos que venimos exponiendo nos llevaría a considerar directamente inaplicable la ley 46/1977 de amnistía, dado su carácter preconstitucional, pero hemos de recordar que recientemente ha sido confirmada en su contenido esencial por el acuerdo del Congreso de Diputados de 19.07.2011, y su vigencia y aplicabilidad declarada en sendas resoluciones del Tribunal Supremo (STS 101/2012 y Auto TS de 28.03.2012) a las que venimos haciendo referencia.

Sin embargo, surgen serias dudas sobre su compatibilidad con la Constitución, al menos sino se interpreta en un sentido respetuoso con las obligaciones internacionales del Estado español en relación con la obligación de observar ciertos estándares internacionales en situaciones en las que se ha constatado la producción de violaciones masivas de derechos humanos, por lo que parecería que lo mas adecuado es que este tema se dilucidase por el órgano constitucional competente para pronunciarse sobre ello, por lo que he venido sugiriendo la posibilidad de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad y en gran medida la avocación al Pleno lo ha sido para pronunciarse sobre esta posibilidad descartada en el Auto de la mayoría de la Sala.

El propósito de este planteamiento no sería de ninguna manera el de impugnar previas decisiones jurisdiccionales, sino dar lugar al debate, en términos estrictamente jurídicos, en la vía que estimo que en este momento sería la adecuada para solventar todas las dudas que los diferentes temas tratados plantean.

Al margen de planteamientos internacionalistas, desde un punto de vista jurídico-constitucional estricto, aparece como mas que discutible que quepa reconocerse a las autoridades e instituciones que lo hicieron, el derecho a disponer de bienes jurídicos de la relevancia de los afectados por la ley de amnistía en relación con los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, por la gravedad, significado y propia naturaleza internacional de estos y porque, como ha sido señalado, sus medidas son directamente incidentes en la esfera constitucional de lo políticamente indecible. No es baladí la propia prohibición expresa en la Constitución de los indultos generales (Art 62.i CE).

Los argumentos relativos a la incompatibilidad de la amnistía con la legalidad internacional, que establecen la obligación de los Estados de perseguir y sancionar eficazmente los crímenes de guerra y contra la humanidad, ya han sido desgranados en los anteriores. Son muchos los instrumentos jurídicos internacionales que expresamente excluyen de la posibilidad de amnistía para los crímenes de derecho internacional.

Esta legalidad internacional a la que nos referimos, contempla la defensa y protección de los derechos humanos fundamentales y está en este momento conformada por un denso y sólido entramado de normas jurídicas internacionales que no se limitan a la enunciación de los principios y derechos, sino también a sus concretas garantías y para ello se ha establecido un sistema de mecanismos específicos para el control y vigilancia de su aplicación y respeto por parte de los Estados.

Es cierto que en muchos casos los Estados tienden a resistirse a aceptar la legalidad internacional, pero ésta se ha construido y desenvuelto, en parte, al margen del consentimiento de los actores estatales, siguiendo el esquema de construcción de los derechos fundamentales como normas jurídicas heterónomas, universales, generales y abstractas, más allá del consenso que las soporte. De ahí su posición supraordenada a las normas de derecho interno.

Es por ello que algunos autores como Ferrajoli proponen, parafraseando a Dworkin, tomarse en serio el derecho internacional, aceptando que sus principios son vinculantes y que su diseño normativo ofrece el basamento de un verdadero orden jurídico global.

Nuestra Constitución en su artículo 10.2 contiene un serio compromiso con la legalidad internacional para el respeto de los derechos fundamentales y libertades que reconoce.

Por último, debe dejarse constancia de que son ya varios organismos internacionales de control y vigilancia del respeto de los derechos humanos los que se han pronunciado respecto de la situación española, y han emitido varias peticiones de derogación expresa de la ley de amnistía.

Así:

El Comité de desapariciones forzadas en sus observaciones del mes de noviembre pasado *"exhorta a que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía"*

El Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas en sus observaciones del mes de septiembre pasado *"insta al Estado a adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales, para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular privando de todo efecto la Ley de Amnistía de 1977, como ya ha sido recomendado por distintos organismos internacionales"*

Igualmente:

En informe de 05.01.2009, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas transmitió a España su recomendación de que considerase la derogación de la Ley de Amnistía, recordando que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. Igualmente, expresó su preocupación por los obstáculos encontrados por las familias de desaparecidos.

En informe de 9.12. 2009, el Comité contra la Tortura solicitó a España que los delitos de tortura y desapariciones forzadas no queden sujetos a amnistía. Solicitó igualmente que el Estado prosiga con el esclarecimiento de la suerte de las víctimas.

En septiembre de 2010, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias manifestó que la Ley de Amnistía chocaba con la "Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas" de 1992, que impondría a España *la obligación de investigar, perseguir y sancionar a los responsables de desapariciones.*

El 10 de febrero de 2012, la representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos pidió formalmente a España la derogación de la ley, argumentando que incumplía la normativa internacional sobre Derechos Humanos.

Igualmente, aparte de las numerosas e importantes declaraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en nuestro ámbito regional europeo existen igualmente pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Ould Dah contra Francia* y mas recientemente *Margus contra Croacia*, que expresamente refieren que una amnistía es generalmente incompatible con la carga que incumbe a los Estados de investigar actos tales como las torturas y que la obligación de perseguir a los presuntos responsables no puede ser por ello socavada otorgando impunidad a los perpetradores mediante una ley de amnistía que deba ser considerada contraria al derecho internacional.

F) En definitiva, ante tales pronunciamientos, algunos muy recientes, de organismos e instituciones internacionales encargadas de la salvaguarda y protección de los derechos humanos con jurisdicción reconocida por nuestro Estado, estimo se produce en este momento una situación propicia para los que se ha venido a llamar el diálogo en materia de derechos humanos entre las Cortes Internacionales – que entendemos en un sentido amplio incluyendo los otros mecanismos internacionales de salvaguarda protección de los Convenios internacionales sobre derechos humanos- y los Tribunales Constitucionales. Se trataría de un dialogo sumamente constructivo y clarificador, en el que nuestro órgano máximo interno de protección de derechos humanos tendría la ocasión de fijar su posición, interactuando argumentalmente con los otros tribunales o instituciones, y compatibilizando lo que pueden ser las razones internas con las exigencias internacionales. El recurso resuelto por el Pleno, de haberse estimado, hubiera sido a mi juicio una ocasión inmejorable para propiciar este debate constitucional que, ya en el plano estrictamente jurídico al que exclusivamente se sujeta esta resolución, aparece como imprescindible.

A diecisiete de enero de dos mil catorce.-



LexNet

Mensaje LexNet - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201410038866875
Asunto	Comunicación del Acontecimiento 14: AUTO PLENO DESESTIMA RECURSO
Remitente	Órgano Judicial AUD.NACIONAL PENAL SECCION N. 2 de Madrid, Madrid [2807922002]
	Tipo de órgano A.N. SALA DE LO PENAL
	Oficina de registro AUD.NACIONAL SALA PENAL [2807922002]
Destinatarios	SILVA LOPEZ, RAFAEL [1400]
	Colegio de Procuradores Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
Fecha-hora envío	20/01/2014 14:30
Adjuntos	00000107632014280792200222.PDF (Principal)
	000001076320142807922002221.RTF (Anexo)
Datos del mensaje	Tipo procedimiento RAA
	Nº procedimiento 0000247/2011
	Tipo procedimiento origen DPA
	Nº procedimiento origen 0000399/2006
	Detalle de acontecimiento TODOS
	NIG 2807927220060010050

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
20/01/2014 14:57	SILVA LOPEZ, RAFAEL [1400] Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
20/01/2014 14:44	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPORTE A	SILVA LOPEZ, RAFAEL [1400] Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

(*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.