

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Demandantes: Da. Carmen Negrín Fetter; Asociación para la Memoria Social y Democrática (AMESDE); Asociación Granadina por la Memoria Histórica; D. Francisco Galadi Martín; Da. María Nieves Galindo; Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica; Associació per a la Recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca; Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica de Aragón; Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica de Cuenca; Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica de Mérida; Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica de Aguilar de La Frontera (Córdoba); Asociación Soriana para el Recuerdo y la Dignidad; Associació Cultural Memòria i Justícia d'Elx i Comarca; Asociación contra el Silencio y el Olvido y Por la Recuperación de la Memoria Histórica de Málaga; Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra a raíz del Golpe Militar el 18 de Julio; Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló; Héroe de la República y la Libertad; Izquierda Republicana de Castilla y León; Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo);

Postulación: **D. Aníbal BORDALLO HUIDOBRO** y **D. Miguel Ángel AYUSO MORALES**, Procuradores de los Tribunales y de Da. Carmen Negrín Fetter y la Asociación para la Memoria Social y Democrática” (AMESDE), respectivamente; **Doña M^a José MILLAN VALERO**, Procuradora de los Tribunales y de las restantes partes demandantes, según se acredita en las escrituras de Poder que se acompañan y en la procuración *apud acta* que obra en las Dil. Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (JCI nº 5);

bajo la dirección técnica de los Letrados **D. Juan E. GARCES y RAMON** (colegiado nº 18.774, ICAM); **D. Manuel MURILLO CARRASCO** (colegiado ICAM nº 12.068); **D. Fernando MAGÁN PINEÑO** (colegiado nº 317 en el ICA de Talavera); **Da. Elena REVIRIEGO DURÁN** (ICAM nº 47.498),

ante la Sala comparecen y como mejor proceda en Derecho **DICEN:**

ORDEN DE LA EXPOSICIÓN

	<u>Página</u>
I. TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO	3
II. CONTENIDO DEL ESCRITO	16
III. ANTECEDENTES	18
IV. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL AMPARO	22

Plazo de interposición; agotamiento de los recursos; invocación del derecho vulnerado	22
V.- FUNDAMENTOS DE DERECHO	
Competencia, legitimación, procedimiento	23
Derecho aplicable	24
Jurisprudencia vulnerada	26
Procedencia y fundamento de la pretensión de amparo	28
A) La procedencia del amparo	
PRIMER MOTIVO.- VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ART. 25.1 CE) EN RELACIÓN CON LOS ART. 14, 9.3, 10.2, 96.1 DE LA CE Y LOS ARTICULOS 15.2 DEL PIDCP Y 7.2 DEL CEDH	28
SEGUNDO MOTIVO.- VULNERACION DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN EN SU DIMENSIÓN DE INTERDICCION DE LA DENEGACION DE JUSTICIA	40
TERCER MOTIVO.- VULNERACION DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN EN SUS DIMENSIONES DE AMPARO DEL DERECHO AL PROCESO DEBIDO EN RELACION CON LOS DERECHOS AMPARADOS EN LOS ARTICULOS 14 Y 18 DE LA CONSTITUCIÓN	43
B) La vulneración cometida en las resoluciones impugnadas	46
C) La doctrina del Tribunal Constitucional	47
D) La tutela que se solicita	48
PETICIÓN	48
OTROSI	49
Documentos anexos	50

I

TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO

En conformidad con el art. 49, ap. 1, de la LOTC, la especial trascendencia constitucional de las resoluciones aquí recurridas es la siguiente:

1. incumplimiento de la obligación de dictar una resolución fundada en derecho “*ateniéndose al sistema de fuentes establecido*” (art. 1.7 Código civil), con vulneración del art. 117.1 de la Constitución española (CE), lo que es susceptible de recurso de amparo (SSTC 23/1988, FJ1; 151/1994, FJ 3º). En particular, en cuanto que ha sido infringido lo dispuesto en el art. 15.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) y en el art. 7.2 Convenio Europeo de DD. HH. de 1950 (CEDH), en relación con los arts. 25, 14, 24, 9.3, 10.2 y 96.1 de la CE y la doctrina del Tribunal Europeo de DD. HH. de pertinente aplicación;

**

2. inaplicación de una ley vigente, aplicable al caso, con vulneración del art. 24 de la CE, susceptible de amparo (STC 173/2002; 58/2004, 19 de abril; 194/2006, 19 de junio). En particular, en cuanto a los artículos 759.1º y 46 de la LECrim;

**

3. vulneración de la doctrina del Tribunal constitucional que se dirá, lo que es susceptible de amparo (artículo 5.1 de la LOPJ);

**

4. ello ha tenido lugar en el contexto de interdicción de la denegación de justicia respecto de las víctimas de crímenes contra la Humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el 20 de noviembre de 1974 -en conexión con una insurrección armada contra las Instituciones constitucionales y las Altas Autoridades del Estado español elegidas en un sistema democrático y pluralista- a saber: ejecución de más de trescientos mil españoles; desaparición forzada de más de ciento cincuenta mil; privación de la libertad y/o confiscación de bienes de otros tres millones cuatrocientos mil españoles sometidos a campos de muerte, torturas, trabajos forzados, cárceles, individualmente identificados en fichas que se conservan en el Archivo Histórico de Alcalá de Henares; más de treinta mil españoles sustraídos a sus padres biológicos, muchos de ellos fuera del territorio español y traídos a España, cuyas identidades continúan hasta hoy alteradas¹; desplazamiento de más de medio millón de otros ciudadanos españoles, forzados al exilio para preservar su vida, libertad y dignidad.

**

5. Nuestros representados son perjudicados por dichos delitos y ejercitan acciones penales y civiles, como acusación particular o popular, en las Diligencias Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (JCI nº 5), en las que en fecha 16 de octubre de 2008 ha sido dictado el Auto que declara la competencia para investigar los hechos denunciados por los recurrentes (**doc. anexo nº 1**). El 17 de octubre de 2008 es dictado el Auto que eleva las Dil. Previas al Sumario nº 53/2008 (**doc. anexo nº 2**).

¹ Ver el Auto de 18-11-2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 y el voto particular discrepante del Auto de 2 de diciembre de 2008 de la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, **docs. anexos nos. 24 y 6** respectivamente.

**

6. La nulidad de ambos Autos ha sido instada, y lograda, en un inexistente conflicto de competencia mediante la utilización fraudulenta del art. 23 de la LECriminal (como razonamos en el Tercer Motivo de amparo, puntos 3.4 a 3.13).

7. El art. 15.2 del PIDCP dispone

*“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional **o internacional**. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

***2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional**”*

El Auto de 16-10-2008 del JCI nº 5 entiende que el párrafo 2 del PIDCP obliga a los órganos judiciales españoles a aplicar en el tiempo las normas penales delictivas internas vigentes en la fecha de cometerse los hechos, interpretadas *“según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”*.

El Recurso de 20 de octubre de 2008 del Fiscal contra dicho Auto y la resolución de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2008 se fundamentan en la no aplicación del párrafo 2º del art. 15 del PIDCP, a pesar de ser de obligado cumplimiento en España desde el 27 de julio de 1977, es decir desde antes de la promulgación de la Ley de Amnistía de 15 de Octubre de 1977.

Por consiguiente, desde el 27 de julio de 1977 el ordenamiento interno obliga a España a sancionar los actos u omisiones delictivas según el derecho internacional, como son el genocidio y los crímenes contra la Humanidad, aunque *“en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional”*. Pues según el derecho internacional constituyen un delito que es imprescriptible.

**

8. La ley de Amnistía de 15 de Octubre de 1977 en modo alguno ha derogado, suspendido o modificado el artículo 15 del PIDCP de 1966 porque

- ni lo dispone ni puede derogar, en todo o en parte, este tratado internacional,
- circunscribe su objeto a los delitos de “intencionalidad política”, y los crímenes objeto del artículo 15.2 del Pacto internacional no admiten la “excepción política”
- el artículo 96.1 de la Constitución española es de aplicación en este supuesto:

“1. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la

forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”

- debe aplicarse lo dispuesto en el Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados de 27 de junio de 1980, (BOE 13 junio 1980), vigente en España desde el 27 de enero de 1980:

*“Artículo 26. **"Pacta sunt servanda"**. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”*

*“Artículo 27. **El derecho interno y la observancia de los tratados**. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”*

*“Artículo 31. **Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”***

*“Artículo 28. **Irretroactividad de los tratados**. Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, **salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo**.*

La “intención diferente” se halla explicitada en el artículo 15.2 del PIDCP en cuanto a los “actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Por consiguiente, el Auto de 16-10-2008 del JCI nº 5 es conforme con las normas establecidas en el ordenamiento jurídico interno en cuanto a la sanción de los delitos a que remite el artículo 15.2 del PIDCP.

**

9. Sin embargo, en escrito de 20 de octubre de 2008 (**doc. anexo nº 3**), el Ministerio Fiscal ha instado la nulidad de dichos Autos en base a una doctrina

1) que vulnera el principio de legalidad tal como es establecido en el artículo 25.1 de la CE en relación con los arts. 15.2 del PIDCP y 7.2 del CEDH en cuanto a los crímenes de lesa humanidad, desapariciones forzadas, secuestro de niños españoles fuera del territorio español y otros delitos investigados en la presente causa (págs. 13 a 35);

2) que es contraria a la del TEDH de pertinente aplicación.

A su vez, en escrito de fecha 21 de octubre de 2008 (**doc. anexo nº 4**) el Ministerio Fiscal ha impugnado ante el JCI nº 5 el Auto de 16 de octubre de 2008 por, entre otros motivos,

“4. Inaplicación de la ley de Amnistía. La doctrina jurídica sentada por el Tribunal Supremo en el único caso que ha llegado a

dicha Sala sobre posible aplicación de los delitos de genocidio y/o lesa humanidad –STS de 1-10-2007, caso Scilingo- descartando esa calificación jurídica, permite la aplicación al caso sin reservas de la Ley 46/1977 de 15 de octubre, reguladora de la Amnistía. Así pues, les son plenamente aplicables en toda su amplitud los artículos 1 y 2 de dicha norma, lo que produjo, ya entonces, de manera directa e inmediata la extinción de la responsabilidad criminal.” (Páginas 15-16)

“Cabe señalar, además, que pese a su condición de ley preconstitucional y a su eficacia temporal, pues sus efectos dejaron de producirse, en parte, en el año 1978, al entrar en vigor la Constitución Española, la norma tuvo plena efectividad y vigencia jurídica hasta ese momento, con aplicación a situaciones nacidas con anterioridad a su vigencia y que no habían producido efectos jurídicos en el momento de su entrada en vigor. Esto es lo que constitucionalmente se llama retroactividad tácita o aplicación inmediata de las normas jurídicas, que aplicado al caso supondría la aplicación a un hecho jurídico -ilícito penal cometido no perseguido hasta la fecha y con posibles responsabilidades no extinguidas- de una consecuencia jurídica inmediata: la extinción de la responsabilidad penal una vez entrada en vigencia. Es decir, que aun en el supuesto de que se considerara el dato de la desaparición física de la persona como elemento que determinara la inexistencia de la extinción de la responsabilidad civil por prescripción, ello también implicaría la aplicabilidad de la ley de Amnistía a estos delitos, toda vez que precisamente, se encaminaba a acabar con las posibles responsabilidades pendientes en el momento de los hechos.” (Pág. 17).

En base a iguales motivos el día 20 de octubre de 2008 el Fiscal ha impugnado los Autos de 16 y 17 de octubre de 2008 promoviendo una cuestión de competencia por el cauce del art. 23 de la LECrim., solicitando declarar incompetente al JCI nº 5 y sin designar otro en su lugar (**doc. anexo nº 3**).

**

10. A la pretensión del Fiscal la acusación particular ha opuesto (escrito de Da. Carmen Negrín Fetter 5 de noviembre de 2008, **doc. anexo nº 5**) la fuerza vinculante del art. 7.2 del CEDH:

“(…) En el Estado español estaban vigentes el 17 de Julio de 1936 las normas jurídicas invocadas en la Sentencia de Nüremberg. (...)

La Sentencia del TEDH de 22 de marzo de 2001 (caso Streletz y otros c. Alemania), ha reafirmado que el principio de legalidad penal ha sido respetado en la condena a antiguos dirigentes de la Alemania del Este por inducción al asesinato de quienes intentaban atravesar el muro de Berlín, aplicando los tribunales de la RFA el derecho penal de la RDA, aplicable en la época de los hechos. Pues las órdenes de aniquilar a cualquier precio violaban los derechos fundamentales recogidos en la Constitución de la RDA. Actos imputables a los demandantes a título individual y que constituían delitos definidos con la

suficiente accesibilidad y previsibilidad tanto en derecho interno como internacional.

Esta doctrina es aplicable en los supuestos bajo investigación en el Sumario 53/2008, mutatis mutandi las normas penales vigentes en España aplicables en la época de los delitos masivos y sistemáticos investigados.

**

“El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, vigente en España desde el 27 de julio de 1977, es self-executing dado que la legislación penal interna sancionaba la mayor parte de los delitos individualizados cuya comisión sistemática y generalizada los convierte en genocidio y crímenes contra la Humanidad (asesinatos, violaciones, lesiones corporales, expolio de bienes, desplazamiento forzoso de población, etc.);

**

“La Ley de Amnistía, de 15 de Octubre de 1977, no ha derogado el a la sazón ya vigente Pacto Internacional de DD. CC. y PP., y tampoco el artículo 96.1² de la Constitución lo permite;

**

“En conformidad con el Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados, no puede ser interpretada una Ley interna en oposición a lo dispuesto en el artículo 15 de un tratado internacional como es el referido Pacto Internacional de DDCC y PP. En concreto, en el caso de las detenciones seguidas de desapariciones la Comisión Europea de DD. HH. ha considerado en el caso Chipre c. Turquía, Sentencia de 10 de mayo de 2001, que

“127 La Comisión ha observado que (...) el artículo 2 [del CEDH] impone a las autoridades del Estado demandado la obligación positiva de llevar a cabo una investigación efectiva sobre las circunstancias en que tuvieron lugar las desapariciones. Además, esta obligación tiene un carácter continuado puesto que podría acaecer que los desaparecidos hubiesen hallado la muerte por causa de crímenes imprescriptibles.”

“1. (...) el Tribunal observa que las pruebas corroboran la alegación del gobierno demandante según la cual numerosas personas aún desaparecidas habían sido detenidas por fuerza turcas o chipriotas turcas en la época en que las operaciones militares se acompañaban de arrestos y asesinatos en gran escala. (...).

2. Es indiscutible que tal fue el contexto en que tuvieron lugar las desapariciones. El Tribunal no puede sino observar que las autoridades del Estado demandado jamás abrieron ninguna investigación sobre las quejas de las familias de los desaparecidos según las cuales se habría perdido el

² “1. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”

rastró de estos últimos cuando se hallaban detenidos en circunstancias que había razones reales para temer sobre su suerte. (...)

3. A la vista de lo que precede, el Tribunal concluye que ha habido violación continuada del artículo 2 en cuando que las autoridades del Estado demandado no han llevado a cabo una investigación efectiva dirigida a hacer la luz sobre la suerte de los chipriotas griegos que han desaparecido en circunstancias que ponían su vida en peligro, ni sobre el lugar donde se hallaban”.

En esta Sentencia el Tribunal concluye, asimismo, que el Estado turco ha violado en forma continuada los artículos 3, 4, 5, 8 y otros artículos del CEDH.

“El artículo 13 del Convenio europeo de DD. HH. confiere a las partes demandantes el derecho a un recurso efectivo, “incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales” (...)

“La jurisprudencia del Tribunal Europeo de DD.HH.

es reiterada sobre la desaparición forzada en relación con la violación de los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), 6 (derecho a un proceso equitativo), 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de DD. HH. Esta jurisprudencia es aplicable a hechos investigados en el Sumario 53/2008 del Juzgado Central de Inst. Nº 5. Así, a modo de ejemplo,

- en el caso Gongadze v. Ukraine³, donde la demandante es la viuda del desaparecido, el Tribunal concluye que ha habido violación de los arts. 2; 3 y 13 (...)

- la misma doctrina es reiterada en el caso Luluyev and Others v. Russia, Sentencia de 9 de noviembre de 2006, punto 114;

- en el caso Timurtaş v. Turkey, no. 23531/94, § 95, ECHR 2000-VI, Sentencia de 13 June 2000, en el que la demandante es la madre de un detenido desaparecido, el Tribunal concluye que

- hay violación del art. 2: “4. Por las razones antes expuestas, el Tribunal considera que Abdulvahap Timurtaş debe presumirse que murió después de su detención, reconocida por las fuerzas de seguridad. Consiguientemente, la responsabilidad del Estado por su muerte está comprometida. Habida cuenta que las autoridades no han entregado ninguna explicación sobre lo que ocurrió después de la detención de Abdulvahap Timurtaş y que no se apoyan en ninguna causa que justifique el uso de fuerza letal por sus agentes, la consecuencia es que su muerte es atribuible al Estado demandado (ver Çakıcı, loc. cit., § 87). Por ello ha habido violación del Artículo 2 en este punto.”

³ No. 34056/02, §§ 184-186, ECHR 2005, Sentencia de 8 de noviembre de 2005, puntos 184-186, subrayado nuestro.

- hay violación del art. 3:

“5. Considerando, finalmente, la angustia del demandante sobre la suerte de su hijo hasta el día de hoy, el Tribunal considera que la desaparición de su hijo equivale a un trato inhumano y degradante contrario al Artículo 3 del Convenio en relación con la demandante.”

- hay violación, asimismo, de los artículos 5 y 13.

- En el caso *Khachiev contra Rusia*, la Sentencia de 24 de febrero de 2005 considera que se ha violado el artículo 13 [puntos 182 a 186].

**

11. Sin embargo, la mayoría de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en el Auto de 2-12-2008 ha acogido, con el voto fundamentado en contra de cinco Magistrados, el fraudulento conflicto de competencia instado por el Fiscal y ha privado a los recurrentes y demás partes personadas de un Tribunal que conozca de sus denuncias –la Audiencia no ha designado otro en sustitución del JCI nº 5 (**doc. anexo nº 6**).

Interpuesto recurso de casación contra el Auto de 2-12-2008, en el que se sostiene en Derecho que la competencia radica en el JCI nº 5, la Audiencia Nacional no lo ha admitido a trámite. El subsiguiente recurso de queja pende ante la Sala IIª del Tribunal Supremo, donde el Ministerio Fiscal fundamenta su oposición a la admisión en términos que reiteran la vulneración del art. 21 de la CE en relación con lo dispuesto en los artículos 7.2 del CEDH y 15.2 del PIDCP:

“el Fiscal sostiene que los hechos denunciados no son perseguibles en la actualidad, por su falta de tipificación legal y/o haber prescrito y/o estar afectados por la Ley de Amnistía” (pág. 6);

“los delitos así cometidos estarán prescritos. A mayor abundamiento ha de recordarse que las responsabilidades a las que nos venimos refiriendo, estarían extinguidas por amnistía según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 46/1977 de 15 de octubre” (pág. 8 del escrito de fecha 31 de julio de 2009, **doc. anexo nº 7**).

**

12. Nuestros representados, por el contrario, están invocando su derecho a que el diferendo en torno al juez competente para aplicar, de manera efectiva, el art. 7.2 del CEDH sea resuelto por un Tribunal imparcial ante el que las partes puedan invocar los artículos 24, 25, 14, 10.2, 9.3, 96.1 de la Constitución española de 1978 en relación con normas y principios directamente relacionadas con el objeto de la litis en el origen de la cuestión de competencia, tales como:

12.1.- el principio de derecho internacional desde la Sentencia del Tribunal de Nüremberg⁴ según el cual el concepto crímenes contra la Humanidad comprende los hechos de esta naturaleza cometidos después del 23 de marzo de 1933⁵;

12.2.- el Convenio para la sanción y prevención del delito de Genocidio, de 1948, que no instituye ni crea este delito sino que, como afirma el artículo primero, “constata” su existencia.

12.3.- el Convenio de Viena de 22 de mayo de 1969 (BOE de 13-06-1980), según cuyos artículos 26 y 27 “*un tratado en vigor obliga las partes y debe ser cumplido de buena fe*”, y “*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”.

12.4.- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977\893 y ApNDL 3630), ratificado sin reserva alguna y vigente en España desde el 27 de julio de 1977. Es *self-executing*, dado que la legislación penal vigente en España el 17 de julio de 1936 sancionaba la mayor parte de los delitos individualizados cuya comisión sistemática y generalizada les confiere naturaleza de genocidio y crímenes contra la Humanidad (asesinatos, violaciones, lesiones corporales, expolio de bienes, desplazamiento forzoso de población, etc.), y, por ende, son imprescriptibles e inamnistiables.

12.5.- El artículo 15.2 del PIDCP, así como el artículo 7.2 del Convenio Europeo de DD. HH., de 4 de noviembre de 1950, tal como son interpretados y aplicados por el Tribunal Europeo de DD. HH., que han sido invocados por Da. Carmen Negrín Fetter en el expediente de Inhibición nº 006/0020544/2008 ante el Tribunal Supremo (pág. 10 del escrito de 27-10-2008, aquí **anexo nº 10**), y en el OTROSI (FJ 6º) del citado escrito de 5-11-2008 en el Expte. 34/2008 de la Audiencia Nacional del que toma causa el recurso de queja ante el Tribunal Supremo (**doc. anexo nº 5**).

La interpretación al respecto del Tribunal de Estrasburgo está afirmada, por ejemplo

12.5.1.- en el caso K.-W. c. Alemania:

« 45. (...) *La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public. (...)*

6. Par ailleurs, le fait que le requérant n'a pas été inquiété [durante el régimen de Dictadura], mais n'a été poursuivi puis condamné (...) [que] par les juridictions

⁴ “(...) *With regard to crimes against humanity, there is no doubt whatever that political opponents were murdered in Germany before the war, and that many of them were kept in concentration camps in circumstances of great horror and cruelty. The policy of terror was certainly carried out on a vast scale, and in many cases was organised and systematic. The policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out. The persecution of Jews during the same period is established beyond all doubt*”. El texto íntegro de la Sentencia del Tribunal Internacional de Nüremberg es accesible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp.

⁵ El 23 de marzo de 1933 el Reichstag –ocupado por las SS y otros cuerpos armados nazis- aprobó el acta de habilitación que confirió al Canciller Adolf Hitler los plenos poderes con los que se llevaron a la práctica crímenes generalizados y sistemáticos.

allemandes qu'après la réunification sur la base des dispositions légales applicables à l'époque des faits en RDA ne signifie en aucune manière que son action ne constituait pas une infraction d'après le droit de la RDA.

7. A cet égard, la Cour relève que le problème auquel l'Allemagne a été confrontée après la réunification quant à l'attitude à adopter vis-à-vis de personnes qui avaient commis des crimes sous un régime antérieur s'est également posé pour un certain nombre d'autres Etats qui ont connu une transition vers un régime démocratique.

8. La Cour considère qu'il est légitime pour un Etat de droit d'engager des poursuites pénales à l'encontre de personnes qui se sont rendues coupables de crimes sous un régime antérieur ; de même, on ne saurait reprocher aux juridictions d'un tel Etat, qui ont succédé à celles existant antérieurement, d'appliquer et d'interpréter les dispositions légales existantes à l'époque des faits à la lumière des principes régissant un Etat de droit.

9. En effet, la Cour rappelle que sous l'angle de l'article 7 § 1, aussi clair que le libellé d'une disposition pénale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire et il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation (arrêts S.W. et C.R. c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, série A n^{os} 335-B et 335-C, pp. 41-42, §§ 34-36, et pp. 68-69, §§ 32-34, respectivement – paragraphe 45 ci-dessus). (...).

10. De plus, eu égard à la place primordiale occupée par le droit à la vie dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme (paragraphe 94, 95 et 96 ci-dessous), dont la Convention elle-même, qui le garantit en son article 2, la Cour estime que l'interprétation stricte de la législation de la RDA par les juridictions allemandes en l'espèce était conforme à l'article 7 § 1 de la Convention» ;

o que

« il y a crime contre l'humanité dès lors qu'il y a meurtre commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile dans la poursuite d'une certaine politique. Cette notion ne peut, d'après moi, être interprétée comme signifiant que pour qu'un individu puisse être jugé responsable de ce crime il doit avoir commis de nombreux meurtres contre des personnes appartenant à la population civile en cause ou qu'il doit lui-même avoir pris l'initiative ou être directement responsable du comportement systématique ou organisé ayant conduit à la perpétration du meurtre.

Je crois que l'interprétation raisonnable de la notion de crime contre l'humanité telle qu'elle est établie en droit international coutumier est que le crime peut résulter de tout acte individuel de meurtre frappant un membre de la population civile dès lors que pareil acte s'inscrit dans un système de comportement organisé visant à l'élimination indiscriminée de membres de la population civile dans la poursuite d'une certaine politique. En fait, on ne peut raisonnablement conclure à la perpétration d'un crime contre l'humanité que lorsque l'on se trouve en face d'une série de meurtres individuels commis par des personnes mettant systématiquement en œuvre la politique inhumaine concernée. Dès lors, toute personne qui tue sciemment un membre de la population civile dans le cadre d'un plan général doit être considérée comme responsable du crime en question. Une interprétation contraire à celle-là conduirait au résultat absurde que seuls les organisateurs de meurtres de

masse pourraient être tenus pour responsables de crimes contre l'humanité, à l'exclusion des individus qui, en accomplissant des actes de meurtre individuels, exécuteraient sciemment le plan en question.

Mon interprétation trouve un appui dans une démarche analogue adoptée dans la récente affaire Tadić⁶ par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Celui-ci s'y est en effet ainsi exprimé :

« De toute évidence, un acte unique commis par un auteur dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile engage la responsabilité pénale individuelle et un auteur individuel n'a pas à commettre de nombreuses infractions pour être tenu responsable. (...) Même un acte isolé peut constituer un crime contre l'humanité s'il est le produit d'un régime basé sur la terreur ou la persécution. »

La même démarche trouve un appui supplémentaire dans la déclaration suivante, faite par le Tribunal dans sa décision Hôpital de Vukovar (article 61 du règlement) citée par la Chambre d'appel dans l'affaire Tadić⁷ :

« (...) dans la mesure où il présente un lien avec l'attaque généralisée ou systématique contre une population civile, un acte unique pourrait remplir les conditions d'un crime contre l'humanité. De ce fait, un individu qui commet un crime contre une seule victime ou un nombre limité de victimes peut être reconnu coupable d'un crime contre l'humanité si ses actes font partie du contexte spécifique identifié ci-dessus. »

En conséquence, je considère qu'en s'associant en qualité de garde-frontière à l'exécution du plan meurtrier en cause contre les civils qui tentaient de fuir la RDA et en tuant intentionnellement un fugitif le requérant en l'espèce s'est rendu responsable de la perpétration d'un crime contre l'humanité.

Par ailleurs, le fait que le comportement litigieux du requérant ait eu lieu en 1972, soit environ un an avant l'adoption de la Résolution des Nations unies 3074 (XXVIII), qui, comme je l'ai dit dans mon opinion séparée précitée, rendait indiscutable la thèse selon laquelle les principes de Nuremberg formaient partie intégrante du droit international coutumier, ne peut raisonnablement avoir pour effet que le comportement en question ne puisse être considéré comme un crime contre l'humanité. Il en est ainsi parce que le caractère établi, même en 1972, de pareil crime en droit international coutumier, ne saurait être sérieusement contesté, eu égard au fait que la résolution en question s'intégrait dans une série de résolutions relatives au même objet adoptées entre 1969 et 1972, et il est raisonnable de supposer qu'elle se fondait sur une opinion, qu'elle exprimait, qui prévalait à tout le moins pendant les années immédiatement antérieures à son adoption. »⁸

O que :

« Reste à déterminer si l'acte du requérant était néanmoins « criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », au sens du paragraphe 2 de l'article 7, ou s'il constituait, pour d'autres motifs, une infraction d'après le droit international (paragraphe 1).

J'admets que l'on peut trouver des arguments pour étayer la thèse selon laquelle, même dans les années 70, une politique de fermeture des frontières d'un Etat constituait un crime contre l'humanité selon les principes de Nuremberg tels qu'ils

⁶ IT-94-1, párrafo 648.

⁷ Párrafo 248, nota 311.

⁸ Sentencia K.-W. c. Alemania. Opinión concordante del Juez Loucaides.

s'étaient développés au fil des ans⁹. Pareille politique pourrait être considérée comme une violation massive et systématique des droits de l'homme au sens des principes de Nuremberg. Ainsi, on peut soutenir qu'il aurait été possible de justifier aussi par référence au paragraphe 2 de l'article 7 la condamnation des responsables de cette politique. »¹⁰

12.5.2.- en el caso Streletz y otros c. Alemania:

El artículo 7.2 del CEDH

« constitue une exception au principe «nullum crimen, nulla poena sine lege praevia» (...) [al] principio de legalidad («Legalitätsprinzip») (...) Es fácil imaginar un asunto análogo en el que los demandantes fueran altos magistrados (...) que hubieran participado ellos mismos en la creación de la «práctica» judicial (jurisprudencia) de impunidad. ¿Diríamos entonces que este «elemento de interpretación judicial» (apartado 82 de la sentencia) es válido como «ley que define el delito»?

*Como el teórico jurista alemán von Ihering subrayó justamente, el Estado de derecho reposa en la significación **formal** de las redacciones jurídicas. Si se quiere proteger el Estado de derecho, esta significación objetiva debe permanecer independiente y estrictamente separada, en último análisis, de cualquier interpretación subjetiva y arbitraria, por muy generalizada que dicha interpretación pueda estar en el contexto de una «práctica del Estado» dada. Esto es todavía más cierto si esta interpretación arbitraria reinante del «Derecho en (in)acción» que contradice el Derecho escrito es el resultado de una confabulación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial del Estado»¹¹ ;*

o que

“ 6 (...) los mismos textos jurídicos (la Constitución (...) o el Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos) conducen a resultados diferentes según que sean aplicados siguiendo uno u otro método del derecho propio del orden político contemplado.

7 Esto nos lleva a la cuestión de saber si, tras un cambio a través del cual un orden político (...) pasa a ser democrático, es legítimo aplicar «el antiguo» Derecho establecido por el régimen anterior no democrático siguiendo los métodos de interpretación y de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático nuevo.

*8 Quiero señalar que, en mi opinión, no hay lugar para otras soluciones. **Los Estados democráticos únicamente pueden autorizar a sus instituciones a aplicar el Derecho – incluso si se trata de normas anteriores dictadas bajo un régimen predemocrático– de una manera inherente al orden político democrático (en el sentido en el que esta***

2. Remito a este respecto a la opinión separada del Sr. Loucaides en el caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania.

¹⁰ Sentencia K.-W. c. Alemania, Opinión del Juez Pellonpää

¹¹ TEDH, Sentencia Streletz y otros c. Alemania, de 22 de marzo de 2001, voto concurrente del Juez ZUPANČIČ (TEDH\2001\229). Ver en igual sentido el punto 81 de la misma Sentencia; el caso K-HW (2001) 36 E.C.H.R. 59 ECtHR en [83]; el voto particular del citado Juez en el caso Zdanoka (2006) 45 E.C.H.R. 17 ECtHR; el caso Custers (2007) 47 E.C.H.R. 28 ECtHR en [85]-[86].

noción es comprendida en las democracias tradicionales). El recurso a cualquier otro método de aplicación del Derecho (implicando que se llegue a resultados diferentes a partir de los mismos textos jurídicos) atentaría contra la sustancia misma del orden público de un Estado democrático.

9 Los mismos principios son igualmente válidos en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación de las normas del Derecho internacional, como las del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos. El Pacto fue firmado y ratificado por la mayoría de los Estados del mundo –democráticos y no democráticos (incluida la ex-RDA)–. Un Estado democrático únicamente puede interpretar y aplicar este instrumento (y otras normas jurídicas internacionales) siguiendo los métodos de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático. En este caso, es lo que hicieron los tribunales alemanes (véase Sentencia del Tribunal Constitucional federal citada en el apartado 22 de la sentencia).

10 En consecuencia, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas nacionales o internacionales siguiendo los métodos propios de los regímenes (...) no democráticos (con resultados intolerables para un sistema democrático) deben ser consideradas erróneas, desde el punto de vista de un sistema democrático. Esto es válido tanto para una apreciación «ex post facto» de la práctica jurídica que estaba en curso bajo un régimen no democrático anterior (como en este caso, pero el problema puede plantearse evidentemente en otras nuevas democracias), como para la apreciación de la práctica jurídica actual (por ejemplo, en lo que se refiere al Pacto) en vigor en un régimen no democrático actual. Esta práctica debe ser contemplada como una desviación del Derecho. Una vez realizada la transición hacia un orden político democrático, las personas responsables no podrían justificar su comportamiento atrincherándose detrás de la manera «específica» en la que el Derecho es interpretado en los regímenes no democráticos.

11 En mi opinión, ésta es una conclusión obligatoria resultante del carácter universal de los derechos humanos y de los valores democráticos, que se imponen a todas las instituciones democráticas. **Por lo menos desde la época del proceso de Nuremberg, esta concepción del orden democrático es bien comprendida en el mundo y por lo tanto previsible para todos.**

12 Lo que atestiguan igualmente, me parece, las conclusiones de la presente sentencia”¹².

12.5.3.- En el caso Zdanoka c.Letonia:

»Ni siquiera el derecho internacional puede borrar un período histórico de cincuenta años de duración. Por ello, si la actividad (...) debía ser declarada a priori ilegítima o ilegal, muchos acontecimientos sobrevenidos [en el régimen de facto] deberían haber sido declarados a posteriori ilegítimos o ilegales. **Ex factis ius oritur** [el derecho nace de los hechos], la historia está quizás en condiciones de hacer un enjuiciamiento semejante, **pero no el derecho.** El campo del derecho está determinado por el poder estatal establecido. La historia, por el contrario, es escrita por el vencedor (...)

El travestismo operado por antiguos opresores que después se identifican con y profitan de la democracia y del estado de derecho (...) [está] demostrado en varios

¹² Sentencia Streletz y otros c. Alemania, cit., voto concurrente del Juez LEVITS.

*asuntos de los que ha conocido el Tribunal.¹³ (...) Revindican de manera desvergonzada los mismos derechos fundamentales que toda su vida han negado a los otros, y a menudo violado a sangre fría de la manera más brutal. (...) En derecho internacional, el proceso de Nuremberg es una ilustración histórica de la manera como el estado de derecho responde a la barbarie, del que el poder de la lógica jurídica prevalece ex post facto sobre la lógica hobbesiana del poder. Resulta claramente del ya citado caso *Streletz, Kessler y Krenz* que, por razones más restrictivas, la práctica sistemática de la impunidad, a pesar de la existencia puramente formal de normas punitivas precisas que van en sentido opuesto, no puede justificar después del hecho un medio de defensa activo que se basa en un error de derecho excusable. Una vez restablecido el estado de derecho, se aplica la norma positiva, incluso si estaba latente antes. (...) Este caso [*Streletz, Kessler y Krenz*] prueba que la norma punitiva, incluso si está durmiendo y es objeto de una denegación selectiva y sistémica –es decir, de una práctica generalizada de impunidad- y que es, pues, susceptible de hacer resumir a los actores que no será nunca aplicada, existe siempre positivamente, años después (...).*¹⁴

12.6. la Ley de Amnistía, de 15 de Octubre de 1977, que, en conformidad con los artículos 10.2, 9.3, 14, 24 y 96.1¹⁵ de la Constitución española de 1978 debiera interpretarse según dispone el art. 15.2 del Pacto Internacional de DD. CC. y PP. de 1966 “en cuanto a los acciones y omisiones que, en el momento de su comisión, constituían delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Es decir, en cuanto a los crímenes de lesa humanidad, que violan normas de *ius cogens* y son imprescriptibles, conexos con el de insurrección armada contra las Instituciones y Autoridades del Estado que es objeto de investigación en el Auto de 16 de octubre de 2008 del JCI nº 5.

12.7. el Convenio europeo de DD. HH., cuyo artículo 13 confiere a las partes el derecho a un recurso efectivo “incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

**

13. Con posterioridad al Auto de 2-12-2008 de la Audiencia Nacional, los Juzgados de Instrucción de Granada y El Escorial han planteado sendos conflictos de competencia negativa con el JCI5 (ver Autos de 24 de junio y 16 de julio de 2009 del JCI nº 5, **docs. anexos nos. 8 y 9**), cuya resolución compete al órgano superior común, es decir el Tribunal Supremo.

Nuestros representados se han personado ante este último a fin de hacer valer los derechos que les confieren las leyes internas e internacionales de aplicación y que pueden tener relevancia para determinar la competencia, pero el Alto Tribunal les ha denegado el derecho a ser parte y oídos en las recurridas Providencias de 13 de octubre, 27 de julio y 9 de julio de 2009. Éstas acumulan la denegación de justicia a la negación

¹³ Voir, par exemple, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], nºs 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II.

¹⁴ TEDH Caso *Zdanoka c. Letonia*, de 16 de marzo de 2006, Voto particular del juez ZUPANČIČ

¹⁵ “1. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”

del derecho de acceso a la jurisdicción, a la igualdad ante la ley, a un Tribunal de Justicia, al principio de legalidad según el art. 7.2 del CEDH y el art. 15.2 del PIDCP, a un recurso efectivo establecido en la Ley, a la interdicción de la arbitrariedad, de la incongruencia, de dilaciones indebidas, así como vulneran el derecho al proceso debido, a ser parte y ser oídos en un proceso, garantías todas amparadas en los artículos 24, 25, 14, 10.2, 9.3, 96.1 de la Constitución en relación con el artículo 759.1º -y , en su caso, 46- de la LECrim., los artículos 16.2 y 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el artículo 2.1 del Código Civil y los artículos 3, 6.1, 13 y 7.2 del Convenio Europeo de DDHH.

**

14.- El art. 174 del C. Penal tipifica como tortura el sufrimiento mental no solo para obtener información sino también "*por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación*". El anómalo trato dado una y otra vez a los millones de españoles víctimas de los delitos denunciados por nuestros representados les somete a condiciones *que por su naturaleza, duración u otras circunstancias le suponen sufrimientos físicos o mentales... o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral*, vulnera el artículo 14 de la Constitución española y, en particular, el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al prohibir al Juez Instructor investigar más de 150.000 desapariciones en España y el secuestro de miles de niños españoles fuera de España. Ello ha dejado a las familias afectadas en el sufrimiento y la incertidumbre. No cabe hablar solo de indefensión, sino de una indefensión de una especial intensidad que conlleva una adicional violación, autónoma, del 3 CEDH.

**

15. Las Providencias recurridas consolidan, pues, la sucesiva y acumulativa vulneración de las garantías constitucionales, objeto del presente recurso de amparo, en la Audiencia Nacional de España.

II

CONTENIDO DEL ESCRITO

Por su medio se formula demanda en solicitud de amparo constitucional frente a las Providencias de 13 de octubre, 27 de julio y 9 de julio de 2009 de la Sala IIª del Tribunal Supremo, que deniegan *a limine* a nuestros representados el derecho de ser parte y ser oídos en la cuestión de competencia negativa planteada entre los Juzgados de Instrucción de Granada nº 3 y el de El Escorial (Madrid), por un lado, y el Juzgado Central de Instrucción nº 5. Lo que se documenta del siguiente modo:

- la Providencia de 1 de julio de 2009 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo invoca y aplica de manera expresa el artículo 759.1 de la LECrim., que dispone que "*las partes personadas*" serán oídas en comparecencia antes de que la Sala resuelva el conflicto de competencia (doc. anexo nº 23). Sin embargo

1.- la recurrida Providencia de 21 de octubre de 2009 (notificada el 26-10-2009, **doc. anexo nº 11**), inadmite a trámite la petición de nulidad instada por Asociación para la Memoria Social y Democrática (AMESDE) el 19 de octubre de 2009 (**doc. anexo nº 12**), previa al recurso de amparo. La solicitud de ser tenido por parte y oído es de fecha 28 de septiembre de 2009 (**doc. anexo nº 13**), y fue desestimada en la Providencia de 13 de octubre de 2009 (**doc. anexo nº 14**);

2.- la recurrida Providencia de 13 de octubre de 2009 (notificada el 20-10-2009) –**doc. anexo nº 15**- inadmite a trámite la petición de Da. Carmen Negrín Fetter de 9 de septiembre de 2009 –**doc. anexo nº 16**- en la que instaba la nulidad previa al recurso de amparo de la Providencia de 27 de julio de 2009 –**doc. anexo nº 17**- que inadmitía la solicitud de fecha 23 de julio de 2009 de ser tenida por parte y oída en el conflicto de competencia negativa nº 006/20431/2009 planteado por el Juzgado de Instrucción de El Escorial –**doc. anexo nº 18**;

3.- la recurrida Providencia de 14 de septiembre de 2009 (notificada el 18-09-2009) – **doc. anexo nº 19**- que inadmite a trámite la petición formulada el 27 de julio de 2009 – **doc. anexo nº 20**- por: Asociación Granadina por la Memòria Històrica; D. Francisco Galadi Martín; Da. María Nieves Galindo; Asociación para la Recuperación de Memoria Històrica; Asociación para la Recuperación de Memoria Històrica de Aragón; Asociación para la Recuperación de Memoria Històrica de Cuenca; Asociación para la Recuperación de Memoria Històrica de Mérida; Asociación para la Recuperación de Memoria Històrica de Aguilar de La Frontera (Còrdoba); Asociación Soriana para el Recuerdo y la Dignidad; Associació Cultural Memòria i Justícia d'Elx i Comarca; Asociación contra el Silencio y el Olvido y Por la Recuperación de la Memoria Històrica de Málaga; Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra a raíz del Golpe Militar el 18 de Julio; Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló; Héroe de la República y la Libertad; Izquierda Republicana de Castilla y León; Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo); instando la nulidad de la Providencia de 9 de julio de 2009 –**doc. anexo nº 21**- que inadmitía la solicitud de fecha 8 de julio de 2009 de ser tenidos por parte y oídos en el conflicto de competencia –**doc. anexo nº 22**;

- la recurrida Providencia de 13 de octubre de 2009 (notificada el 20-10-2009) –**doc. anexo nº 14**- que inadmite a trámite la petición de la Associació per la Memòria Històrica de Mallorca de 30 de septiembre de 2009 –**doc. anexo nº 25**- en la que instaba la nulidad previa al recurso de amparo de la Providencia de 27 de julio de 2009 –**doc. anexo nº 26**- que inadmitía la solicitud de fecha 22 de julio de 2009 de ser tenida por parte y oída en el conflicto de competencia negativa nº 6/20380/2009 planteado por el Juzgado de Instrucción de El Escorial –**doc. anexo nº 27**.

III

ANTECEDENTES

1. Las Diligencias Previas 399/06 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 constituyen el primer procedimiento judicial incoado desde el 1 de abril de 1939 sobre los graves delitos conexos someramente descritos en la Sección I, punto 4, del encabezamiento del presente escrito. Todos siguen impunes.

**

2. En el Auto de 16 de octubre de 2008 el Juzgado Central de Instrucción declaró su competencia las Diligencias Previas 399/2006 y el Auto del siguiente día 17 de octubre las elevó a Sumario nº 53/2008 (**docs. anexos nos. 1 y 2**).

**

3. En cuanto a la exhumación de las fosas comunes denunciadas por nuestros representados, el Auto de 18 de noviembre de 2008 (**doc. anexo nº 24**) del JCI nº 5 se inhibió a favor de los Juzgados de Instrucción de los partidos judiciales, entre ellos los de Granada y El Escorial, al tiempo que mantuvo su competencia respecto de los restantes delitos conexos identificados en los Autos de 16 y 17 de octubre y 18 de noviembre de 2008;

**

4. Al margen de los recursos establecidos en la Ley, dicho sea con respeto y ánimo de defensa, en fraude del art. 23 de la LECrim. y violentando el artículo 10.2 de la Constitución, la mayoría de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional -con el voto discrepante de cinco de sus miembros- en el Auto de 2 de diciembre de 2008 declaró la incompetencia del JCI nº 5 y la nulidad de los Autos de 16 y 17 de octubre de 2008, sin designar otro órgano judicial competente (**doc. anexo nº 6**, Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional, Pleno de la Sala Penal).

Este Auto de 2-12-2008 es una orden injusta, viciada de nulidad absoluta, que vulnera la esencia de la independencia judicial, dada cuando ningún otro Juzgado recababa para sí la competencia. Ha privado a nuestros representados, de hecho, de acceso a la jurisdicción, al no designar un Juzgado o Tribunal competente para investigar los delitos conexos objeto de las Diligencias Previas 399/2006 y sobre los que en el Auto de 18 de noviembre de 2008 el JCI nº 5 mantuvo su competencia.

**

5. El JCI nº 5 ejecutó el Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional y en Auto de 26-12-2008, aclarado en el de 13-01-2009, acordó restablecer el procedimiento por el cauce de Diligencias Previas nº 399/06 (ver el Auto de 15 de junio de 2009 en el **doc. anexo nº 20**, *in fine*, y las referencias a los Autos de 26-12-2008 y 13-01-2009 en el **doc. anexo nº 9**).

**

6. *“El día 6 de julio de 2009 se recibió, vía fax, del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Lorenzo de El Escorial auto de fecha 3 de julio de 2009, cuya parte dispositiva dice:*

*“NO ACEPTAR la inhibición realizada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de Madrid por auto de 18 de noviembre de 2008 y por auto de 26 de diciembre de 2008, dictados en el Sumario nº 53/2008, a favor del presente Juzgado. Comuníquese la presente resolución al Juzgado Central de Instrucción...” (doc. **anexo nº 9**).*

Por consiguiente, el conflicto de competencia negativo planteado por el Juez de Instrucción de El Escorial nace el 6 de julio de 2009, después de estar anulado el Auto de 17 de octubre de 2008 que había elevado las Dil. Previas a Sumario.

**

7. En Autos de fecha 24 de junio de 2009 y 16 de julio de 2009 (**doc. anexo nº 9**) el JCI nº 5 notificó a las partes que la cuestión de competencia negativa planteada por los Juzgados de Instrucción de Granada y El Escorial, respectivamente, había sido elevada al Tribunal Supremo, Sala II, para su resolución en conformidad con el artículo 759.1º de la LECriminal.

Por consiguiente, la cuestión de competencia negativa se plantea en la causa cuando ésta sigue el cauce de Diligencias Previas, regido por el art. 759.1º de la LECrim.

**

8. En tiempo y forma, nuestros representados se han personado ante la Sala II del Tribunal Supremo y solicitado ser tenidos por parte y oídos en la cuestión de competencia negativa planteada en el Recurso 006/0020380/2009, invocando el derecho que les confiere el artículo 759.1º de la LECriminal y, en su caso, el artículo 46 del mismo cuerpo legal (**docs. anexos nos. 13, 18, 22 y 27**).

**

9. En Providencias de 13 de octubre, 27 y 9 de julio de 2009 el Tribunal Supremo denegó la personación de nuestros representados en base a fundamentos cambiantes:

Primero, en la Providencia de 1 de julio de 2009 (**doc. anexo nº 23**):

“No ha lugar a tener por personado en el presente rollo (...) al tratarse las Cuestiones de Competencia de meras cuestiones jurisdiccionales en las que no se prevé la presencia de las partes personadas en los procedimientos de origen”

Es una decisión incongruente, pues la propia Providencia invoca el art. 759.1º de la LECrim que ordena oír a las partes antes de resolver la cuestión de competencia.

En segundo lugar, tras haber sido puesta de manifiesto la incongruencia, la Providencia de 9 de julio de 2009 (**doc. anexo nº 21**) sustituye el artículo 759.1º por el art. 46 de la LECrim:

“no ha lugar a tenerlos por personados y parte, pues conocen y les consta que, las Diligencias Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, por Auto de 17/10/2008 se transformaron en el Sumario 53/2008 y en el trámite del procedimiento ordinario dice el art. 46 LECrim.: ‘...cuando la cuestión de competencia empeñada entre dos o más Jueces o Tribunales fuere negativa por rehusar todos entender de la causa, la decidirá el Juez o Tribunal y en su caso el Tribunal Supremo, siguiendo para ello los mismos trámites prescritos para

las demás competencias...”, en relación con el art. 22 del mismo cuerpo legal ‘...darán cuenta, con remisión de testimonio, al superior competente y éste a la vista decidirá de plano y sin ulterior recurso cuál de los Jueces Instructores debe actuar...’”.

En esta misma fundamentación se basa la parte dispositiva de la Providencia de 21 de octubre de 2009

En tercer lugar, las Providencias de 14 de septiembre y 13 de octubre de 2009 (**docs. anexos nos. 19 y 15**) -dictadas al resolver recursos de nulidad previos al de amparo, cuando ya los recurrentes no disponen de trámite procesal – se basan en un fundamento *ex novo* –creando la consiguiente indefensión- a saber:

“la resolución de la Cuestión de Competencia negativa planteada entro el Juzgado de Instrucción Central nº 5 y el de igual clase de Granada, en procedimiento donde los delitos perseguidos y las penas correspondientes a los mismos sólo pueden seguirse en procedimiento ordinario”.

No se identifica cuál pueda ser la norma en que se apoya este fundamento nuevo.

La incongruencia de las sucesivas Providencias es patente: el citado Auto de 17/10/2008 del JCI nº 5 (que elevó las Dil. Previas a Sumario) procesalmente no existe cuando surge el conflicto negativo de competencias, y no surte efectos procesales en éste pues el Tribunal Supremo tiene constancia de que en los autos está acreditado que

a) la Audiencia Nacional ha ordenado el 2-12-2009 al JCI nº 5 anular el Auto de 17-10-2008 que elevó las Diligencias Previas 399/2006 a Sumario,

b) esta orden ha sido ejecutada de inmediato y el JCI nº 5 ha restablecido las Diligencias Previas 399/06 en las que es de aplicación el art. 759.1º de la LECrim.,

c) a su vez, la interpretación del art. 46 de la LECrim que hacen las Providencias recurridas “*no tiene relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad*” de dicha norma (art. 3 C. Civil),

d) pues, como autorizadamente comenta Emilio Gómez Orbaneja, el artículo 46 LECrim dispone que se aplicará “*siguiendo para ello los mismos trámites prescritos para las demás competencias*”:

“[El] TS ha entendido reiteradamente que la referencia así hecha a las disposiciones del Cap. II debe entenderse con relación a todas ellas, en conjunto, sin atención al procedimiento o fase procesal de que se trate. Y que, en consecuencia, los preceptos de [los artículos] 34, 36, 37 y 39, relativos a las contiendas positivas en el período del juicio, son aplicables, por la referencia de [l artículo] 46, a las contiendas negativas que se promuevan en el período del sumario. Sobre este problema ya se ha tratado ampliamente en el comentario de[l] artículo 22 N.2”.¹⁶

¹⁶ GÓMEZ ORBANEJA (Emilio): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Barcelona, Ed. Bosch, 1947, T. I, pág. 572.

Pues bien, los arts. 34, 36, 37 y 39 de la LECrim disponen oír a todas las partes acusadoras, al igual que el artículo 759.1º del mismo cuerpo legal.

e) A su vez, las Providencias recurridas reposan en una interpretación contraria a lo dispuesto en el artículo art. 22 de la LECrim. En su comentario a este artículo Gómez Orbaneja precisa:

“La doctrina y la jurisprudencia han entendido que las lagunas –presuntas o reales- del texto deben llenarse con las reglas de tramitaciones de [los artículos] 27, 34, etc. –respecto a la audiencia de MF, vista a las partes, etcétera.-, y que su inteligencia literal vulneraría los principios esenciales del orden de atribuciones (incluso, ‘las garantías del Tít. I de la Constitución del 76’, según el Preámbulo de la R. O. de 11 de mayo de 1904)’¹⁷ (subrayado nuestro).

Y, en efecto, en la aplicación del art. 22 en relación con el art. 46 de la LECrim. antes de resolver la cuestión de competencia es práctica habitual que los Tribunales oigan a las partes que lo piden. Ver p. ej. el Auto de 5 de enero de 2004 de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 3ª) -JUR 2004\156745.

f) La LECriminal fue aprobada en 1882, bajo el régimen de garantías constitucionales de la Constitución de 1876. En 1947, bajo una Dictadura *de facto*, Gómez Orbaneja ya evocaba la incompatibilidad de la interpretación literal del artículo 22 LECrim con las garantías establecidas en dicha Constitución.

7) La legislación posterior a la Constitución de 1978 confirma la interpretación de Gómez Orbaneja. El art. 52 de la LOPJ de 1985 exige oír “a las partes” en las cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí, mientras que el art. 51 reenvía, en las cuestiones de competencia entre Juzgados y Tribunales de un mismo orden jurisdiccional “a las normas establecidas en las leyes procesales“, pues el Cap. II de la LECrim. en el que se encuentra el art. 46 reposa, hemos visto, en el principio constitucional de audiencia a las partes. También le da la razón la Ley Orgánica núm. 15/2003, de 25 noviembre (RCL 2003, 2744), que en el procedimiento abreviado establece el principio de audiencia a las partes en el artículo 759.1º de la LECriminal en las cuestiones de competencia.

**

10. Dentro de este procedimiento de competencia negativa el Tribunal Supremo ha acordado, en la Providencia de 9 de julio de 2009, que no cabe recurso de Súplica contra la Providencia que deniega la solicitud de nuestros representados de ser tenidos por partes y oídos (**doc. anexo nº 21**).

En consecuencia, nuestros representados han solicitado en tiempo y forma, por el cauce del artículo 240.1 de la LOPJ previo al recurso de amparo, la nulidad de actuaciones (**docs. anexos nos. 12, 16, 20 y 25**). La que ha sido inadmitida a trámite en las Providencias de 21-09-2009, 13-10-2009 y 14-09-2009 (**docs. anexos nos. 11, 15, 19**, respectivamente).

¹⁷ Ibid., página 506.

IV

REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE AMPARO

Primero.- Plazo de interposición.

En conformidad con el art. 44.2 de la LOTC y la LO 6/2007, de 24 de mayo (BOE de 25 de mayo), la presente demanda se interpone antes de que haya transcurrido el plazo de treinta días contados a partir de la notificación –el 26 y 13 de octubre y 18 de septiembre de 2009- de las Providencias de 21 y 13 de octubre y 14 de septiembre de 2009 que desestiman los respectivos recursos de nulidad interpuestos contra las Providencias de 13 de octubre, 27 de julio y 9 de julio de 2009.

Se acredita ello mediante la aportación de copia sellada de la diligencia de notificación de las referidas Providencias (docs. anexos nos. 11, 15 y 19).

Segundo.- Agotamiento de los recursos utilizables.

Frente a la primera resolución judicial en la que se ha desconocido de modo inmediato, respectivamente, el derecho de nuestros representados a la jurisdicción ante un Tribunal competente, a personarse y ser oídos en el conflicto de competencia planteado por el Juzgado de Instrucción de El Escorial, los recurrentes han utilizado todos los medios que estaban a su alcance (art. 44.1.a) LOTC), a saber la petición de nulidad del art. 241.1 de la LOPJ que la LO 6/2007, de 24 de julio de 2007, establece como paso previo a formular recurso de amparo (STC núm. 55/2007 (Sala Primera), de 12 marzo, Recurso de Amparo núm. 6820/2004, FJ 2º).

Las frívolas, ilógicas y arbitrarias Providencias de 13 de octubre, 27 y 9 de julio de 2009 (y las posteriores que las han confirmado), su manifiesta falta de fundamento suficiente y carencia de razonabilidad, su incongruencia, evidencian

a) la voluntad de desconocer las consecuencias procesales del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 7.2 del CEDH por el Auto de 12 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional del que toma causa, en último extremo, la cuestión de competencia negativa,

b) la dejación por parte del órgano judicial de su obligación de no incurrir en denegación de Justicia,

b) que ningún recurso efectivo cabe ante la jurisdicción ordinaria susceptible de remediar la situación creada por el Fallo de las Providencias recurridas.

Tercero.- Invocación formal del derecho vulnerado

La invocación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la C.E.), en su manifestación de tutela efectiva, en sus vertientes de derecho de acceso a la jurisdicción, a un Tribunal imparcial, al proceso debido, a ser parte en el proceso y ser oído, a la no discriminación respecto del Ministerio Fiscal, a la igualdad, al principio de legalidad en conformidad con el art. 7.2 del CEDH, a la interdicción de la arbitrariedad, de la incongruencia, de dilaciones indebidas, de denegación de Justicia; la infracción, asimismo, de los artículos 6.1, 13 y 7.2 del CEDH. y de los artículos 16.2 y 15.2 del PIDCP de 1966, ha sido formulada en los escritos de nuestros representados, como es de ver en los documentos que se acompañan y hemos resumido en las secciones I y III del presente recurso.

No existe ocasión procesal ninguna para efectuar invocación adicional ante la misma Sala IIª del Tribunal Supremo.

V **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Primero.- Competencia

La competencia objetiva para el conocimiento de la demanda de amparo corresponde a la Sala, o, en su caso, Sección, del Tribunal Constitucional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 161 de la Constitución española y en los artículos 2.1,b), 11, 50 y 52 de la LOTC.

Segundo.- Legitimación

Nuestros representados están activamente legitimados para promover el presente recurso en cuanto que

a) ejercitan la acusación particular o popular en las Diligencias Previas 399/06 incoadas en el Juzgado Central de Instrucción nº 5, de las que dimana el procedimiento de competencia negativa del que conoce el Tribunal Supremo –lo que éste reconoce en sus Providencias-;

b) han resultado agraviados por las resoluciones recurridas al negarles el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE), en sus vertientes de derecho de acceso al proceso, a ser oídos, a la interdicción de la arbitrariedad, de la incongruencia, de la denegación de Justicia, de las dilaciones indebidas, el derecho al proceso debido; a la no discriminación (art. 14 CE), en relación con los artículos 6.1 y 13 del CEDH y el artículo 16.2 del PDCCPP; a la aplicación del principio de legalidad (art. 25 CE) en conformidad con lo dispuesto en el art. 7.2 del CEDH y el 15.2 del PIDCP.

Tercero.- Procedimiento

La tramitación del procedimiento se ajustará a lo establecido en el Capítulo II del Título III de la LOTC.

Cuarto.- Derecho aplicable de relevancia en la resolución del presente recurso

Derecho procesal

LECriminal. TITULO II. Del procedimiento abreviado. CAPITULO I. **Disposiciones generales:**

“Artículo 759. [Retardo malicioso en la administración de justicia, o negativa a juzgar. Momento procesal de promoción del antejuicio]

En las causas comprendidas en este Título, las cuestiones de competencia que se promuevan entre Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria se sustanciarán según las reglas siguientes:

*1ª Cuando un Tribunal o Juzgado rehusare el conocimiento de una causa o reclamare el conocimiento de la que otro tuviere, y haya duda acerca de cuál de ellos es el competente, si no resulta acuerdo a la primera comunicación que con tal motivo se dirijan, pondrán el hecho, sin dilación, en conocimiento del superior jerárquico, por medio de exposición razonada, para que dicho superior, **tras oír al Fiscal y a las partes personadas** en comparecencia que se celebrará dentro de las veinticuatro horas siguientes, decida en el acto lo que estime procedente, sin ulterior recurso. (...).*

*El Tribunal dará vista de la exposición y antecedentes al Ministerio Fiscal y **a las partes personadas** por plazo de dos días y, **luego de oídos todos**, sin más trámites, resolverá dentro del tercer día lo que estime procedente, comunicando esta resolución al Juzgado que la haya expuesto para su cumplimiento. (...)*

- El artículo 46 de la LECrim, en su caso, según la autorizada interpretación de la jurisprudencia y de la doctrina que hace el prof. Gómez Orbaneja y resumida en el Antecedente 9, letra d), de la Sección III del presente escrito.

Ambas normas procesales no han sido aplicadas por las Providencias recurridas.

**

Jurisprudencia:

En materia de competencia, el Auto de 23 de marzo de 2007 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (JUR 2007\131534) reitera que:

“Tiene declarado esta Sala, como es exponente el Auto de fecha 1 de abril de 2004 , que el delito de estafa se comete en todos los lugares en los que se han desarrollado las acciones del sujeto activo (engaño) o del sujeto pasivo (disposición patrimonial) y en el que se ha producido el perjuicio patrimonial (teoría de la ubicuidad). Criterio que viene corroborado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 3 de febrero de 2005, en el que se tomó el siguiente acuerdo: "El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se

haya realizado algún elemento del tipo, en consecuencia, **el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa**".

En igual sentido, el ATS de 29.11.2007 (RJ 2008\1076).

A su vez,

- a) es la Instrucción la que debe determinar si TODOS los partícipes o intervinientes han fallecido, no el Tribunal del art. 23 LECrim. como ha ocurrido en la especie;
- b) el hecho de que el referido Auto de 18 de noviembre de 2008 del Sumario 53/2008 haya declarado extinguida la responsabilidad penal, por fallecimiento, de los principales responsables del delito contra la Instituciones y el Gobierno legítimos de España, en modo alguno puede invalidar, sin embargo, la aplicación de las normas procesales que determinan la conexión en los arts. 300, 17, 19, 22, 25, 14.3 de la LECrim., según razona Emilio Gómez Orbaneja en los términos siguientes (subrayado nuestro):
 - i. *“De la relación del artículo 17 con el 300 de la LECriminal se desprende, inequívocamente, la facultad-deber del juez del sumario de acumular en un solo procedimiento los asuntos conexos que ante el mismo penden”*¹⁸;
 - ii. *“El principio general es que el juez que recibe la competencia derivada de la conexión, no la pierde al desaparecer la causa (cosa distinta a la comprobación, por la averiguación de nuevos datos, de que esa causa no ha existido). **Así: muerte del inculcado común** por dos o más delitos en que haya participado con personas diferentes; o sobreseimiento parcial respecto de él, con la consiguiente apertura del juicio respecto de los demás procesados (cfr. 634 n° 2). Con mayor razón, suspensión del curso de la causa respecto del procesado común en rebeldía, o incapacitado física y mentalmente (cfr. 842). En todos estos casos, la causa de conexión ha existido, porque la conexidad no se funda en la responsabilidad efectiva de una sola persona por todos los diversos delitos, sino en su inculpación por ellos. Pero si **concluido el sumario** que tenga por objeto todos los diversos hechos, se dictase sobreseimiento total respecto de uno de ellos, continuándose la causa por el mismo Tribunal respecto de los otros (aún cuando el delito afectado por el sobreseimiento fuese el atrayente), la nueva prosecución contra otra u otras personas por ese hecho (siendo el delito atraído), no corresponderá ya al juez de la conexidad, sino a su juez propio”*¹⁹.

Por consiguiente, la competencia reside en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 conforme a los arts. 300, 17, 19, 22, 25, 14.3 de la LECrim., contrariamente a lo que acuerda el Auto de 2-12-2008.

¹⁸ GOMEZ ORBANEJA (E.): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona, Bosch, 1947, I, pág. 437.

¹⁹ Ibid., pág. 450. Las cursivas son del autor, el subrayado nuestro.

Derecho sustantivo

V.1.- El art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales:

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)”

V.2.- El artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

“Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

V.3.- El art. 1.7 del Código civil, en cuanto al sistema de fuentes del derecho establecido en relación, en particular, con los arts. 15.2 del PIDCP y 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y los arts. 759.1º y 46 de la LECrim.

V.4.- El artículo 5.1 de la LOPJ, según el cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es vinculante “en todo tipo de procesos”.

En particular,

las Providencias de 13 de octubre, 27 y 9 de julio de 2009 han infringido la doctrina constitucional sentada en cuanto

A) – a la importancia de la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional (STC nº 62/1982, de 17 de octubre de 1982, FD 7.c), pronunciada en relación con el principio de legalidad penal del art. 25.1 de la C.E.; la STC 245/1991, de 16 de diciembre de 1991, FD 3, según la cual el derecho interno debe ser interpretado en conformidad con los Tratados de DD. HH. ratificados por España y los criterios interpretativos de los Tribunales Internacionales que los aplican;

B)- a que la persona que ostenta un derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (SSTC 71/1991, de 8 de abril (RTC 1991, 71), F. 3, y 210/1992, de 30 de noviembre (RTC 1992, 210), F. 3; STC 311/2000 (RTC 2000, 311));

C)- a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de **derecho de acceso al proceso**, amparado en los artículos 13 y 6.1 del Convenio Europeo de DDHH y el artículo 24.1 de la Constitución española. Que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, de 30 de junio (RTC 1993, 220), F. 3.

Este derecho no sólo «puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (SSTC 4/1988, de 12 de enero [RTC 1988, 4], F. 5; 141/1988, de 29 de junio [RTC 1988, 141], F. 7)», sino también «por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable (por todas, STC 35/1999, de 22 de marzo [RTC 1999, 35], F. 4 y las en él citadas)».

En el presente caso no concurren circunstancias impeditivas u obstaculizadoras del acceso al procedimiento de competencia negativa, y la interpretación hecha por el Tribunal Supremo es, como hemos visto, manifiestamente errónea, irrazonable, incongruente y basada en criterios interpretativos contrarios al CEDH en cuanto a los artículos de este último que hemos citado.

D) por lo que hace específicamente a la falta de legitimación para ser parte invocadas por las Providencias recurridas, el Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, están imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, de 25 de febrero [RTC 1987, 24], F. 2; 93 / 1990, de 23 de mayo [RTC 1990, 93], F. 2; 195/1992, de 16 de noviembre [RTC 1992, 195],F.2).

El TC, p. ej. en su Sentencia núm. 251/2007 de 17 diciembre (RTC 2007\251), mantiene como doctrina que el derecho de acceso a la jurisdicción incluye el derecho a ser parte en un proceso, para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas.

En la especie, las Providencias recurridas

- han imposibilitado que los recurrentes puedan alegar en el procedimiento de competencia negativa la vulneración, en el procedimiento principal del que toma causa aquel, de lo dispuesto en los artículos 7.2 del CEDH y 15.2 del PIDCP, lo que vicia desde entonces el desarrollo del procedimiento ;

- no han respetado el contenido del derecho de los recurrentes de acceder a un proceso en el que se dilucida la competencia, cuya acción judicial, las pruebas aportadas y las peticiones formuladas en el procedimiento seguido en el JCI nº 5 son la causa necesaria de los Autos de 16 y 17 de octubre y 18 de noviembre de 2008 en origen del incidente de competencia negativo;

- no resultan proporcionadas a la consecución de las finalidades constitucionalmente lícitas perseguidas por nuestros representados al personarse en el procedimiento sobre competencia negativa y solicitar ser oídos (STC 10/1996, de 29 de enero [RTC 1996, 10], F. 3; 12/1996, de 20 de enero [RTC 1996, 12], F. 3);
- son incongruentes, irrazonables y excesivamente restrictivas de la disposición legal aplicable al caso - el art. 759.1º de la LECrim. o, en su caso, el art. 46 del mismo cuerpo legal;
- carecen de base legal y suponen una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso, contraria a la efectividad del derecho fundamental según doctrina reiterada del Tribunal constitucional (SSTC 285/1993, de 4 de octubre [RTC 1993, 285], F. 2, y 34/1994, de 31 de enero [RTC 1994, 34] , F. 3, entre otras muchas, y AATC 136/1991, de 30 de abril; 250/1993, de 19 de julio [RTC 1993, 250 AUTO] ; 252/1993, de 19 de julio);

Quinto.- Procedencia y fundamento de la pretensión de amparo

El Tribunal Constitucional ha estimado que las cuestiones de competencia referentes al ámbito de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de dicha competencia entre órganos de la jurisdicción ordinaria no rebasan el plano de la legalidad careciendo por tanto de relevancia constitucional (SSTC 43/84, 8/88, 93/98, 35/2000).

El presente recurso tiene presente esta doctrina, y se fundamenta en que la violación de la legalidad ordinaria por las resoluciones recurridas ha vulnerado, a su vez, garantías constitucionalmente protegidas.

La pretensión se funda en los siguientes motivos:

A) La procedencia del amparo

PRIMER MOTIVO. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ART. 25.1 CE) EN RELACIÓN CON LOS ART. 14, 9.3, 10.2, 96.1 DE LA CE Y LOS ARTICULOS 15.2 DEL PIDCP Y 7.2 DEL CEDH

La competencia del JCI nº 5 está determinada por la conexión de los crímenes de lesa humanidad, imprescriptibles, con otros que son competencia exclusiva de la Audiencia Nacional –los de insurrección armada contra las Instituciones del Estado y sus más Altas Autoridades- según razonan los Autos de 16 y 19 de octubre de 2008, en conformidad con el principio de legalidad penal del art. 25.1 de la CE en relación con los artículo 15.2 del PIDCP y 7.2 del CEDDDDD, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hemos resumido en la Sección I, puntos 10 y 12.5 del presente escrito. No aplicar dicho principio de legalidad es, pues, presupuesto necesario para declarar incompetente al JCI nº 5, como se constata en el razonar del Fiscal y de la mayoría de los Magistrados de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en los docs. anexos 3, 4 y 6.

Las Providencias recurridas, al denegar a mis representados el derecho de ser oídos, ha asegurado que puedan escuchar exclusivamente la pretensión y fundamentos del Ministerio Fiscal, y no los de quienes sostienen que la determinación de la competencia debe tener presente que la doctrina del TEDH, sobre el art. 7.2 del CEDH, es plenamente aplicable a los hechos delictivos denunciados por nuestros representados, al sistema legal vigente en España en la fecha en que se cometieron (entre el 17 de julio de 1936 y el 20 de noviembre de 1974), y al sistema legal actual del que forman parte las normas de derecho penal desarrolladas por la coalición antifascista que derrotó al III Reich alemán y a la Monarquía italiana que ayudaron a la insurrección armada en España del 17 de julio de 1936. Así

1.- caso K.-W. c. Alemania

“11. El Tribunal considera que es legítimo para un Estado de derecho llevar a cabo la persecución penal contra personas culpables de crímenes bajo un régimen anterior. De igual modo, no se podría reprochar a las jurisdicciones de tal Estado, sucesoras de las que existían anteriormente, que apliquen e interpreten las disposiciones legales existentes en la época en que se cometieron los hechos a la luz de los principios que rigen un Estado de derecho ».

Es lo que han pedido los aquí recurrentes en cuanto a los hechos criminales durante la Dictadura franquista investigados en el JCI51, pero que el Ministerio Fiscal y algunos Magistrados de la Audiencia Nacional han prohibido investigar en base a una fundamentación que vulnera el principio de legalidad penal establecido en los art. 15.2 del PIDCP y 7.2 del CEDH;

2.- caso Streletz y otros c. Alemania, cuya doctrina hemos sintetizado en la Sección I, punto 12.5.2 del presente escrito. Adaptando los conceptos literales de esta sentencia al presente caso “Derecho en inacción” es el resultado de la “confabulación” entre el Ministerio Fiscal y algunos Magistrados de la Sala Penal de la Audiencia Nacional para prohibir, en vulneración del art. 7.2 del CEDH, la investigación de los crímenes cometidos en España después que el Canciller Hitler asumiera los Plenos Poderes, denunciados por los recurrentes ante JCI nº 5.

3.- caso Zdanoka c. Letonia, cuya doctrina hemos sintetizado en la Sección I, punto 12.5.3 del presente escrito. Adaptada al caso español, las normas positivas que entre el 17 de julio de 1936 y el 20 de noviembre de 1974 sancionaban los delitos de asesinato, secuestros, malos tratos, confiscaciones de bienes, etc. no se aplicaron cuando las víctimas eran españoles partidarios de la forma representativa de gobierno, cuyos derechos fueron sistemáticamente violados. Restablecido el Estado de derecho en diciembre de 1978, deben ser aplicadas en según el principio de legalidad dispuesto en el art. 15.2 del PIDCP y 7.2 del CEDH y la doctrina del TEDH. En el presente caso, estas normas han sido abiertamente violadas por las resoluciones recurridas del Tribunal Supremo en el contexto de las que las preceden y condicionan adoptadas por la Sala Penal de la Audiencia Nacional a propuesta del Ministerio Fiscal (**docs. anexos 3, 4 y 6**).

Los escritos del Fiscal de la Audiencia Nacional de 20 y 21 de octubre de 2008 (docs. anexos nos. 3 y 4) interpretan de modo incorrecto la jurisprudencia del TEDH. Así, por

ejemplo, en la página 20 del primer escrito el Sr. Fiscal invoca el caso Streletz y otros contra Alemania. Sin embargo, muy por el contrario, la Sentencia de 22 de marzo de 2001 de la Gran Sala del TEDH lo que afirma es lo siguiente:

“4. El Derecho nacional. Base legal de la condena.

53. El Tribunal señala que los tribunales alemanes condenaron en primer lugar a los demandantes en base al Derecho penal aplicable en la RDA en la época de los hechos, por inducción al asesinato (...).

55. La condena de los demandantes tenía por tanto su base legal en el Derecho penal de la RDA aplicable en la época de los hechos, y las penas correspondían, en principio, a las previstas en las disposiciones aplicables de la legislación de la RDA (...).”

Esta doctrina es precisamente la que informa el Auto de 16-10-2008 del JCI nº 5 en cuanto a los delitos de asesinato, violación, daños corporales a personas y otros que cita según su tipificación en el Código Penal española de 1931.

La defensa de Streletz invocó ante el Tribunal Europeo un argumento del que se hace eco el recurso del Ministerio Fiscal español para impugnar la competencia del JCI nº 5:

“Previsibilidad de las condenas. 77. Los demandantes objetan, a la vista de las realidades de la RDA, que su condena por los tribunales alemanes no había sido previsible y que era absolutamente imposible para ellos prever que serían llevados un día, por un cambio en la situación, a tener que rendir cuentas en el plano penal”

El Tribunal Europeo responde a esta objeción (subrayado nuestro):

“78. Este argumento no es convincente. La discrepancia que separó la legislación de la RDA de la práctica de ésta era obra de los mismos demandantes. A causa de las elevadas posiciones que ocupaban en el seno del aparato del Estado, no podían, evidentemente, ignorar la Constitución y la legislación de la RDA, ni las obligaciones internacionales de ésta (...).”

81. El Tribunal considera que es legítimo para un Estado iniciar diligencias penales contra personas que han sido culpables de crímenes bajo un régimen anterior; así mismo, no se podría reprochar a los tribunales del Estado, que sucedieron a los existentes anteriormente, aplicar e interpretar las disposiciones legales existentes en la época de los hechos a la luz de los principios que rigen un Estado de derecho.

82. En efecto, el Tribunal recuerda que bajo el punto de vista del artículo 7.1, por muy clara que pueda estar redactada una disposición penal, sea cual sea el sistema jurídico, existe indudablemente un elemento de interpretación judicial y habrá que dilucidar siempre los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación (Sentencias SW y CR contra el Reino Unido anteriormente citadas pgs. 41-42, aps. 34-36 y pgs. 68-69, aps. 32-34, respectivamente, apartado 50 supra). Ciertamente, esta noción se aplica en principio a la evolución progresiva de la

jurisprudencia en un mismo Estado de derecho y bajo un régimen democrático, elementos que constituyen las piedras angulares del Convenio, como atestigua su preámbulo (apartado 83 infra), pero conserva todo su valor cuando, como en este caso, ha habido sucesión de dos Estados.

83. Un razonamiento contrario iría contra los principios mismos sobre los que está construido todo el sistema de protección establecido por el Convenio. Los autores del Convenio se refirieron a estos principios en el preámbulo del Convenio «reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen los cimientos incluso de la justicia y de la paz en el mundo y cuyo mantenimiento reposa esencialmente en un régimen político verdaderamente democrático, por un lado y, por otro, en una concepción común y un común respeto de los derechos humanos que reclaman» y se declaraban «animados por un mismo espíritu y poseyendo un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto de la libertad y de preeminencia del Derecho». (...).

85. Además, teniendo en cuenta el lugar primordial ocupado por el derecho a la vida en todos los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos (apartados 92, 93 y 94 infra), entre ellos el mismo Convenio, que lo garantiza en su artículo 2, el Tribunal considera que la interpretación estricta de la legislación de la RDA por parte de los tribunales alemanes en este caso era conforme con el artículo 7.1 del Convenio.

87. El Tribunal considera que una práctica del Estado como la de la RDA (...), que ignoraba de manera flagrante los derechos fundamentales y sobre todo el derecho a la vida, valor supremo en la escala de los derechos humanos en el plano internacional, no podría estar protegida por el artículo 7.1 del Convenio. Esta práctica, que vació de sustancia a la legislación sobre la que se suponía estaba basada, y que era impuesta a todos los órganos del Estado, incluidos sus órganos judiciales, no podría ser calificada como «Derecho» en el sentido del artículo 7 del Convenio.

88. Así, el Tribunal considera que los demandantes que, como dirigentes de la RDA habían creado la apariencia de legalidad que emanaba del ordenamiento jurídico de la RDA y luego habían establecido o perseguido una práctica que ignoraba de manera flagrante los principios mismos de este orden, no podrían invocar la protección del artículo 7.1 del Convenio. Razonar de otra manera sería ignorar el objeto y la finalidad de esta disposición, que quiere que nadie sea sometido a diligencias, condenas o sanciones arbitrarias.

89. A la vista de todos estos elementos, el Tribunal considera que en el momento en que fueron cometidas, las acciones de los demandantes constituían delitos definidos con la suficiente accesibilidad y previsibilidad por la legislación de la RDA.» (...)

“El Derecho internacional. (...)

*“106. **Además**, el comportamiento de los demandantes podría ser considerado, siempre en el marco del artículo 7.1 del Convenio, desde el punto de vista de*

otras normas de Derecho internacional, principalmente las relativas a los crímenes contra la humanidad. La conclusión a la que ha llegado el Tribunal (apartado 105 supra) hace superfluo tal examen.”

El voto particular concordante del Juez Sr. LOUCAIDES estudia la aplicación del derecho internacional consuetudinario a la luz del Convenio:

“(…) Estimo que el comportamiento por el que los demandantes fueron condenados (véase el texto de la sentencia), debía considerar, desde el punto de vista del Derecho internacional, como un «crimen contra la humanidad» noción que, en la época de los hechos, formaba ya parte integrante de los principios generales del Derecho internacional consuetudinario²⁰. (...) El vínculo entre los crímenes contra la humanidad y los actos de guerra no fue considerado como una condición para el establecimiento de tales delitos²¹. Como bien hizo observar Lord Millet en la Sentencia Pinochet (3) dictada por la Cámara de los Lores²² :

«El Tribunal de Nuremberg consideró que los crímenes contra la humanidad únicamente eran de su competencia cuando habían sido cometidos en la ejecución de crímenes de guerra o de crímenes contra la paz, o en relación con tales crímenes. Ahora bien, esta limitación de competencia parece haber estado basada en los términos utilizados por el Estatuto. No existe ninguna razón para suponer que se hubiera considerado entonces que se trataba de una condición de fondo prevista por el Derecho internacional. La necesidad de establecer tal vínculo era natural en la inmediata posguerra. A medida que los recuerdos de la guerra han ido retrocediendo, ha sido abandonada».

“(…) Pero aunque únicamente nos inspiremos en la noción de «crimen contra la humanidad» que se desprende del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg –cuyos principios fueron confirmados por las resoluciones de las Naciones Unidas anteriormente citadas– y si examinamos el caso presente únicamente con referencia a las exigencias mínimas de tal noción, siempre que se refiera a los hechos del caso presente, no existe ninguna dificultad para concluir que los actos por los que los demandantes fueron considerados culpables deben sin duda ser calificados como «crímenes contra la humanidad» de la naturaleza más grave. Los elementos constitutivos mínimos de la infracción en cuestión parecen ser los siguientes: el asesinato; a) cometido contra una población civil; y b) un comportamiento sistemático u organizado en la prosecución de una cierta política. c) El último elemento resulta de la combinación de los elementos a) y b).

“Por las razones anteriores, considero que los actos por los que los demandantes fueron condenados constituían, en la época en que se cometieron, infracciones según el Derecho alemán pero también según el Derecho internacional”.

²⁰ Véase DAillier y Pellet, «Derecho internacional público», 6ª edición, pg.677.

²¹ Véase «Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity: Note by the Secretary general», UN GAOR, 22ª sesión. Anexo al orden del día, punto 60, pgs. 6-7, UN DOC A/6813 (1967). Véase igualmente TPIY, asunto Tadi IT-94-1, apartado 623.

²² 1999, Weekly Law reports, pg. 909 y siguientes.

En todo caso, comentando el equivalente artículo 7.2 del Convenio Europeo de DD.HH. el voto particular del Juez Sr. ZUPANCIC explica que el propio Convenio admite la interpretación retroactiva de la ley penal en las circunstancias que explica:

“El artículo 7.2 constituye una excepción al principio «nullum crimen, nulla poena sine lege praevia» formulado por el ilustre penalista alemán Anselm von Feuerbach. (...)

”en este caso, ya lo veremos, produce el efecto inverso: impide a los demandantes invocar su propia interpretación del Derecho. (...) Las poderosas garantías objetivas del Derecho penal material enraizadas en el principio de legalidad no podrían reducirse al Derecho subjetivo de estar informado con antelación de lo que es punible según el Derecho positivo.

“La importancia del principio de legalidad reside en las restricciones legales objetivas, rigurosas, semánticas y lógicas («lex certa») que éste asocia al poder de castigar que posee el Estado. Si un individuo está formalmente capacitado por la Ley para prever la naturaleza criminal y punible de sus actos u omisiones, independientemente de la confianza que otorgue habitualmente a la práctica del Estado ambiente y establecida de impunidad, el Estado de derecho sancionará después su responsabilidad penal. Mantener lo contrario equivaldría a hacer del criminal un legislador en su propio caso. Tal es el alcance real del caso presente.”

“A la inversa, una acentuación excesiva de los criterios subjetivos de accesibilidad y previsibilidad facilitaría la defensa de los demandantes basada en el principio de legalidad. Los interesados podrían alegar que se fiaron en realidad de la interpretación oficial, accesible y previsible del Derecho de entonces, de «la práctica del Estado de la RDA que se superponía a las normas del Derecho escrito en la época de los hechos» (apartado 67 de la sentencia). Podrían entonces mantener que, aunque haya sido probado posteriormente que era errónea desde el punto de vista de la estricta interpretación del Derecho penal positivo, su actitud no era, entonces, menos conforme con la práctica del Estado oficial, constante y previsible. Tal argumento introduciría entonces el motivo de defensa derivado del error de derecho («error juris») excusable.

“Según lo que preveía el Derecho penal material de la RDA o de la RFA en materia de error de Derecho, los actos de los demandantes podrían entonces ser excusados (¡No justificados!).

“En tal contexto, el error de Derecho podría convertirse en una pasarela entre el sentido objetivo de la Ley que define el delito y la comprensión subjetiva de esta Ley. Si esta última no es enteramente subjetiva y arbitraria, en el sentido de que está basada en elementos objetivos como «la práctica del Estado», «la interpretación oficial del agente público» ... contemplados, el error de Derecho puede convertirse en una excusa, es decir, en Derecho alemán, en «un motivo de exclusión de la culpabilidad».

“La invocación subjetiva por parte de los demandantes de la «práctica de la RDA que se superponía a las normas del Derecho escrito en la época de los

hechos», significaría de hecho que, aunque realista teniendo en cuenta la «práctica de la RDA», la interpretación esquizofrénica, dejando completamente de lado las leyes escritas, hecha por ellos (y por la RDA) del Derecho positivo prevalecería sobre la importancia objetiva de las definiciones pertinentes de las infracciones en el propio Derecho penal de la RDA.

“El presente asunto va más allá, sin embargo, por lo menos, que una etapa suplementaria en esta dirección. Los demandantes no se contentaron con «basarse» en «la práctica de la RDA». Contribuyeron a crear esta práctica del Estado bien real de impunidad. Esta no se formalizaba a través de instrumentos legislativos, ciertamente, porque frente al mundo exterior, la RDA deseaba mantener la imagen de un Estado de derecho. Si lo hubiera sido, el caso presente se habría presentado bajo un aspecto completamente diferente ya que habría sido preciso probablemente examinarlo a la luz del artículo 7.2 del Convenio.

“Según su propio Derecho penal, los demandantes eran participantes en un amplio y sistemático concierto fraudulento tendente a descartar la significación objetiva de las leyes escritas. Dicho de otro modo, contribuyeron de manera dolosa a crear y mantener una situación ambigua en la que la «práctica del Estado» de impunidad, o de recompensa, para los comportamientos criminales de otros participantes en dicho concierto se encontraba en perfecta contradicción con los términos formales de las leyes penales aplicables. La característica distintiva del presente caso reside en el hecho de que son los mismos demandantes quienes eran «los agentes o (miembros del) órgano público investido(s) por la Ley de la responsabilidad de interpretar, administrar y hacer respetar la ley que define el delito».

“En este caso nos encontramos con una situación autorreferencial en la que las mismas personas que estaban investidas de la responsabilidad de interpretar, administrar y hacer respetar la Ley que definía el delito difundían la «práctica del Estado» que afirman hoy haber sido el origen de su propia comprensión del Derecho y en la que ven un motivo de excusa. Lo que es más, los demandantes mantienen que la práctica del Estado formaba parte integrante de la impunidad objetiva que reinaba en la época y que es así inaceptable que se active «ex post» una responsabilidad penal para sus actos.

“Está claro que esto plantea la cuestión del Estado de derecho, y más concretamente la de la legalidad en la esfera del Derecho penal material. Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiera admitido, bajo el punto de vista del artículo 7.1, que esta «práctica del Estado» formaba parte integrante de la «ley que definía el delito» o si hubiera aceptado el motivo de la defensa derivado del error de Derecho en este caso, habría validado esta autojustificación en circuito cerrado despreciando el Estado de derecho.

“Es fácil imaginar un asunto análogo en el que los demandantes fueran altos magistrados de la antigua RDA que hubieran participado ellos mismos en la creación de la «práctica» judicial (jurisprudencia) de impunidad.

“¿Diríamos entonces que este «elemento de interpretación judicial» (apartado 82 de la sentencia) es válido como «ley que define el delito»?

“Como el teórico jurista alemán von Ihering subrayó justamente, el Estado de derecho reposa en la significación formal de las redacciones jurídicas. Si se quiere proteger el Estado de derecho, esta significación objetiva debe permanecer independiente y estrictamente separada, en último análisis, de cualquier interpretación subjetiva y arbitraria, por muy generalizada que dicha interpretación pueda estar en el contexto de una «práctica del Estado» dada. Esto es todavía más cierto si esta interpretación arbitraria reinante del «Derecho en (in)acción» que contradice el Derecho escrito es el resultado de una confabulación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial del Estado.

Mantener la separación del Derecho objetivo y del Derecho subjetivo es la única manera de garantizar que nadie se encuentre por encima de las leyes.”

En su opinión concordante, el Juez Sr. LEVITS manifiesta:

“1. Suscribo las conclusiones que figuran en la sentencia. Sin embargo, desearía explicar mi manera de pensar sobre dos puntos concretos. El primero se refiere a la interpretación del Derecho bajo los regímenes democráticos y bajo los regímenes no democráticos (socialistas), así como el tratamiento de este problema después de la transición hacia la democracia; el segundo se refiere a la noción de «crimen contra la humanidad» en el Derecho internacional

“2. La sentencia se basa en una interpretación del Derecho internacional (por ejemplo, el Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966 [RCL 1977, 893 y ApNDL 3630]) y al Derecho interno de la RDA (por ejemplo, la Constitución, la Ley de la Policía del Pueblo y otras leyes). El Tribunal llega a la conclusión de que el comportamiento de los demandantes en la época de los hechos era contrario tanto al primero como al segundo (apartados 64, 72, 75, 102 y 104 principalmente).

“3. Los demandantes discuten esta manera de pensar (que fue igualmente adoptada por los tribunales alemanes), alegando el hecho de que en la RDA, el Derecho internacional y el Derecho interno eran interpretados y aplicados de manera diferente (apartado 47), y que a la vista de la interpretación y de la aplicación que se hacían de ellos, su comportamiento no tenía nada de ilícito.

“4. Me parece que esta objeción plantea una de las cuestiones más importantes del caso presente, un punto muy importante en las situaciones en las que un régimen anterior no democrático (por ejemplo, el socialista) es abolido para ser reemplazado por un régimen democrático. Muestra claramente que la interpretación y la aplicación del Derecho dependen del orden político general, en el interior del cual funciona como un subsistema.

“5. De hecho, teniendo en cuenta su punto de vista totalmente diferente de la interpretación y de la aplicación del Derecho, los tribunales de la RDA no hubieran llegado jamás a los resultados a los que llegaron los tribunales

alemanes tras la reunificación y el Tribunal en este caso, si hubieran tenido que aplicar las disposiciones en cuestión de la Constitución de la RDA (artículos 19 y 30), otras leyes contempladas y el Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos (artículo 12).

“6. Las diferencias en la interpretación y la aplicación del Derecho entre los sistemas democráticos y los sistemas socialistas cubren todos los elementos importantes del Derecho en el sentido amplio, y principalmente las fuentes del Derecho, la autonomía del razonamiento jurídico, la interpretación de las normas jurídicas (especialmente por parte de Jueces independientes), los métodos de interpretación de las normas jurídicas, la jerarquía de las normas jurídicas y el carácter apremiante del Derecho para las autoridades del Estado. En consecuencia, los mismos textos jurídicos (la Constitución de la RDA o el Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos) conducen a resultados diferentes según que sean aplicados siguiendo uno u otro método del derecho propio del orden político contemplado.

“7. Esto nos lleva a la cuestión de si, tras un cambio a través del cual un orden político socialista pasa a ser democrático, es legítimo aplicar «el antiguo» Derecho establecido por el régimen anterior no democrático siguiendo los métodos de interpretación y de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático nuevo.

“8. Quiero señalar que, en mi opinión, no hay lugar para otras soluciones. Los Estados democráticos únicamente pueden autorizar a sus instituciones a aplicar el Derecho –incluso si se trata de normas anteriores dictadas bajo un régimen predemocrático– de una manera inherente al orden político democrático (en el sentido en el que esta noción es comprendida en las democracias tradicionales). El recurso a cualquier otro método de aplicación del Derecho (implicando que se llegue a resultados diferentes a partir de los mismos textos jurídicos) atentaría contra la sustancia misma del orden público de un Estado democrático.

“9. Los mismos principios son igualmente válidos en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación de las normas del Derecho internacional, como las del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos. El Pacto fue firmado y ratificado por la mayoría de los Estados del mundo –democráticos y no democráticos (incluida la ex-RDA)–. Un Estado democrático únicamente puede interpretar y aplicar este instrumento (y otras normas jurídicas internacionales) siguiendo los métodos de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático. En este caso, es lo que hicieron los tribunales alemanes (véase Sentencia del Tribunal Constitucional federal citada en el apartado 22 de la sentencia).

“10. En consecuencia, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas nacionales o internacionales siguiendo los métodos propios de los regímenes socialistas o de otros regímenes no democráticos (con resultados intolerables para un sistema democrático) deben ser consideradas erróneas, desde el punto de vista de un sistema democrático. Esto es válido tanto para una apreciación «ex post facto» de la práctica jurídica que estaba en curso bajo un régimen no

democrático anterior (como en este caso, pero el problema puede plantearse evidentemente en otras nuevas democracias), como para la apreciación de la práctica jurídica actual (por ejemplo, en lo que se refiere al Pacto) en vigor en un régimen no democrático actual. Esta práctica debe ser contemplada como una corrupción del Derecho. Una vez realizada la transición hacia un orden político democrático, las personas responsables no podrían justificar su comportamiento atrincherándose detrás de la manera «específica» en la que el Derecho es interpretado en los regímenes no democráticos.

“11. En mi opinión, ésta es una conclusión obligatoria resultante del carácter universal de los derechos humanos y de los valores democráticos, que se imponen a todas las instituciones democráticas. Por lo menos desde la época del proceso de Nuremberg, esta concepción del orden democrático es bien comprendida en el mundo y por lo tanto previsible para todos .

“12. Lo que atestiguan igualmente, me parece, las conclusiones de la presente sentencia.

II

“13. El apartado 107 de la sentencia confirma que el comportamiento de los demandantes podría igualmente ser considerado, a la luz del artículo 7.1 del Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572) , bajo el punto de vista de otras normas del Derecho internacional y principalmente de las relativas a los crímenes contra la humanidad, pero que, teniendo en cuenta las conclusiones a las que llegó el Tribunal tras una aplicación de las normas internacionales en materia de derechos humanos en relación con las normas del Derecho interno de la ex-RDA, no se imponía examinar esta cuestión.

“14. Suscribo en principio esta actitud. Sin embargo, si el Tribunal llegó a sus conclusiones en este caso, fue esencialmente porque la Constitución y las otras leyes de la RDA estaban formuladas de manera muy conveniente en un lenguaje análogo al utilizado por las disposiciones constitucionales y legales de los Estados democráticos regidos por el Estado de derecho (por ejemplo, las disposiciones constitucionales relativas a la protección de los derechos humanos). La intención del régimen no democrático de la RDA era en realidad otra. Las disposiciones relativas a la protección de los derechos humanos que figuraban en las Constituciones de los antiguos Estados socialistas revestían más bien un carácter de propaganda. Sin embargo, por razones que considero imperiosas (ya me he explicado más arriba), los tribunales alemanes y el Tribunal Europeo «tomaron en serio esos derechos» (Ronald Dworkin), confiriéndoles el sentido resultante de la redacción de diversas normas jurídicas interpretadas siguiendo los métodos de aplicación del Derecho propios de los sistemas democráticos.

“15. Considero que la capacidad de los tribunales de las democracias recientemente establecidas para tratar la «herencia» de los antiguos regímenes no democráticos no debe depender únicamente de la redacción de las normas jurídicas de los regímenes no democráticos, que fueron formuladas en primer lugar con fines no jurídicos sino más bien de propaganda.

“16. La sentencia deja igualmente la puerta abierta a un examen de comportamientos como los que tuvieron los demandantes a la luz de la noción de «delito según el Derecho internacional» (apartado 107).

“17. A este respecto, quiero señalar la evolución reciente del Derecho internacional en lo que respecta al refuerzo de la protección de los derechos humanos, incluidas las normas relativas a los crímenes contra la humanidad. A pesar del hecho de que muchos problemas jurídicos en este campo no han sido todavía completamente resueltos, el sentido de la evolución es evidente.

“18. También hago mío el análisis convincente del Juez señor Loucaides que, en su opinión concordante, declara considerar que en la época de los hechos, el comportamiento de los demandantes constituía un delito según el Derecho interno, pero podía ser también considerado como un delito según el Derecho internacional.”

En esta doctrina del TEDH, *mutatis mutandi*, reemplazando RDA por régimen de facto instaurado en España a partir de la insurrección armada del 17 de julio de 1936, se fundamenta el Auto de 16-10-2008 del JCI nº 5.

**

En cuanto al presunto delito de genocidio cometido en España por intermedio de la insurrección armada del 17 de julio de 1936, este delito se encuentra en el supuesto previsto en el artículo 15.2 del PIDCP. No nace este delito en Nüremberg, en 1946, ni con la aprobación del Convenio de 9 de diciembre de 1948, como éste deja claro:

“Artículo I. Las Partes contratantes **confirman** que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”

**

La STS de 1.10.2007 (caso Scilingo) no puede extrapolarse en forma absoluta al presente caso, como hace el citado recurso del Fiscal, pues

- no tiene por objeto el presunto delito de genocidio cometido en España a partir del 17 de julio de 1936 en relación con el artículo 15.2 del PIDCP,

- la no aplicación de delito de genocidio a hechos anteriores a su inclusión en el C. Penal interno (el 1-10-2004) entraría en conflicto con los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución española en relación con el artículo 15.2 del Pacto Int. de DD. CC. y PP. y los arts. 26, 27, 28 y 31 del Tratado de Viena sobre el derecho de los Tratados.

**

En cuanto a los crímenes de guerra, estaban vigentes en España en 1936 los principios de las normas internacionales siguientes:

- el Convenio (II) de La Haya, de 29 de julio de 1899, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, y su anejo, el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Gaceta de Madrid, 22 de noviembre de 1900; Dicc. A. 9623)

Este Convenio y su Reglamento fueron revisados en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya de 1907 (Convenio IV).

Las disposiciones del Convenio y su Reglamento son consideradas parte del Derecho Internacional general y su obligatoriedad trasciende la relaciones entre los Estados parte.

Las reglas del Reglamento han sido reafirmadas en parte y desarrolladas por los Protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1949 aprobadas en 1977.

- El Convenio (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, y el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Vigente desde el 26 de enero de 1910.

España **no** es parte, pero

1. el contenido de este Reglamento es prácticamente idéntico al de 1899, que si está vigente en España desde el 22 de noviembre de 1900;
2. Las disposiciones de este Convenio son consideradas parte del Derecho Internacional general y su obligatoriedad trasciende la relaciones entre los Estados parte.

Las reglas del Reglamento han sido reafirmadas en parte y desarrolladas por los Protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra de 8 de junio de 1977, adicionales a las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

- El Convenio de Ginebra, de 27 de julio de 1929, relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra (La Gaceta de Madrid, 11 de octubre de 1930; Dicc. A. 1365).

Este Convenio ha sido reemplazado por el Convenio de Ginebra III, de 12 de agosto de 1949.

- El Tratado de Versalles de 1919.

Sus artículos 228-230 preveían el enjuiciamiento de personal militar alemán por violación de las leyes y usos de la guerra ante tribunales militares alemanes o mixtos con las Potencias interesadas. En vez de ello el enjuiciamiento tuvo lugar ante la Corte Suprema alemana con sede en Leipzig.

- El Pacto de la Sociedad de Naciones (en parte) y el pacto Briand-Kellog de 27 de agosto de 1928 consideraron ilícito la guerra de agresión. Este principio está incorporado en la Constitución española de 1931: “*Artículo 6. España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional*”.

SEGUNDO MOTIVO.- VULNERACION DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN EN SU DIMENSIÓN DE INTERDICCION DE LA DENEGACION DE JUSTICIA

El artículo 238.3 de la LOPJ establece la nulidad de pleno derecho de los actos procesales

“Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”.

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio, y aparecen por ello vedados por el art. 24.1 CE. La STC 52/2005, de 14 de marzo (RTC 2005\52) afirma:

«Tal vacío de tutela judicial con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de «la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo», sino sobre el «desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes» (SSTC 118/1989, de 3 de julio [RTC 1989\118], F. 3; 53/1999, de 12 de abril [RTC 1999\53], F. 3; 114/2003, de 16 de junio [RTC 2003\114], F. 3)... se trata de un quebrantamiento de forma que... provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia» (F. 2).

Fundamentación

La comparación entre, de un lado,

a) las pretensiones formuladas por nuestros representados ante el JCI nº 5, y las relativas a la competencia formuladas ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el incidente sobre competencia promovido por el Fiscal por el cauce del art. 23 de la LECrim y aceptadas en el Auto de 2 de diciembre de 2008 de dicha Audiencia,

y, de otro lado,

b) la denegación del derecho a ser parte y a ser oído en el procedimiento sobre competencia negativa seguido ante el Tribunal Supremo -que tendrá un efecto directo, irrevocable, sobre el recurso de nº 5/20150/2009 contra el Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2008, dejándolo sin objeto sin haber oído a nuestros representados- ha impedido a éstos alegar ante el Tribunal Supremo de una

manera efectiva los fundamentos en cuya virtud el Alto Tribunal debe considerar que la competencia radica en el Juzgado Central de Instrucción nº 5, entre otros los siguientes:

1. el delito contra las Instituciones democráticas y las Altas Autoridades elegidas del Estado ha sido el medio de, y ha tenido como fin, cometer contra millones de ciudadanos españoles los graves crímenes contra la Humanidad denunciados por los recurrentes ante el JCI nº 5, entre ellos la detención ilegal y desaparición del poeta Federico García Lorca y más de otros 150.000 españoles que hoy siguen desaparecidos, sin que ningún juez lo haya jamás investigado;

2. la calificación de estos hechos como delitos contra las Instituciones democráticas y las Altas Autoridades elegidas del Estado, su conexión con crímenes contra la Humanidad, está razonada en los Autos de 16 y 17 de octubre de 2008 y 18 de noviembre de 2008 (**documentos anexos nos 1, 2 y 24**) del Juzgado Central de Instrucción nº 5.

Sin embargo, la Fiscalía y la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) se han servido del cauce improcedente del artículo 23 de la LECrim. para, en el Auto de 2-12-2008, vulnerar el art. 7.2 del CEDH, pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, invalidar la conexión entre los delitos investigados -parte esencial y sustantiva de los Autos del Instructor de 16 y 17 de octubre y 18 de noviembre de 2008- negar incluso la existencia del delito de insurrección armada contra las Instituciones y altas Autoridades del Estado como medio para cometer crímenes contra la Humanidad, a fin de prohibir investigar los hechos delictivos al único Juzgado que desde el 1 de abril de 1939 estaba conociendo de ellos.

3. El meritado Auto de 2 de diciembre de 2008 ha incurrido en fraude del artículo 23 de la LECriminal en un inexistente conflicto de competencia y no atribuir ésta a otro órgano judicial, haciendo una calificación jurídica sobre el fondo y obstruyendo la continuación de la investigación judicial. Siendo así que el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

- no permitía a la Fiscalía impugnar la instrucción mediante la negación de competencia al Juzgado Instructor, pues no es la competencia lo que el Fiscal ha impugnado sino el fondo mismo del asunto, lo que ha reafirmado el Fiscal del Tribunal Supremo en sus Informes de 20 y 21 de octubre de 2009 (**docs. anexos nº 3 a 7 y 10**);
- tiene como finalidad denunciar la incompetencia cuando se considera que es otro el tribunal competente, no cuando una parte entiende que no lo es el que tramita el asunto, es decir que carece de competencia objetiva, pues para esto último ya dispone de la declinatoria, que tiene en la ley procesal una tramitación clara, como cuestión de previo pronunciamiento, que debe resolverse una vez concluida la instrucción, no antes (artículo 45 LECrim);
- el Auto de 2 de diciembre de 2008 ha sido adoptado sin fundamento legal, pues el art. 23 de la LECrim puesto en relación con los artículos que le acompañan no permite lo pedido por el Fiscal ni lo concedido por la mayoría de la Audiencia Nacional. Pues, ni existía entonces cuestión de competencia alguna ni a ningún otro Juzgado se la atribuye este último Auto;

- ni siquiera cabría aducir una cuestión declinatoria de competencia, pues lo que ha impugnado el Fiscal, y concede el Auto de 2.12.2008, es la ilegalidad misma de los hechos, y si son perseguibles penalmente.

4. la voluntad de consolidar, a sabiendas, el acto injusto y en perjuicio de las personas afectadas por los delitos investigados, la reafirma el Auto de 2-12-2008 (págs. 11 y 12) al no admitir a trámite recurso de súplica ni el subsidiario recurso de casación, siendo así que:

1. es doctrina del Tribunal Supremo que **tiene acceso al recurso de súplica** el Auto que inadmite *a limine* una propuesta de recusación, como ha ocurrido en la especie (Auto de la Sala del Trib. Supremo del art. 61 de 28 febrero de 1999 (RJ 2001\5275)). Doctrina confirmada por el Trib. Constitucional (Sentencias de 20 julio (RTC 1999\136, Pleno) y 21 de marzo de 2007 (RTC 2007\192), FJ 3); AATC de 22 de julio de 2002 (RTC 2002\136 FJ 3) y 2 de febrero de 1984 (RTC 1984\64));
2. es doctrina consolidada del Tribunal Supremo -en cuanto a la aplicación de la expresión “*sin ulterior recurso*”, común a los artículos 22 y 23 de la LECrim. y al art. 52 de la LOPJ, bajo el imperio del artículo 24 de la Constitución y del art. 13 del Convenio europeo de DD.HH.- que el Auto que resuelve la cuestión de competencia **tiene acceso a la casación**. Así, la STS de 22 febrero 1983 (RJ 1983\1708) sobre cuestión de competencia, formulada precisamente por el cauce del art. 23 de la LECrim. ante la Audiencia Territorial de Barcelona, que la desestima. Interpuesto recurso de casación con apoyo en el núm. 1º del art. 849 de la L. E. Crim. y denunciada infracción del art. 23 de la L. E. Crim., tanto la AP de Barcelona (Pleno) como el Tribunal Supremo admiten a trámite el recurso de casación. En igual sentido, SS.T.S. de 12 de junio de 1993 (RJ 1993\5420); 30 de abril de 1994 (RJ 1994\3324); 10 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4800); 11 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9284) y de 22 noviembre de 1993, RJ 1993\8705;
3. el Auto de 2-12-2008 ha entrado, sin previo recurso de apelación, en la esfera de aplicación del **artículo 25 de la LECrim.** -que regula la inhibición en el conocimiento de la causa- al anular el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción en fecha 18 de noviembre de 2008 sobre inhibición en favor de Juzgados de Instrucción territoriales. Conforme al último párrafo de este artículo 25, contra los Autos de las Audiencias en materia de inhibición “*podrá interponerse el recurso de casación*”;
4. el **recurso de casación puede interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional** (art. 852 LECrim., STC de 24 abril de 2002 (RTC 2006\116), FJ 5);
5. el **art. 851.6 de la LECrim. admite el acceso a la casación cuando haya concurrido a dictar la resolución impugnada algún magistrado cuya recusación ha sido intentada** en tiempo y forma y fundada en causa legal, como ha ocurrido en la especie (S. 542/2006, de 23 mayo, RJ 2006\3576);

6. **el art. 851.1 de la LECrim. prevé, como causa de acceso a la casación**, que en la resolución se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo, como ocurre en el Auto de 2-12-2008.

La denegación de justicia continuada desde el 1 de abril de 1939 ha sido, pues, plenamente reafirmada en el presente caso a los recurrentes.

TERCER MOTIVO.- VULNERACION DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN EN SUS DIMENSIONES DE AMPARO DEL DERECHO AL PROCESO DEBIDO EN RELACION CON LOS DERECHOS AMPARADOS EN LOS ARTICULOS 14 Y 18 DE LA CONSTITUCIÓN

Las Providencias recurridas han impedido que nuestros representados puedan alegar ante el Tribunal Supremo, antes de que éste resuelva la cuestión de manera definitiva e irreversible la cuestión de competencia planteada por el Juzgado de Instrucción de El Escorial, que el Auto de 2 de diciembre de 2008 al anular por el cauce del art. 23 de la LECrim los Autos del JCI nº 5 de 16 y 17 de octubre de 2008

1. ha negado al Juez de Instrucción, al margen de todas las reglas del procedimiento aplicables, el derecho-deber de declararse competente o incompetente, de reclamar el asunto o de inhibirse en él, que le corresponde exclusivamente según los artículos 14, 19.2, 22 y 25 de la LECrim;
2. ha clausurado *de facto* la investigación de los graves delitos denunciados e investigados por primera vez desde el 1 de abril de 1939, a conciencia de que ningún otro órgano judicial los estaba investigando y sin designar ningún otro órgano competente;
3. ha mantenido la continuada denegación de justicia impuesta desde el 1 de abril de 1939 a los ofendidos por los delitos;
4. ha mantenido inaccesibles las puertas de los Tribunales que se cerraron el 1 de abril de 1939 a los millones de españoles víctimas directas, y a sus descendientes, de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la Dictadura *de facto* contra los partidarios de la forma representativa de Gobierno y de las organizaciones políticas, sociales, culturales y cívicas que la respaldaron. Lo que vulnera el principio de no discriminación por razón de nacimiento, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 de la CE).

Las Providencias aquí recurridas han vulnerado el derecho al proceso debido al impedir a nuestros representados alegar en tiempo y forma ante el Tribunal Supremo que, al resolver la cuestión de competencia, debiera tener presente

3.1.- **la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a los artículos 2 y 13 del Convenio europeo de DDHH**, entre otros en los casos Kelly c. el Reino Unido y Papon c. Francia;

3.2.- **los principios de derecho penal internacional** reafirmados por el Tribunal Internacional Penal para la exYugoslavia en el **caso Sbreñica**, amparados por los arts. 3 y 8 del citado Convenio;

3.3.- **el acto de denegación de justicia** consistente en privar a nuestros representados de un órgano judicial que investigue los graves, sistemáticos y generalizados delitos objeto de las merítadas Diligencias Previas, con infracción del art. 7.2 del CEDH y la jurisprudencia de aplicación resumida en la Sección I, puntos 7 a 9, ambos incluidos, del presente escrito.

3.4.- **la comisión de un uso fraudulento del art. 23 LECrim. como medio para cometer el acto injusto de denegación de justicia.**

Este acto ha sido realizado

- en conocimiento de que el Auto del Instructor de 18 de noviembre de 2008, en el que se inhiere a favor de Juzgados de Instrucción de los partidos judiciales en cuanto a la exhumación de fosas comunes, no habiendo sido impugnado por el Fiscal, quedaba sin contenido el incidente promovido por este último por el cauce del artículo 23 LECrim,;
- a sabiendas de que para lograr la denegación de justicia se tenía que desconocer el basamento de nuestro sistema judicial, en particular los artículos 14, 19.2, 22 y 25 de la LECrim. Pues como claramente afirmaba Gómez Orbaneja²³:

“El órgano superior, a quien compete conocer del juicio y fallar la causa, según 14 n. 3 [hoy nº 4], y a quien corresponde decidir la impugnación de la inhibición del juez, y eventualmente (si los jueces son de la misma provincia) en caso de contienda, decidirla, carece de toda posibilidad de ejercitar su iniciativa propia respecto a la competencia para el sumario”

“En cuanto órgano con competencia propia, la ley concede al instructor en la fase procesal a que se extiende su función idéntica facultad para aplicar las normas de atribución que otorga a la Audiencia para la fase ulterior del juicio. Y no es sólo que al instructor corresponda –de oficio o a instancia de parte – el derecho-deber de declararse competente o incompetente, de reclamar el asunto o de inhibirse en él, sino que le corresponde exclusivamente.”

“La LECrim. ha otorgado al instructor jurisd. propia para el sumario. De este principio se derivan los preceptos del 19 núm. 2, de 22 y de 25” .

3.5.- **el abuso de derecho y la mala fe al dictar el Auto de 2-12-2008,**

²³ GOMEZ ORBANEJA (E.): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona, Bosch, 1947, I, págs. 507, cursiva del autor.

pues durante su deliberación se explicó el contenido del abuso de derecho y la mala fe para lograr una resolución injusta (la prueba de este hecho obra en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (doc. anexo nº 6, sección III.1), que damos aquí por reproducido en su integridad).

3.6.- el hecho de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no es el “tribunal superior común” al que remite el art. 23 de la LECrim.,

pues les ha sido explicado por los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel durante la deliberación, según consta en su voto particular (doc. anexo nº 6, sección III.2), que damos aquí por reproducido en su integridad

3.7.- el hecho de que el Auto de 2-12-2008 no ha designado cuál sería el órgano judicial competente para investigar los delitos objeto de las Diligencias Previas.

La prueba de que esta desnaturalización del artículo 23 LECrim. ha sido expuesta en las deliberaciones obra en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (doc. anexo nº 6, sección III.3), que damos aquí por reproducido en su integridad.

3.8.- el hecho de que declarar la nulidad de las diligencias practicadas en investigación del delito es injusta

La prueba de que ello obra en las deliberaciones reflejadas en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (doc. anexo nº 6, sección III.4), que damos aquí por reproducido en su integridad.

3.9.- el hecho de que en el citado Auto se ha declarado la incompetencia del Juzgado Central de Instrucción, a sabiendas de que era una decisión injusta

La prueba está descrita en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (doc. anexo nº 6, sección IV), que damos aquí por reproducido en su integridad.

3.10- el hecho de que

- las resoluciones del Juzgado Instructor de las que toma causa el Auto de 2 de diciembre de 2008 no han sido recurridas por el Fiscal, u otra de las partes, por ninguno de los cauces establecidos en la LECrim., por lo que aquellas han ganado firmeza;

- el Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional está dirigiendo una orden al Juez Instructor al margen de los recursos establecidos en la Ley, infringiendo el artículo 12.2 de la LOPJ;

3.11) el Auto de 2 de diciembre de 2008 vulnera el art. 23 LECrim.al no ser éste el cauce para recurrir la práctica de diligencias de investigación acordadas por un Juez de Instrucción cuando ningún otro órgano judicial cuestiona su competencia;

3.12) el Auto de 2 de diciembre de 2008 es un medio para tratar de mantener cerradas las puertas de los Tribunales españoles al conocimiento de crímenes contra la Humanidad cometidos en España;

3.13) al “ordenar” cerrar la investigación al Juzgado Central de Instrucción, el referido Auto ha vulnerado los artículo 16.2 y 15.2 del PIDCP, violentando también los fundamentos de la estructura del sistema judicial y las garantías de su independencia.

**

Concluyendo: es arbitraria e incongruente el Fallo de las Providencias recurridas en relación con la fundamentación de las mismas, pues no concurre la causa en que se basan. Tanto si el procedimiento sigue el cauce del procedimiento abreviado como el ordinario, en ambos supuestos las partes tiene derecho a ser oídas en la cuestión de competencia.

B) La vulneración cometida en la resolución impugnada

1. El recurso se ciñe al examen de la razonabilidad de la interpretación que el Tribunal *a quo* hace de las garantías constitucionales invocadas y cuyo ejercicio imposibilitan las Providencias recurridas.

2. El recurso solicita que otorgando el amparo se garantice, en aras de la efectividad de los derechos constitucionales vulnerados, que el Tribunal *a quo* no incurra en arbitrariedad, incongruencia e irrazonabilidad ni en las restantes infracciones de garantías constitucionales denunciadas.

Lo que piden los recurrentes es conforme con jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional en materia de derecho de acceso a la jurisdicción, a un Tribunal de Justicia, al proceso debido, a ser oído, a un recurso efectivo establecido en la Ley, a la interdicción de la arbitrariedad, de la incongruencia, de dilaciones indebidas, de denegación de Justicia, a la igualdad ante la ley, a la aplicación del principio de legalidad penal en conformidad con los arts. 7.2 del CEDH y 15.2 del PIDCP.

C) La doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal al que tengo el honor de dirigirme ha declarado reiteradamente la nulidad de las resoluciones judiciales que han vulnerado las garantías invocadas a lo largo del presente escrito, por resultar lesivas del derecho declarado en los art. 24, 25.1, 14, 10.2, 9.3 y 96.1 de la CE, según afirma la jurisprudencia que hemos citado anteriormente, en particular en la página 26 a 28 del presente escrito.

**

Es, asimismo, de aplicación a las Providencias recurridas la constante doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de acceso a un Tribunal imparcial, al juicio debido, a un recurso eficaz que respete el standard de los derechos fundamentales establecido en los Tratados, vigentes en España, que han sido aplicados en la investigación iniciada por el JCI nº 5 Así, la STC núm. 116/2006 (Sala Primera), de 24 abril (RTC 2006\116), tiene declarado:

FJ 5º “Este Tribunal, desde sus primeras Sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (STC 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000\91], F. 7, citando entre otras las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre [RTC 1981\38], F. 4; y 78/1982, de 20 de diciembre [RTC 1982\78], F. 4), habiendo declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto constituye parte también del de los derechos fundamentales, «formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español» (ATC 260/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000\260 AUTO], F. 2).”

**

Las SSTC 11/1985, de 30 de enero, y 28/1991, de 14 de febrero, significan el valor supralegal *ex art.* 96.1 de la CE de los tratados, convenciones y resoluciones internacionales incorporados en nuestro derecho interno.

**

La STC 245/1991, de 16 de diciembre, considera la ejecución interna de las sentencias del TEDH y afirma la siguiente doctrina:

“El derecho a un proceso con todas las garantías, al igual que los demás derechos fundamentales, ha de ser interpretado de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE), entre los que ocupa un especial papel el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del que el TEDH realiza la interpretación y cuyas decisiones son obligatorias para nuestro Estado” (FD 3).

**

La STC 107/1992, de 1 de julio, al tratar de un tema de inmunidades y lo establecido en el art. 21 de la LOPJ afirma:

“Los órganos jurisdiccionales españoles –incluido este Tribunal- se convierten en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional (...). La mencionada normativa del art. 21.2 L.O.P.J. exige, en cada caso, determinar la norma aplicable, en conexión con el ordenamiento internacional; solución ésta a la que nada cabe achacar en estrictos términos jurídico-constitucionales (...)” (FD 4º).

D) La tutela que se solicita

Por todo ello, se solicita el otorgamiento del amparo frente a las relatadas vulneraciones, mediante la declaración de que las Providencias de 13 de octubre, 27 de julio y 9 de julio de 2009 han vulnerado el Convenio Europeo de DD. HH. (artículos 6.1, 7.2 y 13) en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción, a un Tribunal de Justicia, al proceso establecido en la Ley y al proceso debido, a un recurso efectivo establecido en la Ley, a la interdicción de la arbitrariedad, de la incongruencia, de dilaciones indebidas, de la denegación de Justicia, , a la igualdad ante la ley y al principio de legalidad penal en conformidad con los arts. 7.2 del CEDH y 15.2 del PIDCP, amparados por los artículos 24.1, 24.2, 14, 25.1, 10.2, 9.3 y 96.1 de la Constitución.

A fin de restablecer al demandante en la plenitud de su derecho, procede anular las Providencias de 13 de octubre, 27 de julio y 9 de julio de 2009 y ordenar la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a esta última, de manera que por la propia Sala se dicte nueva resolución mediante la que elimine el resultado disconforme con el vulnerado derecho fundamental.

PETICIÓN

a) **Formal:** Tenga por presentado este escrito de demanda con los documentos que acompaño, me tenga por comparecido y parte demandante en la representación que acredito, tenga por formulado proceso en solicitud de amparo constitucional frente a las Providencias de 13 de octubre, 27 y 9 de julio de 2009 de la Sala IIª del Tribunal Supremo, confirmadas en las Providencias de 21 y 13 de octubre y 14 de septiembre de 2009, respectivamente.

b) **Material:** dicte en su día Sentencia por la que, estimando el amparo que se solicita,

1º se declare que las Providencias de 13 de octubre, 27 y 9 de julio de 2009-así como las Providencias que las confirman- han vulnerado el derecho fundamental de los recurrentes al derecho de acceder a la jurisdicción, a un Tribunal de Justicia, al proceso debido, a ser oídos, a un recurso efectivo, a la interdicción de la arbitrariedad, de la

incongruencia, de las dilaciones indebidas, de denegación de Justicia; a la igualdad ante la Ley; al principio de legalidad interpretado en conformidad con el art. 7.2 del CEDH. Derechos amparados por el Convenio Europeo de DD. HH (artículos 3, 6.1 y 13) en relación con los arts. 9.3, 10.2, 24.1, 24.2, 14, 25.1 y 96.1 de la Constitución española;

2º se declare la nulidad de las Providencias de 13 de octubre, 27 y 9 de julio de 2009- así como las Providencias de 21 y 13 de octubre y 14 de septiembre de 2009 que las confirman;

3º se ordene la retroacción de las actuaciones al momento de dictarse la Providencia de 9 de julio de 2009 para que, en su lugar, se dicte una nueva resolución respetuosa con el contenido de los derechos fundamentales vulnerados.

OTROSI DIGO: Que por serme necesario para otros pleitos, solicito el desglose y entrega del Poder que acompaño, dejando en autos testimonio del mismo.

En su virtud,

A LA SALA SUPlico: el desglose del Poder que acompaño,

Madrid, 2 de noviembre de 2009

Ldo. Joan E. Garcés

Ldo. Manuel Murillo Carrasco

Ldo. Fernando Magán Pineño

Lda. Elena Reviriego Durán

DOCUMENTOS ANEXOS

No.

- 1 Auto de 16 de octubre de 2008 del JCI nº5º (Diligencias Previas 399/2006)
- 2 Auto de 17 de octubre de 2008 del JCI nº 5º, que eleva las Dil. Previas a Sumario 53/2008
- 3 El Fiscal pide el 20-10-2008 nulidad de Autos de 16 y 17 de octubre de JCI nº 5
- 4 El Fiscal impugna el 21-10-2008, por el cauce del art. 23 LECrim, la competencia del JCI nº 5
- 5 Escrito de 5 de noviembre de 2008 de Da. Carmen Negrín Fetter en que se opone a la pretensión del Fiscal
- 6 Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional anulando los Autos de 16 y 17 de octubre de 2008 del JCI nº 5, con cinco votos particulares discrepantes
- 7 El Fiscal se opone el 31 de julio de 2009 a la admisión del Rº de queja contra la inadmisión del recurso de casación contra el Auto de 2-12-2008 de la Audiencia Nacional
- 8 Auto de 24-06-2009 del JCI nº 5 elevando al Tribunal Supremo la cuestión de competencia negativa planteada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Granada
- 9 Auto de 16-07-2009 del JCI nº 5 elevando al Tribunal Supremo la cuestión de competencia negativa planteada por el Juzgado de Instrucción de El Escorial
- 10 Inhibitoria planteada el 27-10-2008 ante el Tribunal Supremo por Da. Carmen Negrín Fetter
- 11 Providencia de 21 de octubre de 2009 que inadmite a trámite la petición de nulidad instada por Asociación para la Memoria Social y Democrática (AMESDE) frente a la Providencia de 13 de octubre de 2009
- 12 Petición de nulidad instada el 19-10-2009 por Asociación para la Memoria Social y Democrática (AMESDE) contra la Providencia de 13 de octubre de 2009
- 13 Solicitud de 28 de septiembre de 2009 de AMESDE de ser tenido por parte y oído
- 14 Providencia de 13 de octubre de 2009 deniega la petición de AMESDE de ser tenido como parte y oído

- 15 Providencia de 13 de octubre de 2009 inadmite a trámite la petición de Da. Carmen Negrín Fetter de 9 de septiembre de 2009 de ser tenida por parte y oída en la cuestión de competencia planteada por el Juzgado de Instrucción de El Escorial
- 16 Petición de Da. Carmen Negrín Fetter, de 9 de septiembre de 2009, de ser tenida por parte y oída en la cuestión de competencia planteada por el Juzgado de Instrucción de El Escorial
- 17 Providencia de 27 de julio de 2009, que inadmite la solicitud de 23 de julio de 2009 de Da. Carmen Negrín Fetter de ser tenida por parte y oída en la cuestión de competencia planteada por el Juzgado de Instrucción de El Escorial
- 18 Da. Carmen Negrín Fetter solicita el 23 de julio de 2009 ser tenida por parte y oída en la cuestión de competencia planteada por el Juzgado de Instrucción de El Escorial
- 19 Providencia de 14 de septiembre de 2009 que inadmite a trámite la petición de nulidad de la Providencia de 9 de julio de 2009 que deniega ser tenidos por parte y oídos a la Asociación Granadina por la Memoria Histórica; D. Francisco Galadi Martín; Da. María Nieves Galindo; Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica; Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica de Aragón; Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica de Cuenca; Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica de Mérida; Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica de Aguilar de La Frontera (Córdoba); Asociación Soriana para el Recuerdo y la Dignidad; Associació Cultural Memòria i Justícia d'Elx i Comarca; Asociación contra el Silencio y el Olvido y Por la Recuperación de la Memoria Histórica de Málaga; Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra a raíz del Golpe Militar el 18 de Julio; Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló; Héroes de la República y la Libertad; Izquierda Republicana de Castilla y León; Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo)
- 20 Escrito de las Asociaciones de víctimas del 27 de julio de 2009 instando la nulidad de la Providencia de 9 de julio de 2009, que les deniega ser tenidos por parte y oídos a las Asociaciones
- 21 Providencia de 9 de julio de 2009 que inadmite la solicitud de las Asociaciones de 8 de julio de 2009 de ser tenidas por parte y oídas en el conflicto de competencia
- 22 Escrito de las Asociaciones de 8 de julio de 2009 pidiendo ser tenidas por parte y oídas en el conflicto de competencia
- 23 Providencia de 1 de julio de 2009 de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que invoca y aplica de manera expresa el artículo 759.1 de la LECrim. al conflicto negativo de competencia
- 24 Auto de 18 de noviembre de 2008 pronunciado en el Sumario 53/2008 del

Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, sobre la naturaleza de crímenes de lesa Humanidad de los delitos investigados en el Sumario 53/2008, todos impunes. Se inhibe, solamente en cuanto a la exhumación de fosas comunes, a favor de los Juzgados de Instrucción de los partidos judiciales que señala

- 25 Petición de la Associació per la Memòria Històrica de Mallorca de 30 de septiembre de 2009, en la que insta la nulidad previa al recurso de amparo de la Providencia de 27 de julio de 2009
- 26 Providencia de 27 de julio de 2009 que inadmite la solicitud de fecha 22 de julio de 2009 de la Associació per la Memòria Històrica de Mallorca de ser tenida por parte y oída en el conflicto de competencia negativa planteado por los Juzgados de Instrucción de Granada y El Escorial
- 27 La Associació per la Memòria Històrica de Mallorca solicita el 22 de julio de 2009 ser tenida por parte y oída en el conflicto de competencia negativa planteado por los Juzgados de Instrucción de Granada y El Escorial