

Expediente núm. 34/2008.

Cuestión de competencia del artículo 23 LECR.

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL.

PLENO.

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Javier Gómez Bermúdez.

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don F. Alfonso Guevara Marcos.

Don Fernando García Nicolás.

Doña Ángela Murillo Bordillo.

Don Ángel Hurtado Adrián.

Doña Teresa Palacios Criado.

Doña Manuela Fernández Prado.

Doña Paloma González Pastor.

Doña Ángeles Barreiro Avellaneda.

Don Javier Martínez Lázaro.

Don Julio de Diego López.

Don Juan Francisco Martel Rivero.

Don José Ricardo de Prada Solaesa.

Don Nicolás Poveda Peñas.

Don Ramón Sáez Valcárcel.

Doña Clara Bayarri García.

Don Enrique López López.

AUTO

En Madrid a 1 de diciembre de 2008.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NÚMERO 5 DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
- 5 DIC 2008	- 9 DIC 2008
Argento 1612	218 C. 1/2008

ANTECEDENTES DE HECHO.

1. Don Rafael Silva López, procurador de los tribunales, en nombre y representación de doña Carmen Negrín Fetter, presentó escrito el día 10 de noviembre de 2008 ante esta Sala de lo Penal en el que manifestaba que había tomado conocimiento *"de la información que se acompaña...publicada hoy en la edición de internet de un medio de comunicación"* por lo que interponía *"respetuoso recurso de reforma [error corregido en el suplico] frente a la resolución de que informa la prensa"* –la cursiva es transcripción literal-.

2. Dicha resolución es el auto del pleno de 7 de noviembre de 2008 en el que, a instancias del Ministerio Fiscal, con carácter cautelarísimo el pleno acordó:

"1. Requerir al Juzgado Central de Instrucción número 5 para que en estricto cumplimiento de lo previsto en el párrafo 2º del artículo 22 de la LECR paralice todas las actuaciones acordadas en el sumario 53/08 a excepción de las que, de no realizarse ya, causen un perjuicio irreparable e irreversible al fin de la investigación.

2. En particular, requerirle para que se paralicen las actividades tendentes a la exhumación de cadáveres en tanto no se resuelva por esta Sala de lo Penal la cuestión de incompetencia planteada por el Ministerio Fiscal."

3. Éste auto fue notificado a todas las partes que, según certificación de la secretaría del Juzgado Central de Instrucción número 5, estaban

personadas en el sumario 53/2008 de dicho órgano al tiempo de la interposición de la cuestión de competencia.

4. La hoy recurrente no presentó escrito adicional alguno complementando su recurso tras ser notificado el auto recurrido, dictándose providencia el día 11 de noviembre por el que se tenía por interpuesto recurso de súplica y se daba traslado a las demás partes por término de dos días para alegaciones, adhiriéndose el Forum per la Memoria Histórica del País Valencià y Associació per la Recuperació de la Memoria Histórica de Mallorca. El Ministerio Fiscal impugnó el recurso e interesó la confirmación de la resolución recurrida por las razones expuestas en su escrito.

5. El día 9 de noviembre la parte recurrente presentó escrito anunciando querrela criminal contra los magistrados que conformaron la mayoría que dio lugar al auto recurrido y solicitando la abstención de estos.

Es ponente el presidente de la sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

1. La abstención es un acto personalísimo del juez y la recusación un derecho de la parte en los términos, con los requisitos y en la forma que establecen los artículos 218 y siguientes de la LOPJ, 107 y siguientes de la LEC y 52 y siguientes de la LECR.

La parte no ha recusado a magistrado alguno, lo que por sí sería bastante para dar por zanjada la cuestión.

En cualquier caso, la pretensión de la parte es inadmisibile y debe rechazarse *a limine* pues las opiniones jurídicas vertidas en resoluciones judiciales no son causa de abstención ni de recusación.

Es más, el planteamiento que hace es contradictorio:

La parte no tacha de parcial a la mayoría de la Sala porque entienda que los magistrados que votaron a favor de la resolución recurrida tienen decidida su postura sobre el fondo del asunto, sino porque presume que esa hipotética postura es –según especula la parte- contraria a sus intereses. Así se extrae del hecho de que no recuse a todo el pleno, incluidos los otros cinco magistrados que quedaron en minoría pues, por la misma lógica deductivo-especulativa que usa la instante, también deberían tener decidida su posición sobre el fondo del asunto y deberían abstenerse, so pena de ser recusados.

2. El pleno, tratándose de la impugnación de una medida de naturaleza cautelarísima, en una amplia interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio *pro recurso*, acordó dar trámite como recurso de súplica al escrito presentado por la representación de la Sra. Negrín Fetter.

Así pues, el reproche consistente en haberse adoptado la medida cautelarísima *inaudita parte* aparece subsanado ahora. Sin perjuicio de lo que se expondrá sobre la inexistencia del trámite de audiencia reclamado.

3. El recurso se articula sobre meras noticias de prensa anteriores a que se haya notificado la resolución impugnada.

La recurrente, tras la notificación, pudo haber modificado, ampliado o retirado su escrito inicial tras conocer los fundamentos jurídicos de la decisión de este Tribunal, lo que no hizo.

Por lo tanto, habrá de estarse a los argumentos y motivos que alega en ese escrito impugnatorio, que son:

a) Que ninguna de las resoluciones del Juzgado Central número 5 han sido recurridas por las partes personadas.

b) La presentación ante el Tribunal Supremo, por la parte hoy recurrente, de una petición para que requiera de inhibición a esta Sala de lo Penal y la petición de suspensión de toda actividad por la Sala en tanto resuelve el alto tribunal.

c) La adopción por la Sala de lo Penal de la resolución recurrida a petición del Ministerio Fiscal sin ser oídas las demás partes, vulnerando normas esenciales del procedimiento que le causan indefensión.

Por todo ello pide que se estime el recurso de súplica y acuerde la nulidad de pleno derecho del auto recurrido.

4. El artículo 23 de la LECR recoge un procedimiento sumarísimo para el examen por el superior del juzgado instructor de la competencia objetiva y funcional de éste.

El procedimiento es singular y extraordinario, pues sólo exige que el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes, en cualquier fase de la instrucción o del procedimiento penal, reclame del superior la revisión de la competencia objetiva o funcional del inferior, habilitando al tribunal para resolver de plano y sin ulterior recurso *"previo los informes que estime necesarios"*.

De la redacción del precepto se colige que el tribunal puede incluso resolver sin pedir informe alguno, lo que de ordinario ocurrirá en los supuestos en los que la incompetencia sea grosera o la competencia manifiesta, aunque nada impide que se haga en otros casos.

Por lo tanto, en este incidente, no es obligada la audiencia de las partes del proceso, proceso cuyo contenido puede ser desconocido para el tribunal, como ocurre en el supuesto sometido a nuestra consideración.

La razón o justificación de esta excepción a los principios de audiencia y contradicción, está en el carácter de orden público de las cuestiones de competencia y en la gravísima consecuencia jurídica que deriva de la actuación incompetente, pues los actos procesales realizados por o ante tribunal con falta de competencia objetiva o funcional son nulos de pleno derecho, según dispone el artículo 238.1 LOPJ, sin necesidad de que se haya producido indefensión de parte alguna, requisito que sí se exige en el supuesto del número 3 del artículo citado.

Es decir, es tan grave la consecuencia de la actuación incompetente que el legislador ha arbitrado un remedio –que no recurso- rápido y expeditivo.

5. Ahora bien, el propio legislador, consciente del riesgo de pérdida de vestigios y fuentes de prueba que conlleva la paralización absoluta de la investigación judicial de los presuntos delitos que se esté llevando a cabo, salva “ex lege” de la nulidad *“las diligencias necesarias para comprobar el delito, y aquellas otras que considere de reconocida urgencia”* habilitando al instructor para practicar estas, y sólo estas, mientras se resuelve la cuestión de competencia (párrafo segundo del artículo 22 LECR y artículo 23 LECR in fine).

El objeto de la previsión legal son sólo aquellos actos de instrucción cuya realización no puede posponerse hasta que se decida sobre la competencia porque su no ejecución supondría la pérdida de elementos esenciales para la investigación criminal.

Por el contrario, todas aquellas actuaciones que puedan esperar sin daño para la investigación quedan fuera de la habilitación legal.

6. Cuando, como ocurre en el caso presente, se pone en conocimiento del tribunal superior que el juez está practicando diligencias que no reúnen aquella cualidad, el superior del instructor puede y debe adoptar las medidas necesarias para:

a) Evitar una posible nulidad futura de los actos procesales indebidamente realizados y,

b) Asegurar la efectividad del pronunciamiento sobre la cuestión de competencia sometida a su consideración.

Por lo tanto, si se puede resolver la cuestión principal, de fondo, sin audiencia de partes, con mayor motivo el tribunal puede adoptar medidas cautelares o cautelarísimas para garantiza tanto la validez de los actos procesales cuanto la propia efectividad del pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

Dichas medidas preservan el derecho de las víctimas al proceso, evitando la pérdida de fuentes de prueba o de vestigios y piezas de convicción que pudiera derivarse de la nulidad de los actos procesales realizados por quien pudiera resultar no tener competencia objetiva o funcional.

7. La ausencia de recurso contra las decisiones del instructor no impide acudir al tribunal denunciando la vulneración de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 22 LECR.

Por el contrario, precisamente por las razones antes expuestas – tratarse de una cuestión de orden público procesal y nulidad radical de los actos procesales realizados por juez incompetente- no tendría sentido tener que acudir al régimen ordinario de recursos –reforma y apelación- con la

dilación en el tiempo que ello supone, que es contraria a la sumariedad del incidente de competencia regulado en el artículo 23 LECR.

8. Los actos de parte ante el Tribunal Supremo, en ausencia de norma legal que le asocie consecuencia jurídica determinada como puede ser el efecto suspensivo, no obligan a este tribunal, a salvo lo que ordene el Tribunal Supremo, como se le comunicó a la recurrente en providencia de 3 de noviembre.

Por lo tanto, a falta de ley y de requerimiento alguno procedente del Tribunal Supremo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tiene plena competencia sobre la cuestión conforme al artículo 65 de la LOPJ en relación con el 23 LECR, al ser el superior funcional de los juzgados centrales de instrucción.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

ACORDAMOS

Desestimar el recurso de súplica interpuesto por don Rafael Silva López, procurador de los tribunales, en nombre y representación de doña Carmen Negrín Fetter, contra el auto de 7 de noviembre de 2008 del pleno de la Sala.

Así lo acordaron y firmaron los Magistrados anotados al margen.

DOY FE.

VOTO PARTICULAR que formulan los magistrados D^a. Teresa Palacios Criado, D^a. Manuela Fernández Prado, D. Javier Martínez Lázaro, D. José Ricardo de Prada Solaesa, D^a. Clara Bayarri García y D. Ramón Sáez Valcárcel.

Justificamos nuestra discrepancia con la decisión de la Sala sobre el recurso formulado por la Sra. Negrín Fetter contra el auto de 7 de noviembre pasado.

1.- A solicitud del Fiscal, sin que mediara petición o recurso alguno contra las resoluciones del Juez Central de Instrucción n. 5 ante el propio órgano y sin audiencia de las partes personadas, la Sala decidió requerir al Instructor para que paralizase *“todas las actuaciones acordadas en el sumario 53/08, a excepción de las que, de no realizarse ya, causen un perjuicio irreparable al fin de la investigación”* y en particular le ordenó la paralización de las exhumaciones de cadáveres.

2.- Se pretende que esa decisión era una medida cautelarísima adoptada en el seno de un “procedimiento sumarísimo” que tendría su cobertura en el art. 23 Lecrim. Esa calificación no constaba en el auto impugnado. Ni siquiera el Fiscal había interesado una medida cautelar, simplemente había pedido que la Sala *“ordene al Instructor que se limite a practicar diligencias esenciales que no causen a terceros perjuicios irreversibles de difícil reparación caso de estimarse el incidente de competencia planteado”*.

La decisión, la orden de paralización, vino a poner en crisis el proceso mediante su clausura anticipada, ya que la misma causa que ha motivado la conclusión del incidente abreviado de competencia ex art. 23 Lecrim fue la única y exclusiva que sustentaba aquella decisión, al margen del proceso e inaudita parte.

3.- En todo caso, aceptando a efectos dialécticos la hipótesis de la tutela cautelar, ha de señalarse su singular configuración para el caso ya que no se trataba de neutralizar el peligro que para el proceso pudiera representar la conducta de una de las partes, sino prevenir que la actividad del Juez no desbordase los (amplios) márgenes que establece el art. 22.2 Lecrim. Pauta que conviene recordar por su notable diferencia semántica con lo que entonces decidimos: "*Mientras no recaiga decisión, cada uno de los Jueces instructores seguirá practicando las diligencias necesarias para comprobar el delito y aquellas otras que considere de reconocida urgencia*". Cabe anotar la excepcionalidad de que solo un juez se pretendía competente para conocer de la causa.

Las características del enjuiciamiento cautelar requieren dosis mayores de prudencia al juzgador, ya que se trata de verificar una valoración sobre la apariencia del buen derecho del pretendiente en un juicio *prima facie*, es decir urgente y con base en las primeras impresiones a partir de los datos reunidos provisionalmente en la causa —de ahí la diferencia con el enjuiciamiento de sentencia. La prudencia era requerida también en el caso por la falta de una cobertura legal clara para adoptar la decisión, incertidumbre de la que daba cuenta una posición minoritaria de los miembros del Pleno. Máxime cuando se intentaba sustentar la orden cautelar de paralización total del proceso en un expediente extraordinario, *de plano y sin ulterior recurso* según el art. 23 de la Lecrim, además sin audiencia de las partes personadas en nombre de las víctimas, incidente del que la Sala ha realizado una lectura preconstitucional aceptando sin sólidas razones de urgencia un diálogo bilateral y reservado con el Fiscal.

4.- Ese juicio indiciario y, por ello, simplificador que se requería venía a operar sobre una materia versátil: el objeto del proceso por definición se encuentra en permanente progresión en la delimitación de sus perfiles en la fase preliminar hasta el momento del auto de procesamiento.

El peligro que por la demora en la adopción de una medida pueda provocarse en el proceso es la base y fundamentación de cualquier cautela. El único riesgo que se menciona —en la motivación de la resolución de la que discrepamos— es la posible nulidad de los actos procesales que indebidamente pudiera llevar a cabo el Juez Central Instructor, además del aseguramiento de la efectividad de la declaración (próxima y previsible) de incompetencia. Pues bien, el Juez Central es un órgano de la legalidad frente al que la Sala no debió, al margen del proceso, pretender enseñarle la correcta interpretación de un precepto.

En realidad, no había peligro al que atender toda vez que la misma causa justificadora del incidente (abreviado y extraordinario) de incompetencia se erigía en el motivo de la supuesta medida cautelar, de ahí su falta de legitimación. Porque sin riesgo procesal –la nulidad no había sido pedida por el Fiscal- nunca puede adoptarse una cautela, menos a espaldas de las partes.

5.- La inexistencia de peligro al que atender ha creado una situación de difícil explicación, rayana en el absurdo. En España, desde hace dieciocho años, la víctimas y las asociaciones que protegen sus intereses vienen abriendo fosas comunes, exhumando restos de desaparecidos (todavía indignamente enterrados) e identificándolos con la ayuda de profesionales de la medicina legal, la antropología forense, la biología y la historia. Después de la ley 52/2007, por la que se reconocieron y ampliaron derechos y se establecieron medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, esa actividad se realiza con financiación pública. Después de nuestro auto de 7 de noviembre se siguen abriendo fosas y exhumando restos en varios lugares excepto en aquellas localizaciones que el Juez Central había judicializado, que han sido paralizadas sine día (la decisión de incompetencia de este Tribunal difiere el levantamiento de la orden sin fecha).

6.- La adopción de esa orden de paralización del proceso se hizo, como denuncia la recurrente Sra. Negrín Fetter, sin escuchar a las partes, es decir en nuestra opinión con vulneración del proceso debido que significa derecho de defensa, derecho humano básico según el orden jurídico interno y el internacional. Ante lo evidente solo podemos recordar que el art. 733 de la ley de enjuiciamiento civil (de aplicación supletoria según su artículo 4) afirma *“como regla general que el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado”*. Por excepción, *“cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado”*. Todo un programa desatendido.

La satisfacción de los requerimientos del método de la contradicción, el traslado de la petición del Fiscal a las demás partes, se pudo y debió hacer sin merma de la celeridad y eficacia del proceso. Por ello no

podemos entender sino como una manifestación retórica la afirmación que hace el auto de que "*dichas medidas preservan el derecho de las víctimas al proceso*".

7.- Como entonces dijimos en el voto discrepante, las tres resoluciones dictadas por el Juez Central de Instrucción solo podían ser impugnadas por la vía de los recursos de reforma y de apelación. Por lo tanto, la Sala corrigió la aplicación que el Juez Central había hecho del art. 22. 2 de la ley de enjuiciamiento criminal (del *seguirá practicando diligencias necesarias y aquellas otras que considere de reconocida urgencia* que dice la ley, por aquel *paralizará todas las actuaciones acordadas*, que ordenaba la resolución), desentendiéndose de las garantías del proceso debido y vulnerando el derecho de las partes a intervenir y hacerse oír, por lo que debió estimarse el recurso.

En Madrid a 2 de diciembre de 2008.