

Secretaría Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Antonia CAO BARREDO  
Cuestión de competencia 006/0020380/2009  
Juzgado Central de Instrucción nº 5  
Dil. Previas 399/2006 E  
Art. 759.1º de la LEcrim.

## **A LA SALA IIª, DE LO PENAL, DEL TRIBUNAL SUPREMO**

DON ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO, Procurador de los Tribunales, actuando en representación de Dña. Carmen Negrín Fetter, mayor de edad, casada, según tengo acreditado en la escritura de Poder otorgada a mi favor que he acompañado al escrito de personación de fecha 29 de junio de 2009, comparezco ante la Sala y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que en fecha 3 de julio de 2009 se me ha notificado la Providencia de 1 de julio anterior que acuerda:

*“No ha lugar a tener por personado al citado Procurador [Sr. Bordillo Huidobro] 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 (...) Y antes de pasar el rollo al Ministerio Fiscal, con carácter previo la Sala acuerda: 1.- Requerir a dicho Juzgado Central de Instrucción, a fin de que expida y remita la ‘exposición razonada’ a que se refiere el artículo 759.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (....)”* -subrayado nuestro.

Que estudiada la resolución con el respeto que merece, al amparo de lo dispuesto en los arts. 238 y 211 de la LECrim.en relación con los arts. 238.3 y 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solicito la declaración de su nulidad por el cauce de un recurso de súplica, en virtud de los antecedentes y fundamentos de derecho que expongo a continuación.

### **ANTECEDENTES**

1. Mi representada ejercita la acusación particular en las Dil. Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, del que toma causa la presente cuestión de competencia. Prueba de este hecho ha sido aportada en el escrito de personación y como tal aceptada por la Providencia.

En dichas Diligencias Previas se investiga

1.1.- la sustracción de más de 30.000 menores españoles cometida fuera de España por agentes del gobierno de facto español y cuya identidad familiar no les ha sido restituida. Este delito continuado es competencia de la Audiencia Nacional (arts. 23.2 y 65.1º e) de la LOPJ);

1.2.- delitos contra Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno, competencia de la Audiencia Nacional (art. 65.1º.a) de la LOPJ), que han sido el medio para

- la “desaparición forzosa” de más de ciento cincuenta mil españoles (entre los que figura el poeta Federico GARCIA LORCA) identificados en las citadas Diligencias Previas, delito que se sigue produciendo en la actualidad;
- asesinatos y torturas con carácter sistemático y generalizado,
- desplazamiento forzado de población (más de medio millón de ciudadanos españoles forzados al exilio para preservar su vida, libertad y dignidad),
- confiscación masiva de bienes,

y otros crímenes de lesa Humanidad que, por su conexión con los arriba descritos, es competencia de la Audiencia Nacional su investigación según dispone el artículo 65.1º de la LOPJ.

La declaración de dicha conexión ha sido pedida al Juzgado Central de Instrucción por las partes personadas como acusación particular, que han aportado las pruebas de conexión que obran en las Diligencias Previas 399/2006, entre muchas otras las siguientes:

1.- la Nota que el General Emilio Mola entrega al Delegado de D. Alfonso Carlos de Borbón en el Monasterio de Irache el 15 de junio de 1936, en la que dice:

*“Tan pronto tenga éxito el movimiento nacional, se constituirá un Directorio, que lo integrarán un Presidente y cuatro vocales militares (...) El Directorio ejercerá el poder con toda amplitud, tendrá la iniciativa de los decretos leyes que se dicten (...) Los primeros decretos leyes que se dicten serán los siguientes: A) Suspensión de la Constitución de 1931. B) Cese del Presidente de la República y miembros del Gobierno. C) Atribuirse todos los poderes del Estado, salvo el judicial, que actuará con arreglo a las leyes y reglamentos preestablecidos que no sean derogados o modificados por otras disposiciones. D) Defensa de la Dictadura republicana. Las sanciones de carácter dictatorial serán aplicadas por el Directorio, sin intervención de los Tribunales de Justicia (...) R) Restablecimiento de la pena de muerte (...)”.*

2.- los Decretos que el General Mola redactó o aprobó antes del 17 de julio de 1936 para su promulgación:

- Decreto nº 1: crea la “Suprema Junta Militar de Defensa” que “*asume desde estos instantes el ejercicio del Poder del Estado (...)*”;

- Decreto nº 2: bajo el título “Juicio sumarísimo contra los que se opongan al movimiento”, cuyo “*primer acuerdo dispone: 1º Serán pasados por las armas, en trámite de juicio sumarísimo, (...) cuantos se opongan al triunfo del expresado Movimiento (...). 2º Los militares que se opongan al Movimiento (...) serán pasados por las armas (...). 3º Se establece la obligatoriedad de los*

*cargos, y quienes nombrados no los acepten caerán en la sanción de los artículos anteriores”*

- Decreto nº 3: “(...) dispone: 1º *Quedan depuestos de sus cargos el P. de la República, el Presidente del Gobierno y todos los Sres. Ministros, con los Subsec., Direc. Generales y Gobernadores Civiles. Todos ellos serán detenidos y presos por los agentes de la Autoridad como autores de los delitos de les. P. usurp. del Poder y altra traición a España.* “

- Decreto nº 4: “... *Dispone: 1º Queda abrogada e íntegramente anulada, por ende, la Constitución vigente de España y toda la legislación dictada desde el 14 de abril de 1931. (...) 4º. Quedan disueltas las actuales Cortes y los Parlamentos de las Regiones autónomas*”;

- Decreto nº 12: “... *dispone: (...) 2º Se restablece la pena de muerte (...)*”;

- “*Ordenes de urgencia a cargo de la Junta de Gobierno*”: PRIMERA.- *Declaración del Estado de Guerra y cumplimiento inexorable de las sanciones emanadas de los preceptos del Mando (...). SEXTA.- Armamento provisional (...) de todas las organizaciones militantes civiles que inspiren una absoluta confianza (Requetés, Guerrillas y otras que puedan existir y que merezcan aquel concepto). (...) OCTAVA.- En el primer momento y antes de que empiecen a hacerse efectivas las sanciones a que dé lugar el Bando del Estado de Guerra, deben consentirse ciertos tumultos a cargo de civiles armados para que se eliminen determinadas personalidades, se destruyan centros y organismos (...).* ”

3.- La “Instrucción reservada” del General Mola fechada en abril de 1936<sup>1</sup> (**doc. anexo nº 5**), un ejemplo de que el instrumento usado para atacar a las Altas Instituciones del Estado y su Gobierno legítimo y su fin era “*mediante la acción violenta...la conquista del Poder (...) Se tendrá en cuenta que la acción ha de ser en extremo violenta (...) Desde luego serán encarcelado todos los directivos de los Partidos Políticos, Sociedades o Sindicatos no afectos al Movimiento aplicándose castigos ejemplares a dichos individuos (...) se instaurará una dictadura Militar (...)*” (Instrucción reservada nº 1, de abril de 1936, pág. 138-139, 145).

\*\*\*\*

2. La Sentencia del TEDDHH 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.

---

<sup>1</sup> Edición publicada en Avila en 1937, en fechas en que regía la censura militar.

Esta doctrina es aplicable en los supuestos bajo investigación en las Diligencias Previas, *mutatis mutandi* las normas penales vigentes en España aplicables en la época de los delitos masivos y sistemáticos investigados.

\*\*

2.1.- El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966<sup>2</sup>, 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.).

\*\*

2.2.- 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 96.1<sup>3</sup> de la Constitución lo permite.

\*\*

2.3.-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 CEDDHH] 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*

---

<sup>2</sup> “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”.

<sup>3</sup> “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.”

*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 rastro 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 CEDDHH.

\*\*

2.4.- 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*”;

\*\*

2.5.- No cabe confundir “causas generales” con delitos cometidos por varias personas, incluso numerosas. El derecho penal exige que la investigación del delito determine qué personas pudieron intervenir en su realización como autores, inductores, o cómplices. Una tarea que corresponde al Instructor.

\*\*\*\*

3. El 27 de octubre de 2008 mi representada formuló ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo un Informe del Ministerio Fiscal, de 21 de octubre de 2008, en el que se sostenía que podía radicar en la Sala IIª del Tribunal Supremo la competencia para investigar los delitos conexos de que estaba conociendo el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en las meritadas Diligencia Previa, y formuló requerimiento inhibitorio (Recurso 006/00/20544/2008)

El Alto Tribunal resolvió el requerimiento en la Providencia de 26 de noviembre de 2008 teniendo a la vista los Autos del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de 16 y 17 de octubre de 2008 y el citado Informe del Mº Fiscal.

Esta Providencia del Tribunal Supremo de 26.11.2008 es hasta la fecha la única resolución FIRME en materia de competencia para investigar los delitos objetos de las Diligencias Previa 399/2006: tras citar el art. 71 de la Constitución, el art. 1 de la Ley de 9 de febrero de 1912 y el art. 57.1.2º de la LOPJ acuerda, tácitamente, que la

competencia para investigar los referidos delitos conexos estaría radicada en el Tribunal Supremo en el caso de que no se diera la circunstancia siguiente

*“de la lectura del escrito presentado no resulta que alguna persona que pudiera haber intervenido o participado en los hechos a que el escrito se refiere desempeñe en la actualidad alguno de los cargos mencionados en los preceptos citados; ni que alguna de las personas que actualmente los desempeñen en los diferentes ámbitos del Estado, interviniera o participara en los hechos a los que el escrito alude”.*

\*\*\*\*

4. El 10 de diciembre de 2008 mi representada interpuso recurso de súplica y subsidiario de Casación contra el Auto de 2 de diciembre de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (Pleno, Expediente 34/2008) que, con cinco votos particulares en contra, declaró la incompetencia de la Audiencia Nacional para investigar los delitos conexos reseñados.

El Auto de 2.12.2008 fue adoptado por el cauce del artículo 23 de la LECrim., lo que mi representada ha considerado fraudulento habida cuenta, entre otros graves hechos correlativos, que ningún órgano judicial había planteado cuestión de competencia y que las resoluciones del Juzgado Central de Instrucción sobre competencia son firmes al no haber sido recurridas por ninguna de las partes.

EL PRESENTE ES EL PRIMER CONFLICTO DE COMPETENCIA FORMULADO en relación con las Diligencias Previas 399/2006 E.

Inadmitidos a trámite estos dos recursos por la Audiencia Nacional, mi representada tiene interpuesto ante la Sala IIª del Tribunal Supremo el Recurso de Queja 5/20150/2009 contra la no admisión de la preparación de recurso de casación contra el referido Auto de 2.12.2008 de la Audiencia Nacional sobre competencia.

Hasta la fecha no ha sido notificada la composición de la Sala que resolverá este recurso de queja.

\*\*\*\*

5. En fecha 29 de junio de 2009 ha sido notificado a mi representada el Auto de 24 de junio anterior del citado Juzgado Central de Instrucción, que acuerda

**RJ 1º: “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 759.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tratándose de Diligencias Previas, habiéndose rehusado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Granada la competencia inhibida por este Juzgado en el Auto de 26 de diciembre de 2008, procede, sin más dilación, (una vez consta la Diligencia de fecha 23 de junio de 2009), en conocimiento del superior común que, según el artículo 20, párrafo final de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por medio de la correspondiente Exposición razonada a los efectos de que decida la**

*cuestión. (...) DISPONGO: “Elevar atenta Exposición Razonada a la Excelentísima Sala Segunda del Tribunal Supremo para que resuelva la cuestión de competencia planteada entre este Juzgado central de Instrucción y el Juzgado de Instrucción nº 3 de Granada, acompañando los testimonios correspondientes” (se ha acompañado copia en el doc. anexo nº 2 a nuestro escrito de 29 de junio de 2009) –subrayado nuestro.*

El 29 de junio de 2009, en nombre de mi representada, he solicitado tenerme por “*personado en la cuestión identificada en el cuerpo del presente escrito, tenerme por parte y disponer que se entiendan conmigo las sucesivas diligencias; por instado que se notifique a todas las partes la composición de la Sala que deliberará y resolverá la cuestión, con la antelación necesaria para invocar, en su caso, el derecho a un juicio justo y ante un Tribunal imparcial si concurriere algún motivo de abstención o recusación.*”

\*\*\*\*

6. La Providencia recurrida deniega la personación de mi representada en base a que las “*cuestiones de competencia [son] meras cuestiones jurisdiccionales en las que no se prevé la presencia de las partes personadas en los procedimientos de origen.*”

\*\*\*\*

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

#### **El artículo art. 759.1º de la LECrim.**

Esta norma, de aplicación en la especie por mor del art. 758 de la LECrim., es la que, efecto, invocan tanto el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 como la Providencia del Tribunal Supremo.

El art. 759.1º de la LECrim. ordena que la cuestión de competencia será resuelta

*“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” (subrayado nuestro).*

La Providencia recurrida se opone, sin embargo, frontalmente a esta disposición legal al denegar la solicitud de personación de una parte personada en las Diligencias Previas de las que toma causa la presente cuestión de competencia.

### **II**

#### **El art. 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.**

según el cual:

*“(...). El juez o Tribunal superior fijará, en todo caso, y sin ulterior recurso, su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días (...)” (subrayado nuestro).*

Sin embargo, la Providencia recurrida ha negado a mi representada el derecho a ser oída.

### III

#### **El artículo 24 de la Constitución española en relación con los arts. 6.1 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,**

que amparan el derecho de las partes a ser oídas en un juicio público por un Tribunal imparcial. Lo que deniega la Providencia recurrida.

### IV

#### **El artículo 24 en relación con el artículo 14 de la Constitución española**

El art. 759.1º de la LECrim sitúa en pie de igualdad al Ministerio Fiscal y a las restantes partes personadas. La Providencia recurrida acuerda oír al Ministerio Fiscal al tiempo que deniega el derecho a mi representada, sin dar la razón de la discriminación.

### V

#### **El artículo 238.3 de la LOPJ**

Dispone la nulidad de pleno derecho *“cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.”*

La Providencia recurrida prescinde de las normas esenciales establecidas en el art. 759.1º y reduce a indefensión absoluta en relación con la cuestión de competencia planteada al imposibilitarle ejercitar los derechos que la norma confiere a todas las partes.

En su virtud,

**A LA SALA SUPlico**: Que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo; tener por interpuesto, en tiempo y forma, instando la nulidad de la Providencia de 1 de julio de 2009 por el cauce de un recurso de súplica y, tras su tramitación, acuerde dejarla sin efecto y, en su lugar, tenerme por personado y parte en la cuestión de competencia según se pide en nuestro escrito de 29 de junio de 2009.

Madrid, 6 de julio de 2009

Ldo. Joan E. Garcés  
Colegio de Abogados de Madrid  
Nº 18.774