

AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
PLENO

Procedimiento ordinario número 53/08 del

Juzgado Central de Instrucción número 5.

Expediente número 34/08.

Cuestión de competencia del artículo 23 LEGR.

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Javier Gómez Bermúdez.

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don F. Alfonso Guevara Marcos.

Don Fernando García Nicolás.

Doña Ángela Murillo Bordallo.

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 2 de diciembre de 2008.

ANTECEDENTES DE HECHO.

1. En escrito presentado el 21 de octubre de 2008 el Ministerio Fiscal promovió ante esta Sala de lo Penal el incidente previsto en el artículo 23 de la LECR respecto de la competencia asumida por el Juzgado Central de Instrucción número 5 en auto de 16 de octubre de 2008 en el sumario reseñado en el encabezamiento.

2. Por acuerdo de la presidencia de 21 de octubre de 2008, se reclamó informe al instructor, que debía evacuar en el plazo de tres días, pudiendo acompañar cuantos documentos y testimonios estimare oportunos, y se convocaba a formar sala a la totalidad de los magistrados que la componen para el día 30 de octubre.

Por providencia del día 22 de octubre se ratificaba el anterior acuerdo a salvo del plazo para emitir el informe, que se amplió hasta los cinco días.

El día 23 el magistrado-juez del juzgado central interesó de la sala la suspensión del plazo por tenerse que someter a una intervención quirúrgica.

El pleno, tras la oportuna deliberación, acordó suspender el plazo para emitir el informe hasta que el magistrado instante se reincorporara al servicio activo tras la baja médica y dar traslado a todas las partes personadas al tiempo del planteamiento de la cuestión de competencia de esta para que emitieran informe en el plazo de cinco días.

3. Evacuado el trámite por la partes con el resultado que obra en el expediente e incorporado al servicio el magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción número cinco, éste presentó escrito el día + al que acompañaba como anexos el auto de 16 de octubre de 2008 y otro dictado el

18 de noviembre del mismo año en el que, entre otros pronunciamientos, acordaba:

“1.- Declarar extinguida la responsabilidad penal por fallecimiento respecto de los delitos contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno, así como respecto del delito de detención ilegal con desaparición forzada de personas, en el contexto de crímenes contra la humanidad” de determinadas personas fallecidas antes del inicio de la causa.

“2.- Acordar la inhibición de esta causa, con todas sus piezas, en la forma expuesta en esta resolución, a favor de los Juzgados de Instrucción de las localidades a las que pertenezcan los lugares en los que estén ubicadas las fosas identificadas (...)”

“3.- Acordar la inhibición de esta causa con todas su piezas, a favor de los Juzgados que se identifiquen, en el futuro, por las partes, respecto de los hechos que les correspondan territorialmente”

[Literal del original en cursiva]

Es ponente el presidente de la sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

0. Esta resolución no afecta al legítimo derecho de las víctimas de la guerra civil –todas- y la dictadura del general Franco de recuperar los restos de sus seres queridos, dignificarlos y honrar su memoria, reconocidos en la legislación vigente, entre otras en la llamada ley para la recuperación de la memoria histórica, Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

Su alcance se circunscribe a la determinación de si el Juzgado Central de Instrucción número cinco tiene competencia para investigar criminalmente los hechos y presuntos delitos a los que se refiere el instructor en su auto de 16 de octubre de 2008 y, en caso negativo, a las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, sin prejuzgar el carácter delictivo o no de los hechos

denunciados ni, menos aun, fijar la competencia de órgano alguno, lo que excede de las facultades de este Tribunal cuando no se trata de órganos judiciales de la Audiencia Nacional.

Que el propio instructor haya participado a la Sala el dictado de otro auto el día 18 de noviembre -que une testimoniado a su informe- en el que se declara parcialmente incompetente inhibiéndose a favor de determinados juzgados, no vacía de contenido la cuestión promovida por el Ministerio Fiscal.

Dicho auto supone, en recta interpretación, la afirmación por el juez de su competencia para conocer de lo que califica jurídicamente como *“delitos contra Altos Organismos de la Nación y la Forma de Gobierno...[y] delito de detención ilegal con desaparición forzada de personas, en el contexto de crímenes contra la humanidad”*, pues sólo quien afirma ser competente puede declarar extinguida la responsabilidad criminal por fallecimiento de las personas que, según los razonamientos del auto, eran presuntos responsables de los delitos que, según el instructor, determinaban su competencia.

Por el contrario, al ser las normas de competencia de derecho necesario, la Sala no está constreñida por el escrito del Ministerio Fiscal y los informes del juez y las partes, pudiendo resolver cuantas cuestiones relacionadas con la competencia se planteen. Pero sólo las relativas a la competencia, por lo que quedan excluidas de esta resolución las materias relativas a la prescripción, a la ley de amnistía o el examen de si los hechos sobre los que se pretende investigar están indiciariamente acreditados, de estarlo si son o no presuntamente constitutivos de delito y si hay o no personas presuntamente responsables de ellos.

Todas esas cuestiones son propias de los recursos ordinarios establecidos por la ley, pero no de la cuestión de competencia que ahora se resuelve.

1. 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.

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”*.

El carácter especial y sumario del incidente se justifica por ventilarse a través de él una cuestión de orden público procesal de tal importancia que lo hecho por juez incompetente es nulo de pleno derecho pues, conforme al artículo 238.1 LOPJ, lo son los actos procesales realizados por o ante tribunal con falta de competencia objetiva o funcional, 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.

Tampoco es preciso el previo uso de los recursos contra la resolución por la que el juzgado asume la competencia para conocer del asunto.

La ausencia o la interposición de recurso contra las decisiones del instructor no impide acudir al tribunal denunciando su incompetencia por la vía del artículo 23 LECR. Pues no tendría sentido que la ley exija que se

agoten los recursos ordinarios –reforma y apelación- con la dilación en el tiempo de la resolución sobre competencia y, a la vez, arbitre un mecanismo sumario como el incidente del que tratamos precisamente por las importantes razones antes expuestas, tratarse de una cuestión de orden público procesal y nulidad radical de los actos procesales realizados por juez incompetente.

Es más, el objeto y alcance de la cuestión de competencia y de los recursos no es el mismo, siendo más amplio el de estos que la de aquella, como se ha expuesto en la última parte del razonamiento 0.

2. El órgano llamado a resolver la cuestión es el “*tribunal superior a quien corresponda*” (sic, artículo 23 LECR).

Cuando lo que se plantea es la incompetencia de un solo juzgado el Tribunal superior es el superior funcional que respecto de los juzgados centrales de instrucción, de lo penal, de menores y de vigilancia penitenciaria es la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (artículo 65.5 LOPJ y disposición adicional quinta de la citada ley).

Así lo entendió el Tribunal Supremo en auto de 3 de junio de 1999 (RJ 1999/6677) en un caso en el que una parte promovió el incidente del artículo 23 LECR por estimar incompetente al juzgado de instrucción que estaba conociendo del asunto.

El Tribunal Supremo aclara que en ese caso no existe cuestión de competencia entre dos órganos pertenecientes a territorios de distintas audiencias por lo que “*formulada la reclamación frente a un Juzgado de Instrucción de Barcelona, y no habiéndose planteado cuestión de competencia entre dos órganos jurisdiccionales distintos, pertenecientes a Audiencias diferentes, el Tribunal Superior al que se refiere el art. 23 de la*

LECrim ha de ser la Audiencia a la que pertenece el Juzgado de Instrucción cuya competencia se impugna”.

3. El instructor no defiende su propia competencia en el informe emitido, por lo que habrá de estarse a las razones expuestas en el auto de 16 de octubre de 2008.

En él, el juez instructor se declara competente para investigar presuntos delitos contra altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno como conexos del delito permanente de detención ilegal con desaparición forzada de personas, en el contexto de crímenes contra la humanidad (véanse los folios 50 y 51 del auto de 16 de octubre y el apartado 1 de la parte dispositiva del auto de 18 de noviembre).

Es decir, sostiene que la competencia le viene atribuida por la existencia de los presuntos delitos contra los altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno (artículos 65.1 y 88 LOPJ) pues ***“la insurrección [del 18 de julio de 1936] se llevó a cabo con una muy concreta finalidad, acabar con el sistema de Gobierno y los Altos Organismos que lo representaban, y como instrumento para que los crímenes contra la humanidad y la propia confrontación bélica estuvieran servidas. Sin aquella acción nada de lo sucedido se hubiera producido. De ahí que el delito contra los altos organismos de la Nación vaya unido de forma inseparable al producido, en conexión con él; en este caso, la muerte sistemática, la desaparición forzada (detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero, la tortura y el exilio forzados, entre otros”*** (literal, incluida negrita, folio 50 del auto de 16 de octubre).

4. Cuando se crea la Audiencia Nacional por Real Decreto Ley 1/1977, de 4 de enero de 1977, en el catálogo de delitos cuyo conocimiento

se le atribuye no se encuentran los delitos contra los altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno, aunque eventualmente podían serlo por aplicación de lo dispuesto en la letra d) de su artículo cuarto que, con carácter residual le atribuía competencia para conocer de *“delitos distintos de los comprendidos en los apartados anteriores, cuando por razón de su extraordinaria complejidad, de sus graves efectos en el ámbito nacional o por cualquier otra circunstancia de las previstas en el art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que su instrucción corresponda a un Juzgado Central”*, competencia que desaparecería tras la promulgación de Constitución de 1978.

Es con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial cuando se otorga competencia a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para el enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia al Juzgado Central de lo Penal, de los *“Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno”*.

En consecuencia, es a partir de esa fecha cuando los juzgados centrales de instrucción tienen competencia para la instrucción de las causas relativas a dichas infracciones penales (artículo 88 LOPJ).

El levantamiento militar del 17 y el 18 de julio de 1936 que desencadena la guerra civil constituiría, según la legislación vigente al tiempo de creación de la Audiencia Nacional, un delito de rebelión del artículo 214 del Código Penal, texto refundido de 1973, que está actualmente previsto y penado en los artículos 472 y siguientes del Código Penal de 1995.

El propio auto de 16 de octubre así lo reconoce al referirse a *“alzamiento e insurrección armada”* –ff. 8 y 15- o adjetivar a sus protagonistas como *“rebeldes”* porque *“se alzaron o rebelaron contra el Gobierno legítimo”*

–f. 17–, por lo que el propio juez instructor concluye que lo ocurrido a partir del 17 y 18 de julio de 1936 fue un “alzamiento o rebelión militar” –f. 39 del auto–.

Pues bien, el delito de rebelión nunca ha sido competencia de esta Audiencia Nacional.

El Código Penal, texto refundido de 1973, vigente en la fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dedica el Título II del Libro II a los “*Delitos contra la seguridad interior del Estado*”.

El Capítulo Primero de dicho Título II lleva por rúbrica la de “*Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno*”, estando dividido en tres secciones dedicadas respectivamente a los delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor (artículos 142 a 148 bis), delitos contra los altos organismos de la Nación (artículos 149 a 162) y delitos contra la forma de Gobierno (artículos 163 y 164).

El Capítulo II del Título II está dedicado a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes (artículos 165 a 213) y el Capítulo III a los delitos de rebelión (artículos 214 a 217 bis).

La comparación de la dicción del artículo 65 1º a) de la LOPJ con la rúbrica del capítulo I del Título II del Libro II del Código Penal vigente en la fecha de su entrada en vigor, conduce a la conclusión de que el son esos delitos los que el legislador quiso que fueran competencia de la Audiencia Nacional y no otros.

Es más, el alzamiento militar del 17 y 18 de julio de 1936, cuando se crea la Audiencia Nacional en 1977, bajo la vigencia del Código Penal de 1973, sería penalmente calificable como un delito de rebelión, no como un

delito contra los altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno, lo que también excluiría la competencia de este órgano judicial.

Y, en la actualidad, ocurre lo mismo.

Los artículos 149 a 162 del Código Penal de 1973 –delitos contra los altos organismos de la Nación- se corresponden con los actuales 493 a 504 del Código Penal de 1995 –delitos contra las instituciones del Estado- y los antiguos artículos 163 y 164 –delitos contra la forma de Gobierno- no tienen equivalente en la actual legislación que resuelve los problemas concursales existentes en la legislación anterior eliminando esos delitos.

5. Aun prescindiendo del anterior razonamiento, tampoco es objetivamente competente la Audiencia Nacional para instruir causa criminal en este caso.

No lo es porque la responsabilidad criminal de las personas presuntamente responsables es inexigible a la fecha de incoación de las diligencias por estar todas premuertas, de modo que no hubo causa penal contra ellas en momento alguno.

Así viene a reconocerlo el instructor en el auto de 18 de noviembre de 2008 al declarar extinguida la responsabilidad criminal por fallecimiento de todos los imputados contra los que seguía la causa.

6. La falta de competencia del juzgado no implica la nulidad ex officio de todo lo actuado.

Las diligencias practicadas con anterioridad al dictado del auto de 16 de octubre de 2008, pueden considerarse diligencias a prevención y, por lo tanto, sin perjuicio de las concretas acciones que pudieran ejercitarse, no resultan afectadas por la incompetencia del instructor.

Por el contrario, los actos y resoluciones judiciales posteriores a dicho auto de 16 de octubre quedan sin efecto, incluido el auto de 18 de noviembre de 2008, salvo aquellas diligencias que se consideren *“necesarias para comprobar el delito, y aquellas otras que considere de reconocida urgencia”* (párrafo segundo del artículo 22 LECR y artículo 23 LECR in fine), entendiéndose que en dicha categoría se comprenden aquellos actos de instrucción cuya realización no pudo posponerse hasta que se decidiera sobre la competencia porque su no ejecución hubiera supuesto la pérdida de elementos esenciales para la investigación criminal.

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

7. Contra esta resolución no cabe recurso alguno, según dispone el artículo 23 de la LECR y AATS de 29 de abril de 1998 y 19 de diciembre de 2006.

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

ACORDAMOS

Declarar la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción número cinco para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008 y, en consecuencia, dejar sin efecto todas las actos y resoluciones posteriores, incluido el auto de 18 de noviembre de 2008, con el alcance y límites establecidos en el razonamiento jurídico 6 de este auto.

Sin perjuicio de la competencia que pudiera corresponder a otros órganos judiciales.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno, a salvo el de queja por la inadmisión a trámite del recurso de casación.

Así lo acordaron y firmaron los Magistrados anotados al margen.

DOY FE.