

**Voto particular que formulan los magistrados Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel, José Ricardo de Prada Solaesa, contra el Auto del Plano de la Sala de lo Penal de fecha veintisiete de Octubre de dos mil diez en el recurso de apelación interpuesto en el procedimiento DP 242/2005 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional.**

Discrepamos de la posición mantenida por la mayoría de los magistrados de la Sala por las siguientes razones:

### **1. Significado de la Jurisdicción Universal.**

La jurisdicción universal se enmarca en el proceso de internacionalización de la justicia penal y el consecuente desarrollo del derecho penal internacional como forma de luchar contra la impunidad ante las mas graves violaciones de Derechos Humanos (DH). La formación de un sistema internacional de DH, de carácter no puramente simbólico, con vocación de universalidad, implica necesariamente la existencia de un sistema de protección internacional eficaz frente a las violaciones de estos derechos por parte de los Estados y sus agentes. Junto con el sistema ordinario de protección universal y regional, a través de los correspondientes mecanismos y tribunales Internacionales de DH, surgen con ocasión del fin de la II Guerra Mundial, frente a las situaciones mas graves, especialmente crímenes de guerra y violaciones masivas y sistemáticas de los DH y del Derecho Internacional Humanitario (DIH), otros tendentes a exigir la responsabilidad penal individual de los máximos responsables, en algunos casos, a través de Tribunales internacionales "ad hoc", en otros, cuando ello es posible, por entrar en su estricto ámbito de competencia temporal, espacial, y material, por el Tribunal Penal Internacional, de no haberlo hecho de forma eficaz antes una jurisdicción nacional. Complementariamente, las jurisdicciones internas de los Estados ostentan igualmente dicha facultad, bien por así establecerlo algún tratado internacional o en aplicación del derecho internacional consuetudinario.

Algunos tratados, especialmente los cuatro Convenios de Ginebra de 1959, imponen expresamente la obligación a todos los Estados de perseguir a los responsables de crímenes de guerra independientemente de su nacionalidad y del lugar donde se haya cometido el delito. En otros, aunque no expresamente mencionada, la jurisdicción universal resulta implícita, tales como el Convención sobre Genocidio (1949) -STC 237/2005-, Convención contra la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes (1984) y Convención para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas (2006). En todo caso sería también consustancial con los crímenes internacionales contenidos en el Estatuto de Roma. No cabe dudar del carácter de *ius cogens* internacional de este derecho penal internacional cristalizado en el Estatuto, de observancia obligatoria para todos los Estados lo hayan o no ratificado, como también que dichos crímenes internacionales sean eficazmente perseguidos y no queden impunes.

En la última década se ha producido además un cambio de paradigma, con la irrupción en el escenario internacional de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos, a las que, como exigencia derivada de la restitución de la dignidad humana que les ha sido menoscabada, se les reconoce el derecho a ser reparadas. Este derecho a la reparación se configura como un auténtico derecho humano, concebido no en la forma tradicional, sino como un proceso de obtención de justicia, verdad, reparación, a través de los tribunales o por otros medios, aunque frente a violaciones masivas y especialmente graves de derechos humanos que entran en la categoría de crímenes de DI, solo la tutela judicial resulte factible para restaurar la dignidad de las víctimas.

Por tanto, la tutela judicial en estos casos no debe entenderse simplemente como el derecho de acceso a los jueces y tribunales, sin más. Es instrumental para la reparación y restauración de la dignidad humana afectada por las graves violaciones de derechos humanos. A esta idea responden los "*Principios y directrices básicos sobre derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*", aprobados por la Comisión de Derechos Humanos (resolución 2005/ 35) y por el Consejo

Económico y Social (resolución 2005/ 30) y definitivamente por unanimidad, por aclamación, por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) en la Resolución 60/147, en la 64ª sesión plenaria el 16.12.2005. Esta resolución del órgano parlamentario de la ONU, con indudable efecto normativo (constituye al menos *opinio juris communitatis* [opinión jurídica de la comunidad internacional] y es, por tanto, de índole general y obligatoria), establece deberes para los Estados, de investigación, enjuiciamiento y castigo de los culpables, de cooperación entre si de los Estados y con los órganos judiciales internacionales, además de imponer a los Estados que para el cumplimiento de estos deberes “*incorporaran, o aplicaran de otro modo, dentro de su derecho interno, las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal*”(III.5).

Dentro de este panorama, aunque pueda ser discutible la afirmación general de que el principio de jurisdicción universal obligatoria en relación con todos los delitos a que se refiere el Estatuto forme parte del mismo *ius cogen internacional*, sin embargo, constituye fundamento suficiente para su ejercicio por parte de los Estados, como también para afirmar la necesaria implicación, interés e incluso corresponsabilidad y deber de todos aquellos que componen la Comunidad Internacional en poner los medios para evitar la impunidad de los mas graves crímenes internacionales (“*...su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados*” [STC 237/2005, FJ.9] ).

La previsión contenida en el art 23.4 de la LOPJ no es, por tanto, el fundamento de la justicia universal sino únicamente la norma interna que faculta expresamente a los tribunales españoles para actuarla –atribuye jurisdicción- y fija su extensión y condiciones de ejercicio, necesariamente dentro de la perspectiva establecida por el sentido que este principio cobra en el ámbito internacional. También configura legalmente el derecho de las víctimas y perjudicados a obtener tutela judicial de los jueces y tribunales españoles para la protección de derechos humanos fundamentales, como es el de la justicia y la reparación, frente a los mas graves ataques independientemente de donde se produjeran los hechos y la nacionalidad de sus autores.

## **2. Posición del Tribunal Constitucional respecto de la jurisdicción universal.**

El Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, especialmente en las STC 237/2005 (Pleno) y 227/2007, recoge el expresado planteamiento. Hace gravitar su posición en la características de los crímenes especialmente graves, a que se refiere, que interesan a la Comunidad Internacional en su conjunto ("*...[el criterio de atribución competencial]... de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución*"), y en la imposibilidad de su persecución penal a través de otros medios o tribunales ("*...debe empezarse afirmando la corrección del planteamiento de los recurrentes respecto a la **imposibilidad de acceso a la Corte Penal Internacional** por las razones que indican, lo que **en consecuencia no deja otra salida**, como sostienen, **para el posible enjuiciamiento de los delitos denunciados que la que han elegido**, situando así la clave de la decisión en el alcance del art. 23.4 LOPJ en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción, que es precisamente la cuestión decidida en nuestra STC 237/2005 –STC 227/2007 FJ. 5-) .*

Fija en función de estos parámetros un determinado estándar o canon de protección del derecho a obtener tutela judicial de jueces y tribunales por parte de las víctimas y perjudicados a través del principio de jurisdicción universal según "*es concebido en Derecho Internacional*" y no desde una perspectiva puramente interna. Estima, que en estos casos, el derecho a la tutela judicial no puede ser limitado, por vía interpretativa de los Tribunales, mediante la introducción de determinados criterios correctores – "vínculos de conexión", tales como que el autor del delito se halle en territorio español, las víctimas sean de nacionalidad española u otro punto de conexión directo con intereses españoles-, por considerar que estos criterios no están amparados por la costumbre internacional y llevarían además a una reducción *contra legem*, no solo del derecho a obtener tutela judicial (según estaba entonces legalmente regulado su ejercicio), sino del propio principio de jurisdicción universal. Aunque las referidas STCs se

refieren a la redacción anterior del art 23.4 de la LOPJ, sin embargo van mucho mas allá de la simple constatación de la inconstitucionalidad de la reducción del alcance del derecho de acceso al proceso realizada por vía interpretativa de los tribunales. Efectúan utilísimos juicios de valor sobre la racionalidad y ponderación de los criterios o "vínculos de conexión" utilizados, que según expresa la STC 237/2005 considera *"se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional ( FJ 8)"*, y que en definitiva son los mismos utilizados por el legislador en la reforma operada por la LO 1/2009.

Respecto de la presencia del presunto autor en el territorio español, el TC manifiesta (STC 237/2005, FJ.8) que efectivamente *"es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios in absentia en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la comunidad internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito sine qua non para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; **restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución**"* (la jurisdicción universal).

En relación con la nacionalidad española de la víctima, el TC de forma palmaria dice que *"incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, **contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base.**"*, "La exégesis manejada por la Sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio sólo sería relevante para los

*Tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español. La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no era esa la finalidad que el Legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ, y de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución".*

Respecto del interés nacional: *"...Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio del interés nacional ... **con su inclusión el núm. 4 del art. 23 LOPJ queda prácticamente huérfano de contenido**, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior. Como ya se ha afirmado, la cuestión determinante es que el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, en los términos planteados por la Sentencia, **no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal**. La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente **su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados** (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), **cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos**".*

Como se aprecia, el Tribunal Constitucional no se limita a establecer un criterio jurídico sobre la justicia universal. Cristaliza en sus resoluciones una concreta visión jurídica, social y ética frente a los mas graves crímenes internacionales que afectan a la humanidad en su conjunto.

Por ello no se podría considerar como constitucionalmente factible que el interés legítimo en un ejercicio razonable de la Justicia Universal pase por

establecer determinados límites de carácter automático al acceso a la jurisdicción, en concreto los introducidos por el legislador español que en casos como el presente, podrían tornarse innecesarios, excesivos e irrazonables.

El "principio de progresividad" en la protección de los Derechos humanos impediría cualquier retroceso o rebaja en el estándar de protección ya alcanzado, fijado en la referida jurisprudencia constitucional.

### **3. Sobre la constitucionalidad de la reforma del art. 23.4 LOPJ introducida por el artículo primero, apartado uno de la LO 1/ 2009 de 3 de noviembre.**

El criterio o canon avanzado por el TC, además de limitar, inmediatamente, la capacidad de interpretación de los tribunales a la hora de establecer criterios de restricción del derecho a la tutela judicial, va más allá y se proyecta sobre la propia actividad del legislador, en el sentido de que, aunque esté plenamente facultado para configurar legalmente el derecho de acceso a la jurisdicción, no es libre de hacerlo de cualquier manera, y no puede vaciar de facto el contenido del derecho, particularmente cuando se trata del acceso a la jurisdicción para la obtención de tutela judicial de derechos humanos fundamentales frente a los ataques más graves, constitutivos de crímenes internacionales, que no pueden ser perseguidos de otra manera, cuando, además de ser esta tutela judicial en sí misma un derecho fundamental constitucionalizado, lo es por vehiculizar el derecho humano fundamental a la justicia y a la reparación ante los más graves actos atentatorios de los derechos humanos, reconocido por la legalidad internacional.

En su labor de configuración del derecho de acceso a los tribunales, el legislador debe ajustarse a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad –STC 73/ 2004, Auto TC 171/1986, etc - .

La STC 73/2004, de 22 de abril de 2004, en su FJ 3.a es bien expresiva al respecto y establece: "*En cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los*

*presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 140/1993, de 19 de abril, FJ 6; 12/1998, de 15 de enero, FJ 4, entre otras). De este modo **el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impositivas 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, FJ 5; 141/1988, de 29 de junio, FJ 7).*

Los criterios a la hora de realizar el test de constitucionalidad respecto de los fines e intereses constitucionalmente legítimos, de la necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y prohibición del exceso, se encuentran en gran medida marcados por el canon establecido en la doctrina constitucional -STCs 237/2005 y 227/2007-, en los términos que han quedado referidos.

El resultado de dicho test nos llevaría a, directamente, afirmar si no la inconstitucionalidad del precepto, al menos la duda racional, y en consecuencia la necesidad de trasladar la decisión sobre este crucial tema al Tribunal Constitucional por vía del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, lo que fue rechazado por la mayoría de la Sala.

En cualquier caso, aun haciéndonos eco de los argumentos dados por el Defensor del Pueblo en su resolución de 19.01.2010, por la que rechazaba ejercer su facultad de plantear recurso de inconstitucionalidad contra el artículo, al entender que en principio los criterios o limitaciones introducidos por la reforma no son per se inconstitucionales, en cuanto que admitirían un margen de interpretación, siguiendo el principio de conservación de la norma, dejando en manos del intérprete la labor de su ajuste a los parámetros constitucionales establecidos, nos encontramos con que la interpretación y aplicación de la norma en el caso, que realiza la mayoría de la Sala, omite cualquier consideración sobre los estándares constitucionales y se limita a hacer una lectura puramente formalista y literalista de la

norma, dando incluso efecto retroactivo a las limitaciones legales establecidas. La posición de la jurisdicción representada por el Auto de la mayoría de la Sala es, pues, la de renunciar a realizar cualquier clase de interpretación conforme a la Constitución y al Derecho Internacional del precepto, poniendo en evidencia la, a nuestro juicio, inconstitucionalidad de las limitaciones a la justicia universal introducidas por la reforma.

#### **4. Imposibilidad de aplicación retroactiva de la reforma legal del art. 23.4 de la LOPJ.**

La reforma sobre el art. 23.4 de la LOPJ, operada por Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, establece en su disposición final que entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el BOE, sin contener normas de carácter transitorio que se refieran a los procesos iniciados al amparo de la anterior regulación.

La presente es precisamente una de esas situaciones, sobre las que entendemos nunca podría operar de forma retroactiva la nueva regulación.

La norma contenida en el art. 24.3 no tiene una naturaleza puramente procesal sobre la que rija sin más el principio *tempus regit actum* y que por tanto despliegue efectos retroactivos en relación con acciones penales ya iniciadas. Su finalidad es la de facultar y establecer las condiciones básicas para el ejercicio de la jurisdicción universal por los Jueces y Tribunales españoles en relación con determinados delitos de carácter internacional y, por tanto, de acceso a la justicia. Regula por ello aspectos sustanciales del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

La introducción de nuevas condiciones o requisitos para el acceso a la jurisdicción, a no ser que la norma expresamente contemple otra cosa, debe en todo caso operar de cara al futuro, respetando las acciones iniciadas según la configuración legal del derecho en el momento de su ejercicio.

Con excepción del legislador, nadie puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio puede regularse

"*solo por Ley*", tal como establece el art. 53.1 de la Constitución – STC 99/1985-. Por otra parte, el art. 9.3 de la Constitución consagra el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de los derechos individuales, lo que incluso también vedaría al legislador ordinario la posibilidad de hacerlo.

Por ello, si el legislador no ha previsto expresamente la aplicación o los efectos retroactivos de una norma que restringe el derecho a la jurisdicción, e incluso resulta dudoso que pueda hacerlo, claramente, menos podrán hacerlo los órganos judiciales.

Pero es más, como hemos visto, junto con estos impedimentos derivados del principio de legalidad, existirían otros, consecuencia de los principios generales de necesidad, racionalidad y proporcionalidad, exigibles igualmente en la restricción de los derechos fundamentales, a los que tendría que ajustarse tanto la norma como la interpretación llevada a cabo por los tribunales, ya que de otro modo igualmente conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva – STC 73/2004, de 22 de abril de 2004, FJ 3, Auto TC 171/1986, etc. –.

En todo caso, queda fuera de duda que existe un mandato constitucional intenso, que obliga a los órganos jurisdiccionales a aplicar los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, impuestos por el legislador, de forma razonada y proporcionada, haciendo una interpretación y aplicación de la norma de manera favorable a la mayor amplitud y vigencia de los derechos fundamentales, y no al contrario.

El auto de la mayoría de la Sala no solo se limita a hacer una aplicación restrictiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sino que va más allá privando injustificada y arbitrariamente de su derecho a los recurrentes que se encontraban en el goce legal y legítimo del mismo, al haber accedido al proceso de acuerdo con las condiciones legalmente establecidas en el momento del ejercicio de su derecho.

**5. Los hechos que se persiguen en el presente procedimiento se enmarcan dentro de los mas generales investigados por el Juzgado Central de Instrucción nº 2.**

El procedimiento Sumario nº 63/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 2, incoado por el mismo delito de genocidio y otros, continúa abierto, ya que se daría al menos uno de los criterios de conexión establecidos en la reforma –la presencia de víctimas españolas-. Conviene señalar que la inicial inadmisión a trámite de la querrela, acordada por el juzgado instructor por Auto de 05.02.2005, fue posteriormente corregida por Auto de la Sección Cuarta de 10.01.2006, en aplicación de la doctrina constitucional emanada de las tantas veces referidas STCs 237/2005 y 227/2007.

Estimamos que ésta es una circunstancia de singular relevancia que hace incongruente el archivo acordado. Lo procedente desde cualquier lógica procesal es la tramitación acumulada de ambos asuntos, que no es que meramente guarden alguna relación, sino que se tratan de dos episodios de un mismo acontecimiento, de la misma secuencia de hechos calificados precisamente por su sistematicidad, y se encuentran en un mismo contexto de violaciones masivas de DH y de DIH. Una mera circunstancia procesal absolutamente secundaria, como la de que en este preciso momento no estén acumulados los dos procesos, que deberían estarlo y podrían estarlo en el futuro tras dictarse una resolución judicial de acumulación, no puede cobrar tanta importancia ni condicionar de tal forma el acceso al proceso, como acontece en el auto de la mayoría.

Una vez más, constituye una interpretación puramente formalista de las normas procesales y de la apreciación del caso, causante también de una vulneración del derecho a la tutela de los tribunales y a obtener una resolución de fondo fundada en derecho.

**6. Calificación como crímenes de guerra de los hechos referidos en la ampliación de la querrela y jurisdicción universal obligatoria en esta clase de crímenes. Inaplicabilidad de los vínculos de conexión del art 23.4 de la LOPJ a estas situaciones.**

Los querellantes en la ampliación de la querrela plantearon hechos que podrían ser calificados singularmente como un crimen de guerra cometido en territorio ocupado. Sobre este tema no se pronuncia el auto de la mayoría de la Sala, a pesar de que fue introducido en el debate. El juzgado instructor rechazó en su auto resolutorio del recurso de reforma que se hubiera admitido la querrela por crímenes de guerra.

Este argumento es claramente insuficiente. Es obvio que el auto de admisión de la querrela no efectúa una calificación jurídica pormenorizada, solo se refiere a los crímenes de lesa humanidad y torturas, pero sin especificar que se estuviera rechazando la querrela por los demás. Resulta evidente que la querrela se refería a unos determinados hechos, que son los que provocan su admisión, sin exclusión alguna por parte del juzgado. La calificación jurídica es en todo caso meramente provisoria, a efectos de determinar su cualidad de delictivos y de ser susceptibles de quedar bajo la jurisdicción española.

Los mencionados hechos pueden razonablemente ser tenidos como crímenes de guerra del artículo 611.5º CP, que se refiere al que traslade o asiente, directa o indirectamente, en territorio ocupado a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente, en relación con el art 49 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949.

En relación con los crímenes bajo su cobertura, el referido tratado internacional configura en el párrafo segundo de su artículo 146 un principio de justicia universal de amplio alcance, al establecer la persecución obligatoria, por parte de todos los Estados, llevándolos ante sus propios tribunales, de todos los presuntos responsables de estos crímenes, independientemente de su nacionalidad.

El párrafo H del art. 23.4 de la LOPJ claramente recoge este criterio, ya que se refiere a cualquier otro delito que, "*según los tratados y convenios internacionales, en particular los **Convenios de derecho internacional humanitario** y de protección de derechos humanos, **deba** ser perseguido en España*". La referencia expresa a los Convenios de derecho internacional humanitario no deja duda sobre a cuáles se refiere, específicamente a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos adicionales. La

utilización del verbo “*deber*” y no cualquier otro, como “*facultar*” o “*permitir*”, no deja tampoco dudas de cuál es la posición del legislador respecto de la obligatoriedad de la jurisdicción internacional, cuando así lo establezcan expresamente tratados internacionales y en particular la establecida en los Convenios de Ginebra de 1949.

Esta concepción de la jurisdicción universal obligatoria acogida en particulares Convenios se proyecta sobre la previsión contenida en la primera parte del párrafo segundo del texto del art 23.4 de la LOPJ tras la reforma, que establece cláusula de exclusión o salvaguarda en relación con las obligaciones internacionales contraídas por España y que expresa: “*sin perjuicio de los que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España*”, y que deja fuera del juego de los vínculos de conexión a estas situaciones, al referirse exclusivamente a aquellas otras en las que la jurisdicción universal no tenga carácter obligatorio.

**7. El Tribunal de apelación ha extravasado sus facultades revisorias, yendo mucho mas allá en su resolución que el Tribunal de instancia, produciendo además indefensión material a los recurrentes.**

El Juzgado instructor en la resolución recurrida rechaza dar efectos retroactivos a la modificación. Se limita a acordar el archivo de las actuaciones sobre la base de una futura falta de jurisdicción de la Sala para el enjuiciamiento del asunto, lo que entiende condiciona en sentido negativo su competencia.

Claramente, éste es un argumento jurídicamente débil, desde luego insuficiente para justificar el archivo acordado. Como antes hemos señalado, el FJ 8 de la STC 237/2005 no considera que la ausencia del acusado constituya verdadero obstáculo para que pueda operar la jurisdicción universal, dada la existencia de institutos jurídicos como la extradición. En todo caso, incluso en la redacción actual del art 23.4 de la LOPJ, de ser ésta denegada o inatendida, determinaría el sobreseimiento provisional del procedimiento por ausencia de requisitos procesales de

procedibilidad y no el archivo por falta de jurisdicción como equivocadamente dice la resolución recurrida.

El Tribunal de apelación, en lugar de referirse a la argumentación del auto recurrido, para validarla o rechazarla, ni siquiera la menciona y en su lugar, sustituye completamente la argumentación del auto por otra sustancialmente diferente, introduciendo *ex novo* y *ex officio* razones absolutamente distintas. Con ello extravasa las facultades revisorias propias del Tribunal de apelación, poniéndose en la posición del tribunal de la primera instancia.

Por otra parte, también causa indefensión a los recurrentes, que no han tenido ocasión de defenderse contra dichas novedosas razones, y se le priva además del derecho a un recurso en relación con las nuevas razones de archivo y por ello también de la tutela judicial efectiva, ante la imposibilidad de pedir de forma efectiva la restauración en su derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho.

#### **8. Improcedencia del "archivo" acordado sin especificar si se trata de un sobreseimiento provisional o definitivo.**

La resolución de la mayoría utiliza la forma procesal del archivo, sin referirla ni al sobreseimiento libre ni al provisional, como una categoría procesal autónoma que lo que produciría es el cierre sin más del procedimiento, sin producir efecto de cosa juzgada, pero sin posibilidad de ser reabierto si no a través de un nuevo procedimiento en el caso de que acontecieran nuevos hechos, debemos entender, no solo sustantivos, sino también procesales.

Esa categoría procesal es inexistente como tal en nuestro Derecho.

De haberse seguido el procedimiento como Sumario Ordinario, que hubiera sido procedente atendidos los hechos objeto de querrela, los artículos 637 y 641 de la LeCrim. establecen, expresamente, que se acordará el sobreseimiento libre o provisional, atendidas las causas estrictas y legalmente predeterminadas, sin que el Juez Instructor pueda acordar el archivo, lo que compete, exclusivamente, al Tribunal *ad quem*.

Ello tiene gran importancia porque, al haberse seguido el procedimiento como Diligencia Previa, el Instructor está vetando la posibilidad de que la segunda instancia de este archivo pueda llegar al Tribunal Supremo, conforme el mismo Tribunal Supremo tiene manifestado entre otras en su STS 4222/2010 de 13 de Julio de 2010 .

En cualquier caso, aun siguiéndose el procedimiento en Diligencias Previas, el artículo 782 LeCrim. sólo establece la posibilidad de sobreseimiento " por los motivos que prevén los artículos 637 y 641 LeCrim" . Esto es, el Juez Instructor ha de acordar un sobreseimiento provisional, o libre, según aprecie concurren las causas de uno u otro artículo. En concreto, para el caso que nos ocupa, de supuesta ausencia del imputado en el territorio por encontrarse en paradero desconocido, el artículo 512 LeCrim. ordena que el imputado sea buscado por requisitorias, previamente a, conforme al artículo 641 LeCrim acordar el sobreseimiento provisional.

El archivo provisional, sin acordar previamente la búsqueda nacional e internacional del imputado equivale, de facto, al archivo *sine die* del procedimiento, lo que constituiría un sobreseimiento definitivo, susceptible de casación.

## **9. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION CONTRA LA RESOLUCION DE LA MAYORIA DE LA SALA.**

El auto de la mayoría, en su parte dispositiva establece que no tendrá recurso alguno ordinario.

Sin embargo, también discrepamos en este punto. En el número anterior razonábamos sobre la improcedencia del archivo acordado, uno de cuyos efectos es la pretendida falta de recurso ordinario. De haberse seguido el trámite procesal adecuado hubiera dispuesto de ellos.

En todo caso, esta resolución, que cierra de forma definitiva el procedimiento, y cuyos efectos son en este sentido equivalentes a los de una sentencia, ha de contar con la posibilidad del recurso de casación. Así lo tiene manifestado Tribunal Supremo, también entre otras, en su STS

4222/2010 de 13 de Julio de 2010, en la que recordando lo dicho en su anterior sentencia de 20-1-1992, rec. 4945/1990, que *"el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la infracción de un precepto constitucional es suficiente fundamento para recurrir en casación cuando este recurso proceda. A su vez el art. 5.7 de la misma Ley dispone que "los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 11 del título 1 de la Constitución Española vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales, y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos"*, concluye que se deduce de ambas disposiciones que todo auto definitivo, cuyos efectos sean equivalentes a los de una sentencia, deberá contar con una vía ordinaria de recurso, cuando, vulnerando derechos constitucionales, impida el acceso a la jurisdicción.

Las referencias de la indicada STS al caso concreto son extrapolables a la situación que se da en el presente, cuando se ha eludido seguir el procedimiento correcto, produciéndose con ello vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, como asevera el TS *"Esta ampliación de los supuestos en los que cabe el recurso de casación, en relación a los autos de sobreseimiento definitivo que afecten derechos fundamentales, es consecuencia del efecto irradiante de los derechos fundamentales y del mandato genérico de protección efectiva de los mismos establecido en el citado art. 5.7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial"*.

Dado a cinco de noviembre de dos mil diez.