

**Voto particular concurrente que formula don Javier Martínez Lázaro en el incidente de competencia del art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procedimiento 34/08, formulado en el procedimiento ordinario 53/08 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 .**

Estoy conforme con la decisión de la Sala de declarar la incompetencia de esta Audiencia Nacional para el conocimiento de los delitos objeto investigación en el procedimiento que dió lugar al incidente planteado. No comparto sin embargo el razonamiento de la mayoría de la Sala en la deliberación, esencialmente por dos razones: creo que los delitos investigados revisten la apariencia de crímenes contra la humanidad, como razonó el Juez de Instrucción, con independencia de que dicha calificación no permita establecer consecuencias jurídicas por el fallecimiento de sus posibles autores. Es precisamente el fallecimiento de éstos posibles autores, como también puso de relieve el Juez Instructor en su auto de 18 de Noviembre de 2008, el que determina la incompetencia de la Audiencia Nacional al no poder continuar la instrucción por los delitos que se les imputaban, como a continuación se razona.

La cuestión que se debate es la competencia del Juzgado de Instrucción Central nº 5 de esta Audiencia Nacional para investigar los delitos objeto de instrucción en las diligencias 399/06, transformadas el 17-10-2008 en sumario 53/08.

El juez instructor dictó auto en dicho procedimiento el día 16-10-2008 en el que expresamente declaraba su competencia y en virtud de ésta acordaba la práctica de distintas diligencias y autorizaba la realización de distintas exhumaciones solicitadas por las partes en la causa.

A la vista de dicha resolución el Ministerio Fiscal promovió el incidente a que se regula en el art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que el Juzgado de Instrucción actuante carece de la necesaria competencia objetiva y funcional para la investigación de los hechos que dan lugar al procedimiento, solicitando en consecuencia que se declare la incompetencia del órgano jurisdiccional y se revoque y deje sin efecto el citado auto.

Previamente al estudio del fondo del asunto debe decidirse si el precepto invocado permite el planteamiento de la cuestión de competencia en los términos en los que ha sido formulada por el Ministerio Fiscal, a lo que se

oponen otras partes personadas.

No les faltan buenas razones para ello. El art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es un precepto oscuro que ha dado lugar aun amplio debate doctrinal. Como recuerda el juez instructor en su informe no son pocos los que consideran que éste incidente sólo es adecuado para resolver cuestiones de competencia territorial, y no de competencia objetiva y funcional. También plantea fundadas dudas cuál es el Tribunal superior al que corresponde resolverlo: el Tribunal superior al juzgado que está conociendo, o el Tribunal superior común al juzgado que está conociendo y a aquél que se reputa competente para conocer, que en el presente caso sería el Tribunal Supremo único tribunal superior común a los Juzgados de la Audiencia Nacional y los de la Jurisdicción ordinaria.

Se comparte en este extremo la posición mayoritaria del Sala en la medida que el art. 23 de la LECrim. no contiene limitación alguna a las cuestiones de competencia territorial y en la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en auto de fecha 3 de Julio de 1999 en el que entendió que el Tribunal competente para resolver era el superior jerárquico al del Juzgado cuya competencia se discutía.

Aceptado que es esta Sala el tribunal que debe resolver el incidente, debe pasarse al examen de las causas e incompetencia alegadas por el Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta también el informe presentado por el juez de Instrucción, en el que además de justificar su propia competencia da cuenta del curso en el que se encuentra actualmente el procedimiento, y particularmente del auto dictado en fecha 18 de Noviembre de 2008 en el que declaró extinguida la responsabilidad de los que consideraba autores de los crímenes que dieron lugar a las actuaciones y ordenaba la inhibición de la causa a los Juzgados de Instrucción de las localidades a las que pertenezcan los lugares donde se encuentren ubicadas las fosas comunes .

Obviamente, por ser las normas de competencia ius cogens, normas de derecho necesario que afectan al orden público procesal, el conocimiento de la Sala no se limita las alegaciones del Ministerio Fiscal y al informe del Juez Instructor sino a cualquier información que se desprenda de las actuaciones y que permita resolver si la investigación de los gravísimos delitos que resultan de éstas corresponde a la Audiencia Nacional o a otros órganos de la jurisdicción.

Coincidimos con el Instructor en que la insurrección armada del 18 de Julio de 1936, según se desprende de los hechos incorporados al procedimiento por su propia notoriedad, fue una decisión perfectamente planeada y dirigida a acabar con la forma de Gobierno de España, en ese momento, atacando y ordenando la detención e incluso la eliminación física de personas que ostentaban responsabilidades en los altos Organismos de la Nación y ello como medio o, al menos, como paso indispensable para desarrollar y ejecutar decisiones previamente adoptadas sobre la detención, tortura, desaparición forzada y eliminación física de miles de personas por motivos políticos e ideológico, propiciando, asimismo, el desplazamiento y exilio de miles de personas, dentro y fuera del territorio nacional, situación que continuó, en mayor o menor medida, durante los años siguientes, una vez concluyó la Guerra Civil. Y también existen indicios bastantes, como relata el instructor en su auto de 18- Noviembre 2008 que se produjeron también desapariciones de niños y posibles alteraciones de su estado civil.

Ciertamente estos hechos, como razona el Instructor, revisten la apariencia de crímenes contra la humanidad, categoría que incluye las conductas que agreden en su forma más brutal a la persona como perteneciente al género humano en sus derechos más elementales como la vida, la integridad, la dignidad, la libertad, que constituyen los pilares sobre los que se constituye una sociedad civilizada, por más que esta calificación jurídica provisional, dada la fase del procedimiento en la que nos encontramos pueda producir otros efectos que determinar la inaplicación, en su caso de la Ley de Amnistía de 46/1977 de 15 de Octubre, cuestión a la que posteriormente nos referiremos.

En efecto, también razona el Instructor que aunque los delitos investigados fuesen calificados como crímenes contra la humanidad, y por mucho que dicha calificación obedezca a normas de derecho necesario, no es posible un enjuiciamiento por la perpetración de dichos crímenes si no han sido tipificados en nuestro derecho, pues como recuerda la sentencia del caso Scilingo, los crímenes contra la humanidad no pueden aplicarse a conductas anteriores a su tipificación, y tal tipificación, en caso de haberse producido en derecho internacional, tiene que haber sido objeto de incorporación o transposición expresa a nuestro ordenamiento jurídico penal para que los tribunales españoles puedan aplicarlos. En consecuencia antes de su tipificación expresa los crímenes de lesa humanidad no eran conductas penalmente típicas en nuestro ordenamiento jurídico y por tanto, no pueden ser aplicados a hechos anteriores a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de

Noviembre, que los introdujo, por primera vez, en nuestro Código Penal.

Es por ello que la calificación por la que opta el Juez Instructor es que los hechos constituirían un delito contra los altos Organismos de la Nación y de la forma de Gobierno vigente en el Código Penal de la época, delito sancionado ahora en los arts 402 a 509 del Código Penal.

Los hechos integrarían también la figura del delito de consumación permanente de detención ilegal, sin que las autoridades que propiciaron la desaparición de la víctimas hayan dado razón del paradero de los detenidos, sancionado en los arts 163 a 168 del Código Penal.

Ambos delitos estarían ligados por una relación de conexión conforme al art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relación que propiciaría la competencia de la Audiencia Nacional pues de acuerdo con el art. 65.1º a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial corresponde a la Sala de lo Penal el enjuiciamiento de los delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno.

Esta calificación de los delitos que dieron lugar a la instrucción como delitos contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno determinante de la competencia de esta Audiencia Nacional es negada por el Ministerio Fiscal y tampoco es compartida por la Sala en la decisión a la que formulamos voto concurrente.

Creemos que los hechos no pueden ser considerados como delitos contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno, sancionados en los arts 402 a 509 del Código Penal, no ya por su naturaleza sino porque, como se desprende de las actuaciones, los presuntos autores de tan gravísimos crímenes han fallecido y como reconoce el propio juez instructor en su Auto de 18 de Noviembre de 2008 el fallecimiento extingue, obviamente, la responsabilidad penal y por lo tanto la posibilidad de seguir adelante en un procedimiento por la perpetración de dichos delitos: se extingue con el fallecimiento de los supuestos autores de un hecho criminal la posibilidad del estado de actuar el ius puniendi a la que responde el proceso y por ello no puede seguir adelante enjuiciamiento alguno por dichos hechos, lo que impide su calificación jurídica y también la atribución de la competencia a la Audiencia Nacional.

Así fue reconocido por el Juez Instructor en el ya citado Auto de 18 de Noviembre de 2008, en el que acordó declarar extinguida la responsabilidad

criminal Francisco Franco Bahamonde y otros, y acordó también la inhibición de la causa a favor de los juzgados de instrucción de los lugares en los que estén ubicadas las fosas identificadas o que se identifiquen en el futuro, por ser éstos en principio los competentes para la investigación de los delitos de detención ilegal por los que se sigue el procedimiento.

La extinción de la responsabilidad penal de los supuestos autores del delito contra los Altos Organismos de al Nación y la forma de Gobierno unida a la inhibición en los delitos de detención ilegal suponen que Audiencia Nacional y lógicamente el Juzgado Instructor, carecen ya de cualquier competencia para la investigación y enjuiciamiento de los hechos y deben ser los juzgados ahora considerados competentes los que se pronuncien sobre la existencia o no de posibles autores conocidos de los mismos, sobre la extinción o no de su supuesta responsabilidad penal ante la previsibilidad de su fallecimiento dado el tiempo transcurrido, sobre la permanencia o prescripción de dichos delitos, sobre la aplicación o no a los mismos de la Ley de Amnistía de 15 de Octubre de 1977, sobre la existencia o no de otros posibles delitos derivados de la desaparición de niños a la que hace referencia el Juez de Instrucción en su último Auto.

A esta declaración de incompetencia, que no es otra que la ya acordada por el Instructor en el auto de 28 de Noviembre de 2008 no empece que el incidente planteado por el Ministerio Fiscal fuese de fecha anterior porque el auto de 28 de Noviembre de 2008 ha sido sometido al conocimiento de la Sala mediante el preceptivo informe de 24 de Noviembre de 2008, elaborado por el juez instructor, y ya hemos dicho que la Sala, por ser las normas reguladoras de la competencia de orden público procesal, puede tener en cuenta cualquier información que conste en el procedimiento; y porque el fallecimiento de Francisco Franco Bahamonde y los otros supuestos autores de los crímenes perpetrados ya constaba en la investigaciones pues el propio juez instructor en el auto en el que declaró su competencia para conocer ya advertía que era notorio su fallecimiento. Por ello, la única duda posible es si el Juez de Instructor, conocedor por ser notorio del fallecimiento de los posibles autores de los crímenes investigados, no debía haber declarado su incompetencia con anterioridad; y no que esa incompetencia no pueda ser ahora declarada por la Sala por dicha causa; tanto más si se tiene en cuenta que si no se aprecia la extinción de la responsabilidad por fallecimiento de los supuestos autores de los crímenes investigados resultaría que la Sala debería de pronunciarse sobre el órgano jurisdiccional competente para su investigación y para la continuación del procedimiento, lo que carece de sentido a la vista de la

extinción de la responsabilidad penal de los posibles autores.

Alguno de los magistrados que intervinieron en la deliberación plantearon que la Sala, con independencia de las decisiones adoptadas por el Juez Instructor declarando la extinción de la responsabilidad de los posibles autores y su falta de competencia, debía acordar que éste continuase con la investigación, rechazando su inhibición. Su postura se fundamentó en la necesidad de que el proceso sirviese para construir la verdad histórica sobre unos gravísimos crímenes nunca sometidos a investigación judicial e igualmente para el resarcimiento moral de las víctimas de dichos crímenes. Aunque es perfectamente comprensible el sentimiento de injusticia que puede generar que crímenes tan gravísimos queden impunes no lo es menos que el proceso penal no puede tener una función simbólica de recuperación de la memoria histórica si para ello debe vulnerar sus más elementales principios entre ellos el de que sólo cabe el enjuiciamiento de personas vivas porque sólo a éstas cabe la imposición de una pena. Obviamente la vulneración de este principio esencial propiciaría la infracción encadenada de otros principios procesales reconocidos en nuestra Constitución y en distintos Pactos y Acuerdos Internacionales.

La imposibilidad de continuar el proceso contra Francisco Franco Bahamonde y otros posibles autores fallecidos, no implica la ausencia de toda tutela judicial de las víctimas. Con independencia de las actuaciones que puedan llevar adelante los juzgados a cuyo favor se produjo la inhibición, no cabe duda del derecho de los perjudicados a que el Estado desarrolle la tarea de descubrimiento de las fosas en las hubiesen podido producirse las inhumaciones de las personas desaparecidas, no sólo porque esta tarea de tratar disminuir en lo posible los efectos del delito y asistir a las víctimas se inscribe en su normal labor de Gobierno, sino porque así específicamente se prevé en la Ley 52/2007 de 26 de Diciembre, conocida como Ley de Recuperación de la Memoria Histórica, en cuyos arts 11 a 14 se establece la obligación del Gobierno y de las Administraciones Públicas, en colaboración con los particulares afectados, de impulsar las actuaciones precisas para la localización e identificación de las víctimas, elaborando los protocolos precisos de actuación científica y multidisciplinar, confeccionando un mapa integrado de todo el territorio nacional que posibilite la localización de las fosas, poniendo a disposición de los interesados mapas territoriales y estableciendo los procedimientos para la localización y exhumación de las víctimas, entre otras previsiones.

El incumplimiento del Gobierno y de las Administraciones Públicas de dichas obligaciones, en el caso de producirse, legitimaría a las víctimas e interesados para impetrar la tutela judicial en el correspondiente proceso contencioso administrativo.

2 de Diciembre de 2008.