

Administración
de Justicia**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2
SAN LORENZO DE EL ESCORIAL****DILIGENCIAS PREVIAS 427/2009****A U T O**

En San Lorenzo de El Escorial a 2 de julio de 2009.

H E C H O S

PRIMERO.- El pasado 31 de marzo de 2009 se recibió, procedente del Juzgado Central de Instrucción Nº 5, testimonio del auto de 18 de noviembre de 2008, "completado" (literal del oficio de 25 de marzo de 2009) por auto de 24 de noviembre de 2008, por auto de 28 de noviembre de 2008, por auto de 26 de diciembre de 2008, y por auto aclaratorio de 13 de enero de 2009, así como copia de disco eterno USB, y ello en el marco del sumario 53/2008, incoándose en este Juzgado las presentes Diligencias Previas. En el oficio remitido se instaba que "se resuelva lo que tenga por conveniente sobre la inhibición planteada".

SEGUNDO.- En el auto de incoación de las presentes Diligencias Previas, con carácter previo a asumir la competencia inhibida, se dio traslado al Ministerio Fiscal para que se pronunciara sobre la competencia de este Juzgado de Instrucción, presentando informe a fecha de entrada de 19 de junio de 2009, informado que procedía aceptar la inhibición cursada por el Juzgado Central de Instrucción Nº 5 en virtud del auto dictado por ese Juzgado de 26 de diciembre de 2008,

TERCERO.- A fecha de 18 de junio de 2009 se presentó escrito por el Sr. Canales Bermejo, en representación de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Valladolid, solicitando la recuperación- exhumación de los restos mortales de la caja colectiva 198 y de la individual 10672, depositadas en la basílica de la Santa Cruz del Valle de los Caídos. Por providencia de 23 de junio de 2009 se acordó no haber lugar a la exhumación solicitada, toda vez que no se había resuelto aún sobre la inhibición, manteniendo a tal fecha la competencia el Juzgado Central de Instrucción Nº 5, informando al interesado, no obstante, que tenía a su alcance para aquel fin el procedimiento administrativo previsto en los Artículos 11 al 14 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En primer lugar cabe destacar las dificultades que ha tenido este Juzgador para poder examinar y estudiar la documentación remitida, concretamente, aquella que se envió encriptada en la memoria extraíble de UBS hasta el punto que el profesional de informática tuvo que personarse en el Juzgado para poder instalar el programa necesario que permitiese el acceso al contenido de la memoria (número de incidencia en el CAU.- 205497).



Madrid

Administración
de Justicia

SEGUNDO.- A la vista de lo peticionado en el oficio de fecha de 25 de marzo de 2009, pese a lo obvio de la cuestión, debe puntualizarse, a efectos de calidad expositiva, que en la presente resolución se resolverá sobre la competencia inhibida por el Juzgado Central de Instrucción Nº 5 (*“se resuelva lo que tenga por conveniente sobre la inhibición planteada”*), sin que tenga cabida pronunciamiento relativo a la oportunidad de la investigación de los hechos relatados e incoación de la causa; de la razón o razones que, según se alega en las resoluciones remitidas, han impedido la instrucción de los hechos durante el periodo anterior a la entrada en vigor de nuestra Constitución; sobre el respeto en la instrucción del principio de legalidad; la necesidad de la instrucción pese a que se acredite el fallecimiento de los presuntos responsables de los hechos ilícitos investigados; el carácter permanente de la figuras delictivas instruidas y, en su caso, la prescripción o no de aquellas; la necesidad de protección de las víctimas a través de un procedimiento penal y, en su caso, sí aquella protección queda saldada con la Ley 52/2007; sobre la aplicación de la Ley de Amnistía; cuestiones todas ellas que se han traído a debate no sólo en las resoluciones acordadas en el Sumario que aún se instruye en el Juzgado Central de instrucción Nº 5 , en especial en el Auto de 16 de octubre y de 18 de noviembre de 2008 sino también en al ámbito político y social. La precisión del objeto de la presente resolución se hace por la simple aplicación del Artículos 19 y siguientes de la LECrm, sin que este Juzgado venga a minusvalorar el resto de cuestiones planteada por el Juzgado remitente, pues sólo para el caso que se hubiera aceptado la competencia procedería el pronunciamiento sobre el resto de cuestiones o, en su caso, de algunas de ellas, dado que algunos de los pronunciamientos de las anteriores cuestiones excluyen o hacen innecesario el resto.

TERCERO.- En la resolución que se acuerda la remisión califica los hechos y los subsume en determinados tipos penales a fin de justificar inicialmente su competencia (Auto de 16 de octubre de 2008) y, en resolución posterior (Auto de 26 de noviembre de 2008 y de 26 de diciembre de 2008), aún manteniendo la misma calificación jurídica, para sostener su incompetencia y la inhibición de los autos a este Juzgado y demás Juzgados repartido por todo el territorio nacional. Aunque no sea necesaria la calificación jurídica de los hechos que presenten caracteres de delito para iniciar la instrucción de una causa, tampoco se puede ocultar que es practica habitual aquella operación, y ello aunque no sea vinculante para las partes, dado que es una fase posterior donde se delimita el objeto de imputación con la calificación correspondiente (Artículos 650, 781 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En este caso, y a fin de dar cumplida respuesta a la cuestión delimitada en el Razonamiento precedente, se entiende necesaria la referida calificación. Tanto en el auto de 16 de octubre de 2008 (folio 4, 16 y 20, entre otros) y en el auto de 18 de noviembre de 2008 (folio 8) los hechos investigados se califican jurídicamente como *detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima* en el marco o contexto de *crímenes contra la humanidad* por la desaparición forzada de personas, en conexión con *delitos contra Altos Organismo de las Nación y forma de Gobierno*. El Auto de 16 de octubre de 2008 sostuvo que *la insurrección 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*



Madrid

Administración
de Justicia

nada de lo sucedido se hubiera producido. De ahí que el delito contra los altos organismos de la Nación vaya unido en 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. Apuntando el auto de 18 de noviembre de 2008 que los ataques producidos en 1936, tuvieron por objetivo acabar con la Forma de Gobierno y los representantes de las diferentes altas instituciones que quedaron sin actividad, siendo sustituido por los que creó el nuevo régimen...(folio 9)

Esta calificación es aceptada por este Juzgador a fin de justificar la incompetencia de este Juzgado, como en la parte dispositiva se dirá aunque ya se adelanta. Al parecer esta calificación jurídica también la asume el Ministerio Público, pues pese a que en su informe de 19 de junio de 2009 diga "en el caso que la calificación jurídica de los hechos denunciados sea la de crímenes de lesa humanidad, habiéndose posicionado en sentido contrario el Ministerio Público en los informes emitidos ante la Audiencia Nacional", contrariamente, a continuación, examina los mencionados tipos delictivos para concluir que este Juzgado tiene competencia para la instrucción inhibida, por exclusión de competencia del Juzgado remitente. Pero es más si el Ministerio Fiscal no hubiera aceptado la anterior calificación jurídica debería haber expuesto cual entendía que era la que procedía a fin de justificar la competencia de uno u otro Juzgado.

CUARTO.- El Artículo 65.1 de la LOPJ dispone que:

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá:

1º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno.
- b) Falsificación de moneda, delitos monetarios y relativos al control de cambios.
- c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.
- d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.
- e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.

En todo caso, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados.



Madrid

Administración
de Justicia

El Ministerio Fiscal en su informe mantiene que cuando la Audiencia Nacional, ha conocido de los crímenes de genocidio, lesa humanidad o tortura, lo ha sido en casos en los que tales delitos han ocurrido fuera del territorio nacional, bien por ser ciudadanos españoles los autores (Art. 23.2 de la LOPJ), bien por el principio de persecución penal universal al amparo del Artículo 23.4 de la LOPJ, operando conjuntamente, la atribución competencial de tales crímenes conforme el Artículo 65.1 y el Artículo 23.4 de la LOPJ. Añade que en ningún caso se le asigna específicamente a la Audiencia Nacional en las normas procesales y orgánicas la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de esa clase que hayan sido cometidos dentro del territorio nacional.

En el auto de 18 de noviembre de 2008, en su folio 8, se dice que "el denominado "alzamiento" fue el instrumento adecuado para que, en un contexto de crímenes contra humanidad, se produjera detenciones ilegales sin dar razón del paradero de la víctima (desapariciones forzadas) torturas, tratos inhumanos, asesinados y el exilio forzados de miles de personas, en forma sistemática por razones ideológicas", estos hechos delictivos, tienen su encaje en los delitos de lesa humanidad del Artículo 607 bis del CP, como así se apunta en las resoluciones remitidas. El delito de lesa humanidad fue introducido en nuestro CP por la reforma operada por la LO 15/2003, razón por la que no se encuentra en el catálogo del Art. 23.4 y el Art. 65 de la LOPJ. Ello no es obstáculo para entender que se incluye en aquellos. Así se desprende de la propia STS de 1 de octubre de 2007, nº 798/2007, caso Scingilio. En esta Sentencia se dice que "El artículo 607 bis del Código Penal entró en vigor el día 1 de octubre de 2004, en fecha muy posterior a los hechos enjuiciados. Por lo tanto, solo sería posible su aplicación en el caso de que pudiera establecerse que se trata de una norma más favorable, lo cual exige la determinación de la norma vigente al tiempo de los hechos. En el Código español no existía en aquel momento ninguna norma que estableciera una sanción para hechos descritos de la misma forma en que aparecen en el referido artículo 607 bis...Las normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución. ...En relación con las conductas enjuiciadas, aun cuando la tipicidad y la pena a tener en cuenta, a causa de los límites impuestos por el principio de legalidad, sean las propias del asesinato o de la detención ilegal, el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal consuetudinario ya en el momento de los hechos, coincidentes básicamente con las contempladas en el artículo 607 bis del Código Penal vigente... El artículo 23.4 de la LOPJ no se refiere expresamente a los crímenes contra la Humanidad. Sí lo hace al genocidio. Y por la vía del apartado h) es posible entender que es aplicable a los crímenes de guerra contemplados en los Convenios de Ginebra...la prohibición de la analogía en el ámbito



Madrid

Administración
de Justicia

penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punibilidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas. Y entre el delito de genocidio y los crímenes contra la Humanidad es apreciable una profunda similitud, no solo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español. Como luego se verá, cuando tienen lugar los hechos enjuiciados, el delito de genocidio ya era perseguible por los Tribunales españoles fuera cual fuera el lugar de comisión. Nada impide, pues, una interpretación del artículo 23.4 de la LOPJ, en el sentido de establecer la jurisdicción de los Tribunales españoles”.

Por lo tanto sí entendemos que la Audiencia Nacional tiene competencia para perseguir estos delitos cometidos fuera de España y por aplicación del Artículo 23.4 del CP, pese a que no se recoge expresamente el referido delito en este precepto, debemos de considerar que tal delito también es perseguible en España y por la Audiencia Nacional en fase de enjuiciamiento, por lo que por el Juzgado Central de Instrucción en la fase de instrucción (Artículo 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En este punto no podemos estar más de acuerdo que lo expuesto en el voto particular de los magistrados D. José Ricardo de Prada Solaesa, D^a. Clara Bayarri García y D. Ramón Sáez Valcárcel, en el Auto de 2 de diciembre de 2008, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que sostienen que *“la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conoce de los crímenes de derecho internacional de primer grado en virtud de la jurisdicción extendida por el principio de justicia universal del Art. 23.4 LOPJ, que, sin embargo, sólo menciona al delito de genocidio. Por ese mismo título tiene competencia sobre los crímenes de guerra, en razón a los Convenio de Ginebra, a los refiriere el Art. 23.4 i LOPJ, y sobre el delito de lesa humanidad en virtud de la deflación de línea STS 798/”007, de 1 de octubre, en el caso Scilingo. Son esos mismos criterio de eficacia en la persecución de delitos que afectan a la comunidad internacional lo que también, en ese caso, llevan a que sea la Audiencia Nacional quien deja conocer de hechos y situaciones que, no por haber ocurrido en el pasado reciente de nuestro país, dejan de afectar en la misma medida a la comunidad internacional”.*

QUINTO.- En cuanto a los delitos contra la forma de Gobierno, en la legislación penal vigente a fecha de los hechos (entre años 1936 y 1951) estaban tipificados en los Artículos 167.1 y 170 del Código Penal del 1932. Esta tipificación se plasmó en el Texto Refundido del año 1973 en su Artículo 163 del Código Penal, delito que es el que tiene presente el legislador del año 1985 a la hora de enmarcar la competencia de la Audiencia Nacional en el Artículo 65.1 LOPJ. En el Código Penal actual estas conductas delictivas tienen su encaje en el Artículo 472 del Código Penal, bajo el título de delito de rebelión. En virtud de lo anterior el Ministerio Fiscal, en su informe de 19 de junio de 2009, yerra al sostener que estos delitos de rebelión no tienen cabida en los delitos contra la forma de gobierno, excluyéndose así la competencia del Juzgado Central de Instrucción. Ello es así porque olvida la Disposición transitoria de la LO 4/1988, que establece que *Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren*



Madrid

Administración
de Justicia

con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores.

Es sabido que el alzamiento tuvo por objeto, entre otros, sustituir el orden jurídico constitucional, es decir, unidades militares se rebelaron contra el sistema y ordenamiento jurídico legítimamente constituido y para ello se sirvieron de detenciones, secuestros, asesinatos, entre otras "lindezas", por lo que está claro que estos delitos comunes tienen una clara conexión con el normal de desenvolvimiento de las funciones primarias de legislar y gobernar que representa la rebelión. Sí aquella fue la finalidad del alzamiento, sirviéndose de una organización militar y rebelde, aquel movimiento tiene encaje en una banda armada y relacionada con elementos rebeldes que menciona la anterior Disposición Transitoria.

Sí, tal y como dice en el TS en su St de 22 de abril de 1983, el delito de rebelión es una infracción plurisubjetiva o de ejecución colectiva y de mera actividad, toda vez que basta que se produzca el alzamiento violento para que se perfeccione aunque los rebeldes no hayan conseguido sus objetivos, pudiendo llevarse a cabo de modo incongruente, no cabe duda que, sí simultáneamente a aquel delito de mera actividad y por los mismos autores (ya sea en grado de autoría directa, cooperación necesaria, inducción y/o complicidad) se cometen delitos de resultado (tales como, asesinatos y/o detenciones ilegales), no puede sostenerse la falta de conexidad de tales infracciones, todos bajo el manto de la misma finalidad, y ello a la vista de las reglas de conexidad del Artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ello pese que así lo interese el Ministerio Fiscal y el Juzgado remitente.

No puede obviarse, como así se recalca en las resoluciones testimoniadas remitidas, que los hechos ocurridos durante la guerra civil tuvieron incidencia en la Comunidad Internacional, que todo los actos delictivos (detenciones, secuestros, asesinatos, torturas) estaban encuadrados y dirigidos para el mismo fin, es decir, para subvenir el orden constitucional y el poder legítimamente constituido, por lo que no se puede admitir una competencia para instruir de forma sesgada unas concretas detenciones ilegales sin dar razón del paradero ocurridas en el partido judicial de San Lorenzo de El Escorial, independiente del resto de hechos delictivos cometidos a nivel nacional, so pena de pensar que la acciones delictivas de nuestra historia patria que han tenido reflejo en el sumario fueron asiladas, que no estuvieron organizadas bajo un plan preconcebido; que no fueron cometidas por un grupo organizado militar y rebelde y que, en su lugar, fueron cometidos a título particular, sin conexión, con una responsabilidad también aislada e individual y diseminada por todo el territorio nacional con coincidencia en el tiempo.

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: NO ACEPTAR la inhibición realizada por el Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de Madrid por auto de 18 de noviembre de 2008 y por auto de 26 de diciembre de 2008 dictados en el Sumario 53/2008 a favor del presente Juzgado.



Madrid



Comuníquese la presente resolución al Juzgado Central de Instrucción Nº 5 por correo ordinario y con testimonio de la presente, sin perjuicio de adelantarla vía fax.

Procédase al archivo de las presente Diligencias Previas formadas con el testimonio enviado por el Juzgado Central de Instrucción Nº 5, por la resoluciones dictadas por este Juzgado así como por el disco externo USB, comprensivo del testimonio del sumario 53/20008 y demás documentación encriptada.

Comuníquese al Juzgado Central de Instrucción Nº 5 la disponibilidad de del citado disco externo, bajo custodia de la Sra. Secretario Judicial, por sí fuera solicitada su entrega para la práctica de alguna diligencia.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, previniéndole que la misma es firme y frente a ella no cabe recurso.

Así por este mi auto, lo acuerda, manda y firma, D. Miguel Ángel Aguilera Navas, Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de San Lorenzo de El Escorial.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple. Doy fe.

