



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION UNO
SUMARIO 27/2007

Madrid a 9 de abril de 2014

D. SANTIAGO J. PEDRAZ GOMEZ, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción Uno, por el presente en relación al **recurso de queja**, Rollo 1/14, interpuesto por el representante del Ministerio Fiscal en esta Audiencia Nacional contra el auto de fecha 17 de marzo de 2014 **INFORMA:**

Por auto de fecha 17 de marzo de 2014 se acordó *Inaplicar en la presente causa los apartados 4 a) y 5 del artículo 23 de la LOPJ, reformada por la LO 1/2014, de 13 de marzo, que modifica la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, así como la Disposición Transitoria Única; sin que haya lugar al sobreseimiento y archivo de la presente causa.*

Contra dicho auto el Fiscal interpuso recurso de reforma, el cual fue desestimado por auto de fecha 27 de marzo de 2014. El citado representante de la Fiscalía pretendía que se concluyera el Sumario y elevaran las actuaciones a la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional para que resolviera sobre el sobreseimiento.

Se interpone ahora por el Ministerio Fiscal recurso de queja ante la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional.

La pretensión del representante del Ministerio Fiscal se centra en que como la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2014 establece que “*las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella*” debe resolverse primero la cuestión del sobreseimiento. Y como nos encontramos ante un procedimiento ordinario (Sumario) el órgano competente para acordar el sobreseimiento es la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y no el juez instructor. Por ello, considera, que el juez instructor debe concluir el Sumario y elevarlo a la Sala para que resuelva al efecto.

Pues bien, ya se razonó en los autos recurridos por el representante del Ministerio Fiscal en esta Audiencia Nacional que ello no procedía, por una **razón principal** y por otra **subsidiaria**:



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

1.- LA PRINCIPAL: porque la citada Transitoria contraviene el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra: *“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad”*. Esta disposición, ya se dijo, es de obligado cumplimiento. Una norma interna, como es la Transitoria (y también los apartados 4 a) y 5 del art. 23 LOPJ), no puede modificarla o suspenderla. Por ello, procede la inaplicación de esa norma transitoria. Así, si no se aplica, se tiene por inexistente con lo cual no hay nada que resolver sobre el sobreseimiento, ni tampoco pues quién es el competente para decidir sobre el mismo. Este argumento no lo discutió el representante del Ministerio Fiscal en esta Audiencia Nacional en su primer recurso (reforma) y es ahora cuando lo alega, añadiendo que el juez no puede inaplicar una norma aprobada por la Cortes Generales.

Sin embargo, esa inaplicación -entiende este instructor- está permitida, avalada y consolidada por la doctrina y jurisprudencia constitucional, la cual además ya se citó en el auto primeramente recurrido (SSTC 49/88, 28/91, 64/91, 214/91, 142/93 37/94).

Pese a ello **el Fiscal entiende que el artículo 146 de la IV Convención no tiene carácter obligatorio ni es de aplicación directa en España. Y así una norma interna -como es la Transitoria (y también los apartados 4 a) y 5 del art. 23 LOPJ)- puede limitarlo, modificarlo, suspenderlo o hasta derogarlo.** Sin embargo, con lo dicho en el auto de 17 de marzo y con lo que se dirá, ello no puede ser así.

Para fundamentar que la Transitoria puede limitar lo dispuesto en el artículo 146 de la IV Convención, el representante del Ministerio Fiscal en esta Audiencia Nacional acude a los Comentarios oficiales del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), de los que extrae lo siguiente: *“La obligación de las Altas Partes Contratantes de buscar a las personas acusadas de haber cometido violaciones graves les impone un deber activo. Tan pronto como una Parte Contratante toma conocimiento de que se encuentra en su territorio una persona que ha cometido tal infracción, su deber es asegurar que la persona afectada es detenida y perseguida inmediatamente. Deberían iniciarse las actuaciones policiales espontáneamente, por tanto, no solo en ejecución de la petición de otro Estado. El procedimiento judicial debería desarrollarse del mismo modo independientemente de la nacionalidad del acusado....”*. Añade, además, el Fiscal de esta Audiencia Nacional que a esa misma conclusión se llega en un Informe del Secretario General de las



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Naciones Unidas sobre el “Alcance y aplicación de la Jurisdicción Universal” de 20 de junio de 2011 (A/66/93).

Pues bien, en modo alguno se puede compartir tal interpretación; sencillamente porque ese ‘comentario’ que extrae se refiere a **un supuesto concreto**: que el imputado se encuentre en el Estado parte. El CICR lo único que hace es ‘recordar’ a los Estados que si en su país se encuentra un imputado buscado por un crimen de guerra, éste tendrá obligación o de extraditarlo al Estado que lo reclama o si no lo entrega juzgarlo. Es el llamado principio *aut dedere aut indicare* (o le entregas o le juzgas), principio general en el Derecho internacional, que establece la obligación de los Estados de extraditar o, en su defecto, extender su jurisdicción, es decir, juzgar, determinadas situaciones e infracciones que la comunidad internacional considera especialmente graves.

De ninguna manera puede seguirse que lo establecido en el artículo 146 sea ‘facultativo’ para los Estados parte. Se insiste: este Comentario lo único que hace es recordar a los Estados que deben cumplir ese principio, no otra cosa. A algún Estado se le debió ‘olvidar’ y de ahí que el CIRC quiera recordarlo. Además, aparte de que no todos los Estados han ratificado la Convención, hay otros que han hecho reservas a la misma.

De otro lado, tampoco puede decirse que el Secretario General de NU ‘avale’ la pretendida interpretación del Fiscal de esta Audiencia Nacional: basta leer el citado informe para concluir que lo único que hace en este caso el informante es recoger observaciones recibidas de Estados y algunas organizaciones internacionales (Unión Africana, OIT, Organización para la prohibición de Armas Químicas) y entre ellas las del CICR. Así el Secretario General recoge lo dicho por el CICR para ese supuesto concreto -como también (124) que *en los Convenios de Ginebra se establece la jurisdicción universal obligatoria-*, sin expresar opinión al respecto (tampoco lo hizo la subsiguiente Asamblea General de Naciones Unidas del 9-12-11, ya que simplemente “*tomó nota con aprecio*” de ese informe).

Conclusión del Fiscal de esta Audiencia Nacional que sin duda sorprenderá al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), teniendo en cuenta que fue esta organización quien **dio origen a los Convenios de Ginebra**, cuyo fin no era otro que -ante los gravísimos crímenes contra la comunidad que pudieran acontecer en el transcurso de un conflicto armado- conseguir que lo dispuesto en esos Convenios fuera de carácter obligatorio y *self-executing* para los Estados parte. Y así se consiguió. La razón:

Hay que recordar que dentro del denominado Derecho de la Guerra se distingue entre un *ius ad bellum* y un *ius in bello*. El primero



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

se refiere a si bajo alguna condición resulta lícito el recurso a la fuerza de las armas –derecho a la guerra- (cuestión que no afecta al presente caso); mientras que el *ius in bello* –derecho en la guerra- se refiere a un conjunto normativo que, dada la existencia de un conflicto armado, sea justo o injusto, **deben observar los beligerantes**, sobre todo con determinadas personas y lugares. Se busca, en definitiva, la “humanización” de las penosas situaciones creadas por la guerra. Tal *ius* viene inspirado en el principio de necesidad: Solo resulta lícito lo que es necesario para conseguir el objetivo de la guerra (Grocio). Por ello se crearon esas normas mínimas que todo Estado y en cualquier caso debía respetar, imponiendo además la obligación de perseguir ‘universalmente’ a los autores de esos delitos contra la comunidad internacional (precisamente por afectar a esa comunidad). El propio Comité lo volvió a recordar en su Declaración ante las Naciones Unidas el 18 de octubre de 2010: *la jurisdicción universal es la piedra angular*.

En el presente caso no se persigue ‘la muerte de un periodista’ sino un ataque a **población civil** (como son también los periodistas, según la Convención) del cual resultó la muerte del Sr. Couso. Los beligerantes debían respetar en todo caso a la población civil, como así se establece en la IV Convención, la cual dispensa una especial protección respecto de cualquier ataque (sea indiscriminado, sea excesivo o sea específico), el cual es ilegítimo, está prohibido y está castigado penalmente. El ataque se dirigió contra un edificio en el que se encontraban los periodistas que cubrían la información sobre la ocupación de Irak. No es, por tanto, el denominado caso del periodista ‘empotrado’.

Pero aunque en el improbable, por no de decir imposible, caso de que de ese ‘comentario’ se extrajera otra cosa lo cierto es que es pacífico en el Derecho Internacional Humanitario que **las Convenciones de Ginebra tienen carácter obligatorio**, de forma que los Estados partes no pueden, a diferencia de lo que afirma el Fiscal en esta Audiencia Nacional, establecer límites a la jurisdicción universal en esta materia. Para ello, deberían haber hecho las oportunas reservas a los Convenios o, en definitiva, no ratificarlos. Así además se sigue del aludido informe del Secretario General de NU: “128.- *Los Convenios de Ginebra nunca han sido ratificados universalmente. La ratificación impone a los Estados partes la obligación de establecer la jurisdicción universal en sus ordenamientos jurídicos respecto de infracciones graves que se tipifican en tales instrumentos y a ejercer la*



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

jurisdicción cuando surja un caso concreto. Eso se aplica a todos los Estados”.

Así, si lo han ratificado sin reservas como España, deben en todo caso cumplirlos. Es más, la propia LOPJ en su artículo 23.4 p) reconoce la existencia de tratados “*cuya persecución se imponga con carácter obligatorio*” a España por haber sido ratificados.

Es conocida, además, la clasificación de este tipo de convenios en materia de persecución penal de crímenes internacionales o contra intereses fundamentales de la comunidad internacional:

- a) que el régimen de jurisdicción universal haya sido previsto con carácter obligatorio y *selfexecuting* (carácter que solo se da en el marco de los cuatro convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional a los mismos de 1977).
- b) Que su previsión sea facultativa y, por ello, necesitada de desarrollo normativo (Convención sobre el *Apartheid* de 1973).
- c) Que sin adoptar expresamente el principio, su incorporación en los ordenamientos internos se posibilita en la medida en que, tras establecer otras conexiones obligatorias más estrictas (lugar de comisión, nacionalidad, residencia...), dejan a los Estados partes en libertad para disponer cualquier otra base de jurisdicción penal frente a los crímenes (Convención contra la Tortura).

En resumen: Los cuatro Convenios de Ginebra (artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente) disponen que cada una de las partes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas: No se establece ningún límite espacial ni *rationae personae*. Hablan de la obligación de buscar a las personas acusadas y de hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Consecuentemente, aplicando el principio de que donde no distingue la norma no debe distinguir el intérprete, ni hay límite personal activo ni pasivo. Hay, pues, jurisdicción universal. Por tanto, el principio de jurisdicción universal aparece claramente formulado en los cuatro Convenios de Ginebra y, atendiendo a la gran aceptación de que gozan estos instrumentos convencionales internacionales —y en menor medida su Protocolo I Adicional—, resulta difícil objetar dicha previsión de jurisdicción universal respecto de las denominadas infracciones graves. Por consiguiente, los referidos convenios disponen una competencia universal obligatoria *self-executing*, que no está condicionada a ningún otro título competencial (territorial o



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

personal). A mayor abundamiento, las disposiciones de los Convenios de Ginebra reconocen directamente a los Estados la jurisdicción universal y, en consecuencia, atendiendo a este carácter self-executing, las legislaciones nacionales no necesitan llevar a cabo ningún acto normativo interno de incorporación o ejecución en orden a su puesta en práctica. Así, en conformidad con los preceptos indicados de dichos convenios, los Estados no tendrán que establecer su jurisdicción bajo la fórmula *aut dedere aut iudicare* (prevista para los supuestos en que los Estados deban establecer en su orden interno tal jurisdicción mediante instrumentos jurídicos internos). Las palabras del juez Rodríguez, sobre la misión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, podrían muy bien aplicarse en este contexto, y decir que los Estados pueden aplicar un cuerpo de derecho internacional humanitario establecido como derecho penal internacional.

Además, al contrario que otros tratados internacionales (p.e. artículo 7 del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (1970)) los Convenios de Ginebra no contemplan la circunstancia de que el presunto delincuente se encuentre en el territorio del Estado parte.

Pero es que incluso, para ratificar esta doctrina, se puede acudir a la jurisprudencia de otros países. Así, a título de ejemplo:

- El 15 de agosto de 1995, el Tribunal Supremo de Dinamarca confirmó la sentencia de 25 de noviembre de 1994 que condenaba a ocho años de prisión, por maltratos inferidos a tres personas protegidas con resultado de muerte en dos de ellas, a un vigilante del campo de prisioneros de Dretelj (Bosnia). La jurisdicción de Dinamarca se fundamentó en el artículo 8.5 del Código Penal y en los artículos 129 y 130 del III convenio y 146 y 147 del IV convenio.

- El 23 de mayo de 1997, el Tribunal de Munich condenó a cinco años de prisión a Novislav Djajic por la detención y posterior fusilamiento de catorce personas civiles en Trnovaca (Bosnia). La jurisdicción alemana se fundamentó en el artículo 6.9 del Código Penal y en los artículos 146 y 147 del IV convenio y 85 del Protocolo I Adicional.

2.- LA SUBSIDIARIA. La misma es subsidiaria porque como se acuerda inaplicar, no solo los apartados 4 a) y 5 del reformado artículo 23 de la LOPJ, sino también la Disposición Transitoria Única ya no es preciso determinar quién es competente para el sobreseimiento. Pese a que nos encontremos ante un procedimiento ordinario (Sumario) no es posible procesalmente acordar el ‘trámite’



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

que pide el representante del Ministerio Fiscal en esta Audiencia Nacional. Se ratifica al efecto lo ya considerado en el auto recurrido, de forma que al no poderse declarar terminado el sumario resulta imposible concluirlo y elevarlo a la Sala de lo Penal para que resuelva sobre el sobreseimiento. En este mismo sentido ha resuelto el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción Seis (Auto de 31 marzo de 2014. Sumario 97/2010. Asunto Jesuitas El Salvador): *“Discrepa sin embargo este Instructor del criterio del Representante del Ministerio Fiscal en esta Audiencia Nacional sobre qué concreto órgano judicial debe comprobar la concurrencia de los requisitos que lo son lo mismo para archivar que para continuar la investigación, siempre y cuando, al ser la causa un Procedimiento Ordinario o Sumario, quien acuerde en su caso el archivo/sobreseimiento, sea exclusivamente la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuestión que nadie discute.*

De tal forma que, como siempre se ha venido haciendo, el no archivar, es decir la continuación en la investigación procesal de una causa penal por Sumario –faltan indagatorias por practicar y están pendientes reclamaciones internacionales de varios procesados, que impiden acordar la conclusión sumarial sobre ellos-, sólo puede hacerlo el Juez Central de Instrucción, conforme al Art. 88 LOPJ, y ya si en su día creyera que concurren motivos para sobreseer, hará lo que indica el Representante del Ministerio Fiscal en esta Audiencia Nacional, esto es, concluir y elevar a la sala para que acuerde su archivo.”

Arguye, además, ahora el representante del Ministerio Fiscal en esta Audiencia Nacional que no restan diligencias por practicar y que por ello podría concluirse el Sumario. Sin embargo, se contradice, pues como el mismo señala en su escrito del recurso se han librado comisiones rogatorias para notificar el procesamiento y recibir las indagatorias solicitadas a EE UU, aparte de las reclamaciones internacionales de los procesados (como acontece en el caso del Juzgado Seis), además de tomar declaración a una persona. Y es que las autoridades EE UU no han contestado a las mismas (por ello, además, se les ha recordado).

Una vez contesten, ya sea cumplimentando la rogatoria o negándose a cumplimentarla (lo cual no han hecho, pues simplemente no han contestado), en tanto no se declare la rebeldía de los procesados no cabe la conclusión de conformidad al artículo 840 LECrim que equivocadamente cita el representante del Ministerio Fiscal en esta Audiencia Nacional, pues como se sigue del mismo **se exige una**



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

previa declaración de rebeldía del procesado, lo que no ha acontecido en el presente caso.

Por último, cabe significar que SOLO la Fiscalía de esta Audiencia Nacional pretende dar a la Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014 ese peculiar trámite procesal (concluir y elevar las actuaciones a la Sala). No, en cambio, las otras Fiscalías que intervienen en esta Audiencia Nacional (Antidroga y Anticorrupción), las que en ningún caso que nos conste hayan solicitado algo parecido. Es más, en lo que se refiere a la Fiscalía Antidroga y en relación a un ejemplo que se refería en el auto recurrido (operaciones de narcotráfico organizado con incautación de drogas en alta mar) el ejemplo se vuelve realidad: El Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción Cuatro (auto de 8 de abril de 2014 Diligencias Previas 24/2014) ha declarado la falta de jurisdicción de los Tribunales de España y con ello la libertad inmediata de los imputados, por cuanto no hay Convenio que sustente la jurisdicción española. El representante del Ministerio Fiscal Antidroga, en cambio, sostenía la misma en base a los artículos 4 b)ii y 17 de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Esta Convención, como señala el citado Instructor, es de previsión facultativa, esto es, necesitada de desarrollo normativo, como se expuso anteriormente en la clasificación de los convenios. Entonces ¿cómo es posible que se argumente que un tratado ‘facultativo’ sí puede sostener la persecución de un delito, mientras que un tratado ‘obligatorio’ como la IV Convención de Ginebra no lo sostenga? Se deduce, pues, que mientras una Fiscalía aboga por un a interpretación amplia, otra - la de la Audiencia Nacional - respalda una interpretación más que restrictiva.

EL MAGISTRADO-JUEZ

ILMO. SR. PRESIDENTE SALA DE LO PENAL AUDIENCIA NACIONAL.

Anexo: Se adjunta testimonio de los autos de fecha 17 y 27 de marzo de 2014.