ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN 003
Teléfono: 91.709.66.03/01/00/597
Fax: 91.709.66.08

20107
N.I.G.: 28079 27 2 2003 0017336

ROLLO DE SALA: SUMARIO (PRC.ORDINARIO) 0000034/2007
PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: SUMARIO (PROC.ORDINARIO) 027/2007
ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº: 001

PRESIDENTE

D.FELIX ALFONSO GUEVARA MARCOS

MAGISTRADOS
Ilmos. Sres.
DªMARIA DE LOS ANGELES BARREIRO AVELLANEDA
D.ANTONIO DIAZ DELGADO

AUTO

En la villa de Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil quince.

I.ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de octubre de 2015, este Tribunal dictó la providencia del siguiente tenor literal:

"Vistos los escritos de la representación procesal que actúa por DÑA. Dolores Jiménez Sánchez, viuda de José Couso Permuy, actuando en nombre y representación de sus hijos menores; y de la representación procesal de la madre y hermanos de la víctima, y (ALA) Asociación Libre de Abogados, y evacuados en la fase de instrucción ante este Tribunal, en atención a lo solicitado y antes de entrar a resolver sobre la petición de desestimar el sobreseimiento y archivo del Sumario, como fuera que de modo alternativo se ha solicitado que se promueva cuestión de inconstitucional en los siguientes términos:

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Alternativamente, tener por promovida CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD contra los arts. 23.4,5 y 6 (nuevo) y la Disposición Transitoria Única de la citada LOPJ reformada, en los términos de los arts. 5.2 y 3 LOPJ Y 35.1 SS. y concordantes de la Ley Orgánica 2/1979, de 7 de octubre, del Tribunal Constitucional, por violación de los arts. 9.1 y 3, 10.2, 24.1, 96.1 y 2 y 117.3 de la Constitución Española.

En atención al Art. 35 LOTC antes de adoptar la decisión definitiva, oígase a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días por escrito, sin necesidad de vista, puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de derecho cuestionado respecto al artículo 23.4,5 y 6 nuevo), y la Disposición Transitoria Única de la citada LOPJ vigente, en relación a los artículos de la CE referidos.".

SEGUNDO.- En contestación al proveído, se han pronunciado el Ministerio Fiscal oponiéndose en su informe de fecha de registro 23/oct/2015 al planteamiento de la Cuestión de inconstitucionalidad, procediendo en consecuencia a decretar el sobreseimiento y archivo solicitado por el Ministerio Fiscal.

Asimismo se ha pronunciado la Asociación libre de Abogados (ALA), que ha instado la continuación de la instrucción del presente procedimiento.

Actúa como Ponente el Magistrado Sr. Díaz Delgado.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En contestación a lo dicho en su escrito por (ALA), recogiendo lo a su vez expuesto en la sentencia del TS de 11 de Diciembre de 2006, hemos de señalar que en dicha

fecha estaba vigente la modificación de la LOPJ sufrida por la L.O 3/2005, que estuvo vigente hasta el 20/11/2007, cuya redacción era muy diferente en su art 23 a la vigente L.O.P.J.

SEGUNDO.- Y se dice lo anterior porque la Sentencia del TS. de fecha 24/09/2015 ya aborda la cuestión de constitucionalidad del art. 23 de la L.O.P.J. incluida su disposición transitoria.

Esta Sentencia establece en primer lugar, que la vigente reforma de la L.O.P.J, respecto del art 23 del que se cuestiona su constitucionalidad, no vulnera el Derecho de los Tratados; y no lo vulnera en base a los siguientes razonamientos:

"La Jurisdicción Universal consiste en el ejercicio de jurisdicción penal por los Tribunales de un determinado país en crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autos.

La Jurisdicción Universal supone, en consecuencia, que conforme a determinados Tratados Internacionales de un Estado deben ejercer jurisdicción extraterritorial sobre ciertos delitos en función de su naturaleza, para evitar que los responsables puedan encontrar un lugar de refugio donde alcanzar la impunidad.

No significa, sin embargo, que los Estados estén obligados necesariamente a extender dicha jurisdicción a personas que no se encuentren en su territorio, o en el ámbito de su soberanía, iniciando una investigación "in absentia" de delitos internacionales cometidos en cualquier parte del mundo, aunque los supuestos responsables no se encuentran a su alcance. Pero pueden extender facultativamente su jurisdicción a estos supuestos, si así lo establecen en su legislación interna.

El fundamento de la facultad de todos los Estados para el enjuiciamiento de estos delitos se encuentra en su carácter especialmente lesivo para los intereses esenciales de la

comunidad internacional. Su respaldo en el Derecho Internacional se encuentra en los Tratados Internacionales que especialmente facultan a todos los Estados a extender su jurisdicción al enjuiciamiento de estos delitos.

Estos Convenios facultan a los Estados para prever en sus ordenamientos el principio de Justicia Universal pero, según se deduce con nitidez de su texto, ordinariamente no la imponen. Establecen generalmente una cláusula según la cual se admite la jurisdicción penal extraterritorial ejercida conforme a las Legislaciones nacionales, añadiéndose el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no se conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio.

Pero, como es fácil comprobar en su texto, no se establece expresamente en esos Tratados que cada Estado parte deba imperativamente investigar y perseguir, sin limitación alguna, los hechos constitutivos de delitos internacionales ocurridos en el territorio de otros Estados. Es decir, de los Tratados, que configuran el Derecho Penal Internacional convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta o incondicionada.

Y lo cierto es que basta examinar el Derecho Comparado, para constatar que en la mayoría de los Estados de la Comunidad Internacional no se ha establecido este modelo. Esa es la razón de que este procedimiento se siga en España, y no en otro país de la Comunidad Internacional con mayores conexiones con el lugar donde se produjeron los hechos.

La regulación legal de la Jurisdicción Universal en España es fruto de una evolución en la que una actividad jurisdiccional expansiva por parte de la Audiencia Nacional ha situado a nuestro país como polo de atracción para procedimientos en los que los presuntos autores no se

encontraban en nuestro territorio y no existían criterios relevantes de conexidad, lo que provocó una doble reacción legislativa para establecer un criterio cada vez más restrictivo.

Este criterio legal se cuestiona por la parte recurrente enfrentándolo a los Tratados. Pero se olvida que el protagonismo de la jurisdicción española en esta materia no venía impuesto por los Tratados, lo que habría determinado que todos los países estableciesen el mismo modelo de jurisdicción universal absoluta o "in absentia", sino por nuestra legislación interna, por lo que debe modificarse cuando cambia dicha legislación. En realidad los Tratados, que configuran el Derecho Penal Internacional convencional aplicable al caso, no establecen con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta e incondicionada, como ya se ha señalado y se razona extensamente en la STS 296/2005, de 6 de mayo, a la que nos remitimos, por lo que no se puede apreciar que la LO 1/2014 esté contradicción con ellos, con independencia de la opinión personal o doctrinal más o menos crítica que pueda sostenerse respecto de esta norma.".

En conclusión la regulación española, no infringe el derecho de los Tratados como ya se expuso, y por consiguiente lo dispuesto en el art 10 de la C.E.

TERCERO.- Esta sentencia citada de septiembre de 2015 del TS, se señalan o establecen unos criterios que son plenamente aplicables al presente supuesto en lo que respecta a la falta de Tutela judicial efectiva, derecho fundamental que puede ser el más discutido. Así señala la sentencia del T.S. tan referida, que:

"El primer motivo, por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Lecrim, y 5 4° de la LOPJ, en relación con el art 24 1° de la CE, denuncia la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de acceso a la jurisdicción, al negar la Sala de instancia con la decisión recurrida el

derecho a la jurisdicción reconocido en el art 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva debe ejercitarse por los cauces que el Legislador establece, pues es un derecho cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el Legislador (STC. 177/2003 de 13 de octubre).

En el caso actual ha de recordarse que, como señalamos en las STS de 6 y 8 de mayo de este año, la reforma operada por la LO 1/2014, de 13 de marzo, acoge un modelo limitado de Jurisdicción Universal, que como regla general excluye la investigación y persecución "in absentia", por lo que exige que los responsables sean españoles o se encuentren en España.

Pues bien, este modelo restrictivo establecido en la Lo 1/2015, conduce a unos resultados claros que deben necesariamente ser acatados. Y, en el caso actual, excluye la Jurisdicción española en relación con los hechos que han sido sobreseídos.

Como reconoce la propia parte recurrente ninguno de los supuestos autores de los hechos delictivos de genocidio, tortura o crímenes contra la humanidad, perseguidos en este procedimiento, es español o se encuentra en España.

El art. 23° 4° de la LOPJ, en su redacción actual, establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas; b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Penal, cuando: 1° el procedimiento se dirija contra un español; o, 2° la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

Al no cumplirse los requisitos legales que extienden la jurisdicción española a delitos ocurridos fuera de nuestro territorio, resulta necesariamente aplicable lo establecido en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal, que establece expresamente 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".

La decisión impugnada, en consecuencia, no hace más que aplicar lo dispuesto por la Legislación Orgánica que determina el ámbito de nuestra jurisdicción para delitos ocurridos fuera de nuestro territorio, por lo que no cabe apreciar vulneración constitucional alguna.".

CUARTO.- En cuanto al tipo de sobreseimiento recogido en la Disposición Transitoria Única de la L.O 1/2014 de 13 de marzo, sigue diciendo la Sentencia del TS:

El sobreseimiento se acordó en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal.

Dicha disposición establece expresamente 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".

Por tal motivo, se concluye por el T.S. que estamos ante un sobreseimiento especial.

La segunda alegación, por el contrario, si debe ser estimada. En efecto no puede acordarse el sobreseimiento definitivo, cuando la propia Ley establece que dicho sobreseimiento sólo se mantendrá mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos para que los Tribunales españoles dispongan de jurisdicción, en el caso actual, mientras ninguno de los supuestos responsables se entre en territorio español.

En nuestra STS 296/2015, de 6 de mayo, ya hemos señalado que el sobreseimiento prevenido en la disposición transitoria única de la LO 1/2014, constituye una modalidad especial de sobreseimiento establecido en una norma con rango de Ley Orgánica, que no tiene que corresponderse necesariamente con los requisitos prevenidos en la Lecrim para las modalidades de sobreseimiento en ella establecidas.

Se trata de una modalidad autónoma y específica de sobreseimiento que exige unas condiciones determinadas, que posee un fundamento concreto, la falta de jurisdicción, y que tiene unos efectos similares al sobreseimiento provisional, pues, una vez archivado el procedimiento, si en algún momento posterior se constata que concurren los requisitos para activar la jurisdicción española en el delito enjuiciado, por ejemplo la presencia de los acusados en territorio, el sobreseimiento quedará sin efecto, y el procedimiento debe reiniciarse.

En consecuencia, si el procedimiento puede reiniciarse no debe ser calificado de definitivo, por lo que procede estimar, exclusivamente en este aspecto, el recurso interpuesto.".

QUINTO.- Por lo tanto a la luz de lo expuesto, debe confirmarse el auto de conclusión del sumario de fecha 9 de junio de 2015, decretándose el sobreseimiento de carácter especial contenido en la disposición Transitoria Única de la L.O 1/2014 de 13 de marzo.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SEXTO.- Hay una cuestión importante en orden a este sobreseimiento de carácter especial que se establece en la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 1/2014 y es el recurso que puede recaer contra la resolución que así lo acuerda. A tal fin hemos de partir de la S.T.S. de 23 de julio de 2013 y explicitar lo que dice el FUNDAMENTO JURÍDICO CUARTO, que establece:

"CUARTO.- Aunque sea por otra senda interpretativa, como ya se ha anunciado, suscribimos el criterio del Fiscal en esta cuestión preliminar que curiosamente es mucho más enjundiosa que el tema de fondo del recurso. No plantea ninguna duda que la razón procesal está del lado de la recurrente. Pero sí es discutible que pueda traerse esa cuestión a casación.

De los arts. 636, 848.2, 236 y 237 LECrim se infiere de manera diáfana que en el procedimiento ordinario solo cabe recurso de casación contra los autos de sobreseimiento libre dictados par las Audiencias en los casos del nº 2 del art. 637 LECrim (sobreseimiento por no ser los hechos constitutivos de delito; ahora dejamos a un lado la problemática que emana del art. 637.3) siempre y cuando haya una persona procesada. Y solo cabe casación por infracción de ley (art. 849.1º; el art. 849.2º resulta en principio inaplicable por lo antes argumentado).

Esa regulación data de una fecha en que no existía la casación por infracción de precepto constitucional (arts. 5.4 LOPJ y, posteriormente 852 LECrim). El legislador de 1882 quiso que existiendo un procesado la Audiencia solo pudiese resolver anticipadamente cuando faltase acusación o cuando la razón del sobreseimiento fuese estrictamente jurídico penal. A esa metodología, preñada de lógica, obedece el principio del art. 645.2 LECrim

Si no hay nadie dispuesto a sostener la acción solo resta al Tribunal acudir a los mecanismos de contrapeso del acusatorio de los arts. 642 a 644 LECrim. Pero quedará abocado

al sobreseimiento si no encuentra "un acusador" (nemo iudex sine actore)

Si existiendo acusación considera el Tribunal que los hechos carecen de relieve penal, no tendría sentido adentrarse en un juicio para probar unos hechos que de por sí son atípicos en opinión de la Audiencia. Es lógico anticipar esa decisión para evitar un juicio inútil que nada podrá añadir, sin perjuicio obviamente del control casacional. Eso explica que se admita solo en esos casos el recurso de casación. A partir de los hechos recogidos en el auto de procesamiento se puede revisar en casación la corrección del juicio jurídico anticipado de la Audiencia (art. 848 LECrim).

La opción del legislador pasa por la siguiente regla: si existe procesamiento y acusación, la Audiencia solo puede resolver anticipadamente, es decir antes de la práctica de la prueba en el juicio oral, por razones jurídico penales de fondo, no por razones probatorias. Eso es así por la potísima razón de que el juicio sobre la fundabilidad de la acusación está encomendado al Instructor (mediante el procesamiento), entre otras cosas para minimizar el riesgo de contaminación de la Sala. Si se dictó procesamiento y éste alcanzó firmeza, no caben nuevos pronunciamientos sobre la "razonabilidad" de la acusación. Debe recurrirse el procesamiento para forzar al criterio de la Audiencia. La forma de oponerse eficazmente a la apertura del juicio oral será impugnar el procesamiento (art. 384 LECrim).

El reverso de este sistema es que la Ley, por coherencia, ha de querer que toda decisión de la Sala decretando el sobreseimiento en una causa en que existe un procesamiento vigente y una parte dispuesta a sostener la acusación, sea controlable en casación; es decir que en todos aquellos casos en que subsiste una "acusación razonable" el sobreseimiento dictado eventualmente por la Sala sea impugnable ante esta Sala Segunda.".

En el presente procedimiento existe un auto de procesamiento contra tres individuos americanos y una acusación razonable en el fondo de la pretensión punitiva dispuesta a ser sostenida.

De aquí que el Tribunal entienda que cabe recurso de casación, máxime si tenemos en cuenta lo que señala dicho fundamento jurídico al final del mismo:

"Con la introducción en 1985 del art. 5.4 LOPJ el legislador, entre otras cuestiones, buscaba que siempre que cupiese casación se pudiesen dilucidar también todos los temas que podrían alegarse luego en un recurso de amparo. Solo adquiere plena coherencia el principio de subsidiariedad del amparo que exige haber agotado la vía judicial ordinaria, si se permite el acceso a la casación de todos los temas susceptibles de discutirse en amparo, ensanchando así las materias (que no las resoluciones) accesibles a la casación. Si en ese momento procesal solo cabe sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito con el consiguiente recurso de casación, no es lógico eludir el control por vía de recurso que el legislador no previo expresamente porque no concebía como posible otro tipo de sobreseimiento.

Desde estas coordenadas puede sentarse una regla: siempre que exista un procesado, la decisión de sobreseimiento de la Audiencia ha de ser controlable en casación. Ese axioma puede inferirse del sistema antes descrito. En rigor de la literalidad de las normas, no puede extraerse tal conclusión. Pero tal grupo de preceptos esta necesitado de adaptación a las reformas ulteriores, en modulación semejante a la que se ha efectuado en materia de procedimiento abreviado habilitando un recurso de casación frente a los autos de sobreseimiento libre cuando reúnan condiciones semejantes a las reclamadas en el procedimiento ordinario (Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de esta Sala Segunda de fecha 9 de febrero de 2005).".

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ACUERDA

No haber lugar a promover cuestión de inconstitucionalidad y en consecuencia confirmar el auto de conclusión de sumario quedando la causa sobreseída hasta que no se acrediten cumplidos los requisitos establecidos en la L.O 1/2014 de 13 de Marzo.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación.

Así, por este nuestro auto, lo dictamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA: Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.