

Texto de la solicitud efectuada por la Fiscalía de la AN a la Sala de lo Penal en relación con la práctica de diligencias del juez instructor al estar pendiente el incidente de competencia.

A LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL

El Fiscal, en el expediente 34/08 sobre incidente de competencia planteado en relación con el sumario 53/08 (caso MEMORIA HISTÓRICA) del Juzgado Central de Instrucción nº 5, y como ampliación al escrito de fecha 21-10-08 en el que se promueve el citado incidente, dice:

1. Que a pesar de haberse cuestionado por la vía del art. 23 de la L.E.Criminal la competencia objetiva y funcional del indicado Juzgado Central de Instrucción para la investigación de los hechos, se ha tenido conocimiento de que el Juzgado Instructor (en este caso el sustituto legal del Juzgado), ha seguido ordenando la práctica de diligencias y dictando resoluciones, de las que se acompaña copia.
2. Que conforme al art. 22. inciso 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Juez Instructor, no puede practicar más diligencias que aquellas que sean necesarias para comprobar el delito o de reconocida urgencia, y parece obvio que todas las diligencias acordadas no revisten ese carácter.

Por todo ello, solicita a la SALA adopte las medidas oportunas para el estricto cumplimiento de las previsiones legalmente establecidas y aplicables a este caso y ordene al Instructor que se limite a practicar diligencias esenciales que no causen a terceros perjuicios irreversibles de difícil reparación, caso de estimarse el incidente de competencia planteado.

Madrid a 7 de Noviembre de 2008.

EL FISCAL

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

Texto completo del Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN acordando la paralización de determinadas actuaciones del Juez Instructor en el caso sobre crímenes del Franquismo.

**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
PLENO**

Procedimiento ordinario número 53/08 del
Juzgado Central de Instrucción número 5.
Cuestión de incompetencia expediente número 34/08.

AUTO

• **Ilmo. Sr. Presidente :**

Don Javier Gómez Bermúdez.

• **Ilmos. Sres. Magistrados :**

- Don F. Alfonso Guevara Marcos.
- Don Fernando García Nicolás.
- Doña Ángela Murillo Bordillo.
- Don Guillermo Ruiz Polanco.
- Don Angel Hurtado Adrián.
- Doña Teresa Palacios Criado.
- Doña Manuela Fernández Prado.
- Doña Palomo González Pastor.
- Doña Angeles Barreiros Avellaneda.
- Don Javier Martínez Lázaro.
- Don Julio de Diego López.
- Don Juan Francisco Martel Rivero.
- Don Ramón Sáez Valcárcel.
- Don Nicolás Poveda Peñas.

En Madrid a 7 de noviembre de 2008

ANTECEDENTES

1. En el incidente de incompetencia reseñado en el encabezamiento, el Ministerio Fiscal ha presentado escrito interesando que *"la Sala adopte las medidas oportunas para el estricto cumplimiento de las previsiones legalmente establecidas y, aplicables a este caso y ordene al instructor que se limite a practicar diligencias esenciales que*

no causen a terceros perjuicios irreversibles de difícil reparación, caso de estimarse el incidente de competencia planteado"

Actúa como ponente el presidente de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Único.- El párrafo 2º del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable al caso por expresa remisión del artículo 23 de la misma norma legal, establece el principio de validez de las diligencias necesarias para la comprobación del delito, y en general, las de reconocida urgencia, como literalmente dicen las SsTS de 8 de mayo de 2001, 23 de junio de 1999, 4 de diciembre de 1995, 17 y 28 de febrero de 1997, además del ATS de 8 de septiembre de 2000.

El referido artículo 22 parte de la existencia de dos órganos judiciales que se reputan competentes para actuar en un determinado asunto y, precisamente por eso, establece la regla de que ambos son competentes en tanto por el superior común no decida a cual corresponde con plenitud el conocimiento de aquel. Se evita así que, fijada la competencia por el superior, lo hecho por el órgano que no resulte competente devenga nulo.

Esta previsión, que conecta con la validez de las diligencias urgentes practicadas a prevención incluso por órgano incompetente, en el supuesto del artículo 23 LECr. cuando no se disputa competencia territorial alguna entre dos Juzgados instructores sino que se discute sólo y exclusivamente la competencia objetiva o funcional del único órgano que está conociendo del asunto, presenta un matiz distinto y diferencial, pues lo hecho por juez incompetente por falta de competencia objetiva - esencia del incidente del artículo 23 de la LECR planteado por el Ministerio Fiscal - podría dar lugar a peticiones de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 238.1 LOPJ. Peticiones que, de prosperar, causarían un perjuicio irreparable a las víctimas y al fin mismo de la instrucción.

Por eso, en estos casos, la remisión que el artículo 23 hace al segundo párrafo del artículo 22 LECr ha de ser interpretada si cabe de forma más cautelosa, entendiendo que el juez cuya competencia objetiva se discute no puede practicar nada más que las diligencias necesarias para la averiguación del delito, entendiendo que son necesarias aquellas que, de no realizarse contemporáneamente, frustrarían el fin mismo del proceso. Además, naturalmente, de las de reconocida urgencia.

En consecuencia, procede acoger la petición del Ministerio Fiscal y con carácter cautelarísimo requerir al Juzgado Central número 5 y a todos aquellos que estén actuando por auxilio judicial para que paralicen todas las actuaciones ordenadas en el sumario de referencia, salvo las que, de no realizarse ya, causarían un perjuicio irreparable e irreversible al fin de la investigación ordenando, de modo concreto y específico, que se paralicen las actividades tendentes a la exhumación de cadáveres con fines de identificación u otros en tanto no se resuelva por esta Sala de lo Penal la cuestión de incompetencia planteada por el Ministerio Fiscal.

Vistos, los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

ACORDAMOS

1. Requerir al Juzgado Central de Instrucción número 5 para que en estricto cumplimiento de lo previsto en el párrafo 2º del artículo 22 de la LECR paralice todas las actuaciones acordadas en el sumario 53/08 a excepción de las que, de no realizarse ya, causen un perjuicio irreparable e irreversible al fin de la investigación.

2. En particular, requerirle para que se paralicen las actividades tendentes a la exhumación de cadáveres en tanto no se resuelva por esta Sala de lo Penal la cuestión de incompetencia planteada por el Ministerio Fiscal.

Así lo acuerdan, mandan y firman los magistrados reseñados en el encabezamiento.

DOY FE.

AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL PLENO

Rollo de Sala 34/2008

VOTO PARTICULAR que emiten los Magistrados Sra. Palacios Criado, Sra. Fernández Prado, Sra. Barreiro Avellaneda, Sr. Martínez Lázaro y Sr. Sáez Valcárcel.

Manifestamos nuestra discrepancia con el sentido del auto adoptado por la Sala con base en las siguientes razones.

Al acordar el Pleno "requerir al Juez' Central de Instrucción para que paralice todas las actuaciones acordadas a excepción de las que, de no realizarse ya, causen un perjuicio irreparable e irreversible al fin de la investigación y, en particular, las actividades tendentes a la exhumación de cadáveres" hasta que se resuelva la cuestión de incompetencia, se ha adoptado una resolución procesalmente incorrecta:

1.- Los dos autos y la providencia de fechas 29 y 30 de octubre emitidos por el Juez Central de Instrucción, que el Fiscal cita en su escrito, solo pueden ser impugnados mediante los recursos de reforma y de apelación del art. 216 Lecrim, incluso cuando se pretenda denunciar su nulidad de pleno derecho (art. 240 Lopj), y el escrito presentado por el Ministerio Fiscal, que ha provocado este acuerdo del Pleno, no es un recurso.

2.- Entendemos que, antes de entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión de competencia planteada por el Ministerio Fiscal, es decir al margen del procedimiento, sin audiencia de las partes y sin que fuere a través de un recurso, la Sala está dirigiendo una orden al Juez Central de Instrucción. En este sentido el art. 12.2 de la 1.0 establece: "No podrán los Jueces y

Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan".

Por lo que la Sala debió haberse limitado a decir que no cabía atender a lo pedido.

En Madrid a 10 de noviembre de 2008.